

I QUADERNI
DEL CORSO DI PERFEZIONAMENTO IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

Istituito presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" a partire dall'A.A. 2006/2007, il Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea "La tutela dei diritti" è divenuto una consolidata realtà per l'approfondimento delle tematiche connesse allo studio del diritto dell'Unione europea e dei suoi rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri.

La presente collana si prefigge di dare diffusione scientifica ai prodotti dell'attività di studio e di ricerca raccogliendo gli atti dei più rilevanti convegni organizzati nell'ambito del Corso di perfezionamento e proponendo approfondimenti monografici su specifiche tematiche.

DIRETTORE

Roberto **Mastroianni**

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto **Adam**, Amedeo **Arena**, Enzo **Cannizzaro**,
Massimo **Condinanzi**, Filippo **Donati**,
Fabio **Ferraro**, Massimo **Iovane**, Bruno **Nascimbene**,
Girolamo **Strozzi**, Antonio **Tizzano**, Ennio **Triggiani**,
Talitha **Vassalli di Dachenhausen**, Ugo **Villani**, Jacques **Ziller**

COMITATO DI REDAZIONE

Adriano **Maffeo**, Claudia **Massa**, Flavia **Rolando**

COMITATO DI REDAZIONE DEL VOLUME

Andrea **Circolo**, Rossella **Benassai**, Andrea **Lottini**

1993-2023:
TRENT'ANNI DI MERCATO INTERNO

Profili di diritto dell'Unione europea
e di diritto finanziario e tributario

a cura di

FABIO FERRARO, ROBERTA ALFANO, AMEDEO ARENA

Editoriale Scientifica
Napoli

Questa pubblicazione è stata realizzata con il parziale contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2024
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-910-7

INDICE

Prefazione di ROBERTO MASTROIANNI VII

Introduzione di ROBERTA ALFANO, FABIO FERRARO e AMEDEO ARENA 1

PARTE PRIMA PROFILI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

F. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di ravvicinamento e mercato interno* 7

A. ARENA, *L'abolizione della c.d. regola dell'internalità alla luce delle recenti proposte di riforma dei Trattati europei* 23

S. D'ACUNTO, *Il mercato interno dei servizi 1993-2023: 30 anni di evoluzione giurisprudenziale e legislativa* 39

A. MAFFEO, *L'esigenza del buon funzionamento del mercato quale strumento di armonizzazione indiretta delle regole processuali civili nazionali: un approccio ancora attuale?* 57

F. ROLANDO, *La disciplina del mercato interno e la protezione dell'ambiente, tra ravvicinamento delle legislazioni nazionali e protezioni maggiori degli Stati membri* 75

F. EROICO, *Mercato unico ed energia: la transizione verso un nuovo modello energetico europeo* 93

R. BENASSAI, *La digitalizzazione in ambito sanitario: nuove prospettive nel diritto dell'Unione europea* 111

A. CIRCOLO, *Valorizzazione del bene demaniale e indennizzo dei concessionari balneari* 123

A. LOTTINI, <i>Proprietà intellettuale, mercato interno e intelligenza artificiale</i>	133
--	-----

PARTE SECONDA
PROFILI DI DIRITTO FINANZIARIO E TRIBUTARIO

F. AMATUCCI, <i>Armonizzazione dell'IVA e funzionamento del mercato interno</i>	167
E. TRAVERSA, <i>Libera circolazione dei capitali: la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di restrizioni di natura fiscale ai movimenti di capitali fra Stati membri dell'Unione europea e Paesi terzi</i>	179
R. ALFANO, <i>Libertà di circolazione delle «merci» – e non solo – nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia tributaria</i>	207
L. STRIANESE, <i>Formazione dell'ordinamento tributario dell'UE e mercato interno: la Corte di giustizia, le rule of reason ed il bilanciamento dell'interesse dell'Unione con gli interessi nazionali</i>	231
C. FONTANA, <i>“Taxing great wealth to finance the environmental and social transition”: il ruolo delle politiche impositive europee nella transizione ecologica dell'industria estrattiva degli aggregati</i>	259
G. DE MAIO, <i>Politiche di contrasto alla povertà energetica nel mercato unico europeo</i>	283
M. TRAPANESE, <i>Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM): nuove “risorse proprie” dell'UE, tutela dell'ambiente e del mercato unico</i>	301

PREFAZIONE

di Roberto Mastroianni

Mi è stato richiesto dai Curatori di questo Volume di scrivere alcune righe d'introduzione all'Opera intitolata "1993 – 2023: trent'anni di mercato interno. Profili di diritto dell'Unione europea e di diritto finanziario e tributario". Ho accolto l'invito con estremo piacere, sia perché proveniente da stimati amici, prima che colleghi, sia perché il mercato interno rappresenta uno dei temi cardine del processo di integrazione europea, il cui fascino è destinato a non esaurirsi mai e nemmeno ad attenuarsi.

Il rinnovato interesse verso l'oggetto dell'indagine proviene dal trentesimo anniversario del completamento del mercato interno, il quale ha fornito a un gruppo di studiosi di diritto dell'Unione e di diritto finanziario e tributario una preziosa occasione di riflessione sullo stato odierno e sulle future prospettive di sviluppo dell'integrazione economica (e non solo) fra gli Stati membri.

Il lettore interessato all'approfondimento di questi aspetti noterà che il Volume non si riduce ad una raccolta di ricerche dagli esiti meramente teorici; al contrario, ne potrà apprezzare la marcata vocazione interdisciplinare, il notevole senso pratico e, soprattutto, la stringente attualità.

Sebbene la portata quantitativa e qualitativa dell'opera di ravvicinamento delle normative nazionali, realizzata dall'Unione europea al fine dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno, non abbia eguali in alcun'altra esperienza sovranazionale, molte questioni ancora oggi rimangono irrisolte e nuove questioni si affacciano all'orizzonte con l'avanzamento del processo di integrazione europea.

Di queste problematiche si è dato ampiamente conto in ogni contributo e si è arricchita la trattazione con spunti critici e originali. La complessità del mercato interno deriva anche dal fatto che esso non solo si fonda sulle quattro libertà fondamentali, ma comporta altresì l'instaurazione di politiche comuni che sono necessarie per il suo funzionamento.

Non mi dilungo ulteriormente e lascio al lettore la scoperta del loro contenuto. Consentitemi, però, un sentito ringraziamento a tutti gli Autori per il loro prezioso lavoro, i cui risultati sono onorato di poter ospitare nella Collana "i Quaderni del Corso di Perfezionamento in Diritto dell'Unione europea dell'Università di Napoli Federico II", da me diretta.

INTRODUZIONE

di Roberta Alfano, Fabio Ferraro e Amedeo Arena

Il volume raccoglie i risultati della giornata di studio “1993 – 2023: i trent’anni del mercato interno. Profili istituzionali e fiscali”, svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Napoli Federico II in data 8 maggio 2023, in sinergia fra le cattedre di diritto dell’Unione europea e di area finanziaria e tributaria.

Sebbene «l’instaurazione di un mercato comune» rappresentasse la principale finalità del Trattato istitutivo della CEE (1957), il conseguimento di tale obiettivo richiese più tempo rispetto a quanto previsto dai redattori dei Trattati di Roma. L’attenzione delle istituzioni comunitarie si concentrò inizialmente sulla tariffa doganale comune, istituita nel 1968, e sull’armonizzazione delle imposte indirette, realizzata con l’adozione della sesta direttiva IVA nel 1977. Peraltro, a causa della permanenza del voto all’unanimità in seno al Consiglio, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali procedeva a rilento e, a dispetto della liberalizzazione degli scambi transfrontalieri promossa dalle pronunce della Corte di giustizia, gli Stati membri mantenevano in vigore diverse barriere non tariffarie alla libera circolazione. Inoltre, la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi era stata realizzata solo in parte e la presenza, ai confini tra gli Stati membri, delle barriere fisiche ai posti doganali costituiva la manifestazione più evidente di un’Europa ancora divisa.

L’atteggiamento degli Stati membri, però, iniziò a cambiare nei primi anni ’80. I Capi di Stato e di governo, in occasione dei Consigli europei di Copenaghen (1982), Fontainebleau (1984) e Bruxelles (1985), si impegnarono ad intensificare gli sforzi per l’instaurazione del mercato interno. Il 14 giugno 1985 la Commissione presentò al Consiglio europeo di Milano il Libro bianco *Il completamento del mercato interno*¹, recante un ambizioso cronoprogramma per l’eliminazione delle barriere fisiche, tecniche e fiscali ancora esistenti. Grazie all’introduzione del voto a maggioranza qualificata

¹ Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo di Milano, del 28 e 29 giugno 1985, Bruxelles 14 giugno 1985, COM(85) 310 def.

da parte dell'Atto unico europeo (1986), tali obiettivi furono in larga parte realizzati entro il termine ivi previsto, il 31 dicembre 1992².

Allo scoccare della mezzanotte del 1° gennaio 1993, migliaia di città europee celebrarono il completamento del mercato interno con fuochi d'artificio; furono accesi dei falò nelle capitali dei dodici Stati membri, in particolare a Bruxelles, ove un immenso fuoco celebrativo, circondato da dodici più piccoli, rischiarò il Parco del cinquantenario, nei pressi del quartier europeo; a Saarbrücken, sul confine tra Germania e Francia, l'avvenimento fu festeggiato con uno spettacolo di raggi laser; a Roma, fu organizzata una cerimonia dai Giovani federalisti europei³.

A trent'anni di distanza, l'anniversario del completamento del mercato interno ha costituito l'occasione per una serie di riflessioni in merito alla strada percorsa dal mercato interno, pietra angolare dell'integrazione europea; l'analisi di alcune delle risultanze ottenute ha fornito lo stimolo propulsivo in ordine a quanto ancora può e deve essere compiuto per una maggiore attuazione delle libertà di circolazione al fine di eliminare, nei diversi settori, gli ostacoli giuridici ancora esistenti. Nel contempo, ha costituito l'occasione per interrogarsi sulle modalità per adattare il mercato alle nuove sfide e alle nuove necessità che, nel tempo, si sono palesate nel mutevole scenario politico e istituzionale. Una società e un'economia figlie dei difficili, impensati ed impensabili avvenimenti che hanno contrassegnato gli ultimi anni: la crisi pandemica, i diversi focolai di guerra sempre meno lontani dai territori europei e la crisi energetica, inevitabile conseguenza di una più vasta ed incancrenita emergenza ambientale. Di fronte alle molteplici variabili che hanno causato e rischiano ancor più di causare interruzioni temporanee alla libera circolazione, si è dunque riflettuto sullo "stato dell'arte" e su possibili evoluzioni del mercato interno, da una duplice prospettiva, che giustifica la divisione del lavoro in due sezioni.

La prima è dedicata all'esame di numerosi aspetti che caratterizzano il mercato interno, analizzati sotto la lente di ingrandimento dello studioso del diritto dell'Unione. I contributi raccolti spaziano dai profili più propriamente istituzionali, come il ravvicinamento delle legislazioni statali,

² L'art. 13 dell'Atto unico europeo aggiunse al Trattato CEE l'art. 8 A, le cui prime parole erano: «La Comunità adotta le misure destinate all'instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992».

³ Les premiers pas européens: de nombreuses manifestations ont salué hier le rapprochement des pays de la Communauté, Le Figaro, 2 gennaio 1993, p. 7.

l'armonizzazione delle norme processuali nazionali e il rapporto tra il mercato e le situazioni puramente interne, a quelli inerenti al c.d. diritto materiale dell'Unione (ambiente, energia, proprietà intellettuale, sanità, *etc.*). Vista la naturale varietà dei contenuti, le riflessioni offerte partono da premesse differenti e raggiungono esiti altrettanto distinti. Nondimeno, un filo rosso sembra legare tutti i lavori: lo sviluppo del mercato interno, come da ultimo rilevato nel c.d. *Rapporto Letta*⁴, non si è affatto esaurito e non manca di proporre, ancora oggi, problematiche sempre nuove da affrontare e da risolvere. Da qui, dunque, l'attualità di un volume che, riprendendo le parole della Commissione, si propone di «ripensare ai numerosi risultati conseguiti che ormai diamo per scontati nella nostra vita quotidiana», ma che riconosce altresì che «il mercato unico è un bene prezioso che occorre preservare e migliorare costantemente»⁵.

La seconda sezione contiene approfondimenti e spunti sul mercato interno dal punto di vista del diritto tributario e finanziario. È noto il ruolo marginale delle istituzioni europee in materia tributaria, in ragione delle peculiarità proprie dell'azione dell'Unione in questo campo, nel difficile contemperamento tra la necessità di adottare un approccio comune e la preservazione della sovranità nazionale degli Stati membri. Il legislatore europeo si è infatti largamente avvalso delle competenze legislative in materia di armonizzazione fiscale ad esso conferite dagli articoli 113 e 115 TFUE. Alle direttive di armonizzazione delle legislazioni tributarie nazionali vanno aggiunte le norme del Trattato stesso, in merito ai divieti di discriminazione sulla base della nazionalità, nonché i principi generali dell'ordinamento dell'UE, le une e gli altri resi applicabili alla materia tributaria. Gli Stati membri hanno certamente mantenuto competenza esclusiva in campo fiscale, elemento qualificatorio delle diverse identità. Nondimeno, l'azione dell'Unione influenza in modo significativo le politiche tributarie dei diversi ordinamenti, in particolare attraverso *la giurisprudenza "creativa"* della Corte di giustizia, che funge, da un lato, da

⁴ E. LETTA, *Much more than a market: Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, April 2024, p. 4 («The single market [...] should never be considered a completed endeavour, but rather an ongoing project»).

⁵ Comunicazione della Commissione, del 16 marzo 2023, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 30 anni di mercato unico, COM(2023) 162 final, Introduzione.

limite alla potestà di azione dei legislatori nazionali, e, dall'altro, da perimetro per la definizione normativa e di principio dell'ordinamento dell'Unione, nel rispetto delle tradizioni costituzionali nazionali, in un'opera di costante ed osmotica circolarità fra i diversi ordinamenti. I contributi della sezione tributaria hanno dunque tentato di fornire alcuni spunti propositivi in merito ad alcuni dei principi fondamentali, al ruolo della Corte di giustizia su alcune delle declinazioni tributarie proprie del mercato interno e ad alcuni possibili soluzioni per il futuro.

Il prestigioso compleanno del mercato interno ha consentito altresì di riflettere in ordine a quanto già raggiunto e sulla necessità di un'ulteriore crescita, all'insegna della resilienza. Il mercato interno deve trovare rinnovati spazi in nuovi settori, alla ricerca di rinnovate soluzioni comuni alle più cogenti sfide del nostro tempo, *primae inter pares*, la trasformazione digitale e la transizione verso un'economia circolare e più sostenibile.

C'è anche l'esigenza di estendere e valorizzare ulteriormente il c.d. effetto Bruxelles in modo che gli standard europei del mercato interno influenzino organizzazioni internazionali, Stati terzi e imprese multinazionali, e siano quindi condivisi a livello mondiale⁶. In tal senso è stato eloquentemente affermato che «*Il mercato unico deve diventare uno strumento per attuare i nostri obiettivi e i nostri valori politici, dalla crisi climatica alla difesa della nostra democrazia online. Sono gli elevati standard delle norme sociali, in materia di ambiente e di protezione dei consumatori che rendono il nostro mercato così attraente a livello mondiale. Le aziende trarranno vantaggio dagli standard europei che diventeranno criteri di valutazione su scala globale*»⁷.

⁶ A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles: Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021.

⁷ A. CAVAZZINI, *Discorso sui trent'anni del mercato unico al Parlamento UE*, 1° gennaio 2023, disponibile in www.europarl.europa.eu

Parte prima

Profili di diritto dell'Unione europea

RECENTI SVILUPPI IN TEMA DI RAVVICINAMENTO E MERCATO INTERNO

Fabio Ferraro *

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. L'evoluzione del diritto primario e la rilevanza fondamentale acquisita dall'art. 114 TFUE. – 3. La scelta della base giuridica e l'art. 115 TFUE. – 4. La prassi più recente in relazione all'art. 114 TFUE. – 5. Considerazioni conclusive sulla centralità dell'art. 114 TFUE per il processo di integrazione europea.

1. Premessa

Il dibattito sulla nozione del ravvicinamento delle normative nazionali è denso di contributi scientifici di notevole pregio, che hanno cercato di valorizzare, in lungo e largo, la sua natura funzionale, nell'ottica dell'effettiva realizzazione del mercato interno e, quindi, di un avanzamento del processo di integrazione europea¹.

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

¹ Senza pretese di esaustività, v. R. CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *JUS - Rivista di scienze giuridiche*, 1994, p. 381 ss.; F. CAPELLI, *Mutuo riconoscimento e mercato unico europeo*, in *Impresa e Stato*, 1992, p. 457 ss.; F. CARUSO, voce *Armonizzazione dei diritti e delle legislazioni nella Comunità europea*, in *Enc. giur.*, II, 1993, p. 3 ss.; N. CATALANO, *La Communauté économique européenne et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation du droit des Etats membres*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1961, p. 5 ss.; U. DRAETTA, *Il ravvicinamento delle legislazioni nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. int.*, 1962, p. 43 ss.; A. GAJA, *L'armonizzazione delle legislazioni a mezzo di regolamenti comunitari?*, in *Riv. dir. int.*, 1978, p. 426 ss.; A. GIARDINA, *Il mercato interno alla luce dell'Atto Unico*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, p. 279 ss.; A. MATTERA, *L'harmonisation des législations nationales: un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle*, in *RDUE*, 2010, p. 679 ss.; R. MONACO, *Le rapprochement des législations nationales dans le cadre du marché commun*, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 3, 1957, p. 558 ss.; L. S. ROSSI, *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra la CEE e gli Stati membri*, Milano, 1990; S. M. SAULLE, *Ravvicinamento delle legislazioni (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, p. 899 ss.; A. TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro it.*, IV, 1989, p. 75 ss.; U. VILLANI, *Ravvicinamento delle legisla-*

In particolare, il rapporto tra ravvicinamento e mercato interno costituisce un tema classico del diritto dell'Unione, che non è stato mai abbandonato, anzi negli ultimi tempi ha suscitato un rinnovato interesse². Invero, si tratta di un tema trasversale che consente di cogliere in tutta la sua ampiezza la portata quantitativa e qualitativa dell'Unione europea, che non trova riscontri in altre organizzazioni internazionali.

Nelle intenzioni dei redattori dei Trattati era ben presente la convinzione che le molteplici normative vigenti negli Stati membri e le loro differenze fossero di ostacolo alla realizzazione del mercato comune e, più in generale, degli obiettivi dell'Unione. Il ravvicinamento si propone, infatti, l'eliminazione o la riduzione delle disparità tra le normative degli Stati membri, in quanto la sussistenza di queste disparità è in grado di mettere in pericolo o anche di rallentare il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione.

Lo scopo che intende raggiungere l'azione dell'Unione si è manifestato in modo particolarmente evidente in relazione alle quattro libertà fondamentali del mercato interno. Fin dalle origini del processo di integrazione europea, le norme del diritto primario dell'Unione si proponevano di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle persone e dei fattori produttivi, ma queste norme, nonostante la loro interpretazione estensiva da parte della Corte di giustizia, non erano in grado di abbattere quelle misure nazionali considerate giustificate, ad esempio perché motivate da esigenze imperative di interesse generale.

Di conseguenza, è sorta l'esigenza di completare l'integrazione negativa con quella positiva, che consente di superare gli ostacoli per mezzo del ravvicinamento delle disposizioni nazionali e della conseguente rimozione delle misure statali restrittive, non più giustificate in presenza di un intervento del diritto dell'Unione. Ciò dimostra la rilevanza e la centralità dell'azione di ravvicinamento delle disposizioni nazionali, pur se può essere differente il grado di incidenza della normativa dell'Unione sulle legislazioni degli Stati membri.

Questo impatto differente sulle norme nazionali discende anche dal

zioni e mutuo riconoscimento nell'Atto unico europeo, in *JUS - Rivista di scienze giuridiche*, 1992, p. 179 ss.

² Più di recente, v. il lavoro monografico di T. M. MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, Bari, 2018.

fatto che la nozione di ravvicinamento è piuttosto complessa e comprende fenomeni eterogenei.

Un *caveat* è però necessario. Il ravvicinamento deve essere tenuto ben distinto dal mutuo riconoscimento, la cui genesi è rinvenibile nella nota sentenza *Cassis de Dijon* concernente la libera circolazione delle merci³. Tale principio è stato successivamente esteso in altri campi e ha assunto una portata generale e fondamentale nel diritto dell'Unione, consentendo a talune disposizioni di uno Stato membro di essere riconosciute come equivalenti a quelle applicate in un altro Stato membro. Siffatto principio deriva dalla fiducia reciproca che gli Stati membri dovrebbero nutrire nei rispettivi ordinamenti giuridici e consente di ovviare alle divergenze normative esistenti nell'Unione, in quanto le normative o le decisioni giudiziarie di uno Stato membro producono effetto in un altro Stato membro⁴.

Più sfumato appare invece il rapporto del ravvicinamento con le nozioni di coordinamento, armonizzazione e uniformazione, vuoi perché non si ritrovano nel diritto dell'Unione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle puntuali qualificazioni giuridiche⁵, vuoi perché la dottrina maggioritaria tende a non focalizzarsi più sulle diverse classificazioni di tali nozioni, considerandole ormai superate⁶.

Resta fermo che vi può essere un'influenza debole del diritto dell'Unione, consistente nel coordinamento ovvero nella «mera adozione di disposizioni comuni intese non ad incidere sul contenuto delle norme

³ Corte giust., 20 febbraio 1979, 120/78, spec. p.to 14. Con riguardo al mercato interno, v. S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005; *amplius*, v. K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Dir. Un. eur.*, 2015, p. 525 ss.; B. NASCIBENE, *Le Traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle*, in *Rev. aff. eur.*, 2011, p. 787 ss.; L. M. POIARES MADURO, *So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 814 ss.

⁴ Sul rapporto tra i due principi, v. E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *Dir. Un. eur.*, 2018, p. 231 ss.

⁵ Puntualmente fornite dalla dottrina: v. R. VANDER ELST, *Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne*, in D. DE RIPAINSEL-LANDY A. GÉRARD, A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN et. al. (sous la direction de), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Brussels, 1976, p. 22 ss.

⁶ R. MASTROIANNI, voce *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Torino, 1996, p. 460.

interne, ma semplicemente a creare dei meccanismi per evitare che la loro applicazione divergente possa dar luogo a contrasti»⁷. Nel dibattito scientifico la nozione di ravvicinamento includeva tradizionalmente quella del coordinamento, ma si può ritenere che il ravvicinamento non possa più essere assimilato al coordinamento per effetto delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. Tale Trattato ha previsto, oltre le categorie classiche delle competenze esclusive e concorrenti, una terza categoria di competenze dell'Unione, vale a dire a quella del coordinamento, completamento e sostegno, rispetto alla quale il diritto primario esclude espressamente che gli atti vincolanti delle istituzioni possano comportare un'armonizzazione – e, quindi, un ravvicinamento – delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (v. art. 2, par. 5, TFUE).

Pertanto, allo stato attuale del diritto dell'Unione il ravvicinamento può essere considerato idoneo a comprendere la nozione di armonizzazione e, al più, quella di uniformazione⁸, ma non quella del coordinamento. Conformemente a tale orientamento, si possono realizzare variegate forme di armonizzazione delle normative nazionali (parziale, opzionale, minimale, di rinvio) fino ad arrivare a una vera e propria armonizzazione totale, da intendere come uniformazione, con sostituzione diretta e contestuale delle diverse normative nazionali mediante una disciplina univoca.

Senza addentrarsi nel merito di questo vasto dibattito scientifico, si può quindi affermare che ci sono diverse declinazioni del concetto di armonizzazione, le quali incidono in modo differente sulle normative nazionali, in conformità ai principi che regolano le competenze dell'Unione e in funzione degli obiettivi da realizzare.

Muovendo da queste necessarie premesse, con il presente contributo si intendono fornire delle brevi riflessioni in merito agli articoli 114 e 115 TFUE, i quali rappresentano le due basi giuridiche generali del ravvicinamento per la realizzazione del mercato interno.

⁷ F. POCAR, *Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella Comunità europea*, in AA.VV., *La sfida europea*, Padova, 1984, p. 93.

⁸ Cfr. C. AMALFITANO, voce *Ravvicinamento delle legislazioni [dir. UE]*, in *Enc. giur. (online)*, 2015.

2. L'evoluzione del diritto primario e la rilevanza fondamentale acquisita dall'art. 114 TFUE

Come detto, gli articoli 114 e 115 TFUE costituiscono, almeno sulla carta, gli strumenti principali attraverso i quali si alimenta il processo di creazione di un mercato comune. L'obiettivo rimane quello di «eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno»⁹.

Inizialmente esisteva soltanto l'art. 100 TCE, che corrisponde all'attuale art. 115 TFUE, e solo con l'Atto unico europeo è stato introdotto l'art. 100 A, che ha subito varie modifiche per effetto dei successivi trattati di revisione ed è diventato oggi l'art. 114 TFUE¹⁰. In origine l'art. 115 TFUE svolgeva quindi un ruolo centrale per la realizzazione del mercato interno, ma nel corso degli anni si è sempre più ricorso all'art. 114 TFUE, che ha finito per esautorare l'art. 115 TFUE.

Il più agevole art. 114 TFUE è diventato oggi la base giuridica standard, che viene generalmente utilizzata laddove non sussista una base giuridica speciale per l'armonizzazione, mentre l'art. 115 TFUE ha assunto una funzione del tutto residuale e sussidiaria rispetto all'art. 114 TFUE.

È chiaro che non si può passare indifferentemente dall'una all'altra ba-

⁹ Corte giust., 5 maggio 1982, 15/81, *Schul*, p.to 33. Per un commento alle due disposizioni, v. F. CARUSO, *Articoli 94-95 CE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 651 ss.; M. CONDINANZI, *Articoli 94-95 CE*, F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 496 ss.; A. DAMATO, *Articoli 114-115 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, p. 904 ss.; P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *Articoli 114-115 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1261 ss.

¹⁰ V. R. ADAM, *Il diritto del mercato interno: l'art. 100 A e l'armonizzazione delle legislazioni*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 681 ss.; A. DEL VECCHIO, *Il ravvicinamento delle legislazioni nelle previsioni dell'art. 100 A del Trattato. Problemi e prospettive*, in *Rivista di diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, p. 263 ss. Celebre è l'utilizzo (improprio) dell'art. 100 A per l'adozione della direttiva sulla pubblicità del tabacco (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/43/CE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco), poi annullata dalla Corte con la sentenza del 5 ottobre 2000, C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio* (Tobacco advertising).

se giuridica. L'art. 114 TFUE si riferisce alle misure che hanno ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, e si distingue dall'art. 115 TFUE che concerne invece le misure che hanno un'incidenza diretta sul funzionamento e sull'instaurazione del mercato interno¹¹. Si tratta di una distinzione alquanto sottile e non agevole da comprendere, che rischia di sollevare incertezze sul piano interpretativo. Va da sé che l'utilizzo principale del 114 TFUE è stato determinato dalla previsione della deliberazione secondo la procedura legislativa ordinaria, che consente il voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio e riconosce un ruolo paritetico al Parlamento europeo rispetto all'istituzione che rappresenta gli interessi degli Stati. Invece, l'art. 115 TFUE risulta scarsamente impiegato, poiché prevede la procedura legislativa speciale, che richiede il voto all'unanimità da parte del Consiglio e la mera consultazione del Parlamento europeo.

L'art. 114 TFUE è stato preferito all'art. 115 TFUE anche perché consente delle deroghe e contiene delle garanzie idonee a salvaguardare gli interessi degli Stati che, come correttamente rilevato, rappresentano un «contrappeso» o una «compensazione» all'abbandono del principio dell'unanimità¹². Nondimeno, come eloquentemente affermato dall'avvocato generale Tizzano, se è vero che questa previsione «mira ad assicurare una tutela per così dire “rinforzata” di taluni interessi particolarmente rilevanti e, soprattutto, a dare una risposta alle preoccupazioni manifestate da alcuni Paesi», le deroghe devono essere interpretate in modo restrittivo e non possono «andare oltre, e tradurre quelle condizioni in una possibilità di deroga *ad libitum*, [giacché] non sarebbe un compromesso, ma un abuso»¹³.

Tenuto conto del carattere eccezionale del potere riconosciuto agli Stati dall'art. 100 A, n. 4, esso è stato bilanciato dai poteri di controllo par-

¹¹ L'art. 100 TCE, oggi art. 115 TFUE, è stato individuato, ad es., come base giuridica per l'adozione della direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi. Sul p.to, v. T. VERELLEN, *Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ*, in *European Review of Private Law*, 2018, p. 119 ss.

¹² Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 26 gennaio 1994, C-41/93, *Francia c. Commissione* (Pentaclorofenolo), p.to 14.

¹³ Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, del 30 maggio 2002, C-3/00, *Danimarca c. Commissione* (Additivi alimentari), p.to 80.

ticularmente incisivi da parte delle istituzioni dell'Unione, in particolare della Commissione e della Corte di giustizia. Vero è che quest'ultima ha fornito un'interpretazione piuttosto generosa delle condizioni previste dall'art. 114 TFUE, legittimando le istituzioni dell'Unione a ricorrere in modo piuttosto ampio a questa base giuridica. Basti pensare, a titolo esemplificativo, che l'art. 114 TFUE è stato utilizzato finanche per adottare le disposizioni volte alla prevenzione della criminalità organizzata a seguito degli attacchi terroristici di Londra¹⁴.

Per completare questa sintetica ricostruzione in merito al ruolo assunto dall'art. 114 TFUE va posto in rilievo un ulteriore aspetto tutt'altro che secondario: l'utilizzo privilegiato di questo articolo rispetto ad altre basi giuridiche discende anche dalla flessibilità attribuita alle istituzioni dell'Unione in merito alla scelta dell'atto da adottare e alle modalità di intervento sulle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri.

3. *La scelta della base giuridica e l'art. 115 TFUE*

Come evidenziato, la procedura prevista dall'art. 115 TFUE ha progressivamente assunto un ruolo marginale rispetto a quella prevista dall'art. 114 TFUE. Tuttavia, nell'ambito dei quesiti pregiudiziali sollevati dal TAR Lecce in merito all'annosa questione delle concessioni demaniali marittime sono di recente venuti in rilievo proprio l'art. 115 TFUE e il suo rapporto con altre basi giuridiche speciali¹⁵.

Il giudice nazionale ha richiesto, tra l'altro, di invalidare la c.d. direttiva servizi, qualora ritenuta di armonizzazione, poiché adottata a maggioranza qualificata anziché all'unanimità, in violazione dell'art. 115 TFUE¹⁶.

¹⁴ Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, fondata sull'art. 95 TCE (poi art. 114 TFUE).

¹⁵ TAR Puglia-Lecce, sez. I, 2 novembre 2023, n. 1223.

¹⁶ In realtà, è stato richiamato l'art. 94 del Trattato CE, che corrisponde, in sostanza, all'art. 115 TFUE. Per la precisione, il primo quesito è il seguente: «Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto – trattandosi di direttiva di armonizzazione – adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'articolo 115 [TFUE]». Su questo profilo, v. M. C. CARTA,

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha costantemente affermato che la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento di un'istituzione circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali lo scopo e il contenuto dell'atto¹⁷. Se l'esame di un atto dell'Unione dimostra che esso persegue una duplice finalità o che ha una doppia componente e se una di queste è identificabile come principale o preponderante, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto deve fondarsi su una sola base giuridica, ossia quella richiesta dalla finalità o componente principale o preponderante¹⁸. In buona sostanza, si deve generalmente ricorrere alla base giuridica dove si situa il c.d. «centro di gravità» dell'atto, anche in presenza di altri scopi accessori o subordinati. Invece, ove sia provato che l'atto persegue contemporaneamente più obiettivi tra loro inscindibili, senza che uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro, tale atto dovrà fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti¹⁹. Il cumulo di due basi giuridiche è però escluso quando le procedure previste dall'una e dall'altra base giuridica siano incompatibili²⁰.

Tale questione è stata portata all'attenzione della Corte di giustizia dal giudice amministrativo, giacché l'articolo 94 CE prevede un voto all'unanimità del Consiglio, mentre, ai sensi dell'articolo 47, paragrafo 2, prima e terza frase, CE e dell'articolo 55 CE, il Consiglio deve deliberare a maggioranza qualificata, di talché il cumulo di tali basi giuridiche risulta evidentemente impossibile.

La Corte di giustizia con la sentenza AGCM c. Comune di Ginosa prova a “chiudere il cerchio” sull'annosa questione delle concessioni demaniali marittime, in St. int. eur., 2023, pp. 596 e 597; C. CURTI GIALDINO, La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: sp.ti critici e proposte per chiudere una storia infinita, in OJD, 2023, pp. 464 e 465.

¹⁷ Corte giust., 22 settembre 2016, C-14/15 e C-116/15, *Parlamento c. Consiglio* (Immatricolazione veicoli), p.to 38; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea* P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), IV ed., Napoli, 2023, pp. 214 e 215.

¹⁸ Corte giust., 11 giugno 2014, C-377/12, *Commissione c. Consiglio* (Accordo con le Filippine); 3 dicembre 2019, C-482/17, *Repubblica ceca c. Parlamento e Consiglio* (Direttiva armi), p.to 31.

¹⁹ Corte giust., 2 settembre 2021, C-180/20, *Commissione c. Consiglio* (Accord avec l'Arménie), p.to 34.

²⁰ Corte giust., 26 marzo 1987, 45/86, *Commissione c. Consiglio* (Regolamento Preferenze doganali generalizzate), p.to 11; 29 aprile 2004, C-338/01, *Commissione c. Consiglio* (Direttiva recupero crediti), p.ti 54-57.

A giudizio della Corte del Lussemburgo, il legislatore dell'Unione ha correttamente privilegiato l'articolo 47, paragrafo 2, prima e terza frase, CE e l'articolo 55 CE, che oggi corrispondono agli articoli 53 e 62 TFUE, rispetto all'articolo 94 CE²¹. Tali disposizioni conferivano, e tutt'ora conferiscono, al legislatore dell'Unione una specifica competenza ad adottare misure volte a migliorare il funzionamento del mercato interno²². Pertanto, il legislatore dell'Unione si è fondato su queste basi giuridiche per l'adozione della direttiva servizi, conformemente alla massima secondo cui le norme speciali derogano alle norme generali.

La finalità principale della direttiva consiste nell'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio per facilitare l'accesso e l'esercizio delle attività non salariate, con l'obiettivo di garantire l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso. Si tratta di una liberalizzazione più profonda di quella prevista dal Trattato, che restringe il margine di manovra degli Stati per l'imposizione di restrizioni.

È il caso di aggiungere che, durante la procedura di adozione di tale direttiva, nessuno Stato membro ha chiesto, ai sensi della seconda frase di detto articolo 47, paragrafo 2, un voto all'unanimità del Consiglio, con la motivazione che l'esecuzione di detta direttiva avrebbe comportato una modifica dei vigenti principi legislativi del regime delle professioni, per quanto riguarda la formazione e le condizioni di accesso delle persone fisiche.

Da una lettura attenta della sentenza della Corte di giustizia si ricava quindi che non è stata accolta la tesi del giudice nazionale volta a valorizzare la portata dell'art. 115 TFUE e che le altre basi giuridiche, generali o speciali, vengono oggi generalmente preferite rispetto a tale articolo, la cui procedura decisionale all'unanimità da parte del Consiglio rappresenta un limite all'adozione di atti di ravvicinamento delle normative nazionali, vista la difficoltà oggettiva di ottenere il consenso di tutti i 27 rappresentanti degli Stati membri. È intuitivo che il ricorso alla regola della maggioranza qualificata comporta un salto di qualità nell'azione dell'Unione, poiché

²¹ Corte giust., 20 aprile 2023, causa C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Commune de Ginosa), p.ti 50-59. In passato, v. 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento* (Direttiva distacco dei lavoratori), p.to 43.

²² V., per analogia, *Germania c. Parlamento e Consiglio* (Tobacco advertising), cit., p.to 87.

consente interventi più rapidi, agili e funzionali rispetto agli obiettivi da realizzare.

4. *La prassi più recente in relazione all'art. 114 TFUE*

Ritornando all'art. 114 TFUE, appare utile fornire qualche breve indicazione, senza alcuna pretesa di esaustività, in merito alla prassi più recente delle istituzioni dell'Unione nel ricorrere a questa base giuridica.

Si può innanzitutto rilevare che i regolamenti 2022/1925, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (c.d. regolamento sui mercati digitali)²³, e 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (c.d. regolamento sui servizi digitali)²⁴, hanno come unica base giuridica l'art. 114 TFUE. Nel primo si fa riferimento all'armonizzazione per garantire mercati contendibili ed equi, eliminando ostacoli alla libertà di fornire e ricevere servizi digitali nel mercato interno, mentre il secondo ha ad oggetto un insieme ben mirato di norme obbligatorie uniformi sulla prestazione di servizi di intermediazione del mercato interno. In quest'ultimo regolamento si mette in risalto che il ravvicinamento delle misure nazionali di regolamentazione a livello dell'Unione in materia di obblighi per i prestatori di servizi intermediari è necessario per evitare la frammentazione del mercato interno, porvi fine e garantire la certezza del diritto, così da ridurre l'incertezza per gli sviluppatori e promuovere l'interoperabilità²⁵.

Allo stesso modo, la proposta di regolamento che istituisce un quadro comune per i servizi di media nel mercato interno (legge europea sulla li-

²³ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828, su cui v. C. MASSA, *The Digital Markets Act between the EU Economic Constitutionalism and the EU Competition Policy*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2022, p. 103 ss.

²⁴ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE. Per un commento, v. M. L. CHIARELLA, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 2022, p. 33 ss.

²⁵ Regolamento (UE) 2022/2065, cit., considerando n. 4.

bertà dei media)²⁶ non ha individuato una base giuridica speciale e ha il suo fondamento giuridico soltanto nell'art. 114 TFUE, visto che questo atto indica genericamente l'obiettivo di creare un approccio comune e coordinato sulla libertà e pluralismo dei media, che assicuri il buon funzionamento del mercato. Al riguardo, occorre altresì tenere presente che la Commissione ha ritenuto appropriato (solo) l'art. 114 TFUE anche per la creazione di nuovi organi, come l'European Board for Media Services. Ulteriori basi giuridiche sono state scartate o perché assorbite dall'obiettivo del tutto preponderante del buon funzionamento del mercato interno per i servizi media (come, ad es., l'art. 14, par. 3, TUE) o perché rientranti nell'ambito delle competenze complementari e, quindi, non legittimate a consentire l'armonizzazione (come ad es. l'art. 167 TFUE). Resta il fatto che la proposta ha optato per una armonizzazione minimale delle legislazioni nazionali, che consente agli Stati la possibilità di mantenere standard diversi.

Invece, la proposta di regolamento relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica²⁷ ha individuato le sue basi giuridiche negli articoli 114 e 16 TFUE. Questa scelta appare opportuna in quanto l'atto, di fatto, si compone di due parti: la prima volta all'armonizzazione degli obblighi di trasparenza e di dovuta diligenza connessi alla pubblicità politica e la seconda sulla tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, che contiene, in particolare, regole sulle tecniche di *targeting*, in quanto la pubblicità politica può compromettere i diritti delle persone.

Parimenti, il regolamento 2022/2560 relativo alle sovvenzioni estere

²⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2022, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media) e modifica la direttiva 2010/13/UE, COM/2022/457 final, su cui v. R. MASTROIANNI, C. MASSA, *La nuova politica europea in tema di libertà di informazione e lo Stato di diritto*, in AA.VV., *Europa tra presente e futuro*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 2023, p. 143 ss.; G. MUTO, *European Media Freedom Act: la tutela europea della libertà dei media*, in *MediaLaws*, n. 3, 2022.

²⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2021, relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica, COM/2021/731 final. Per alcune considerazioni sulla proposta, F. GIGLIO, *The proposed EU regulation on political advertising. Reconciling fundamental rights safeguards with the objective to tackle disinformation*, in *law.kuleuven.be*, 24 October 2023.

distorsive del mercato interno si fonda su una doppia base giuridica, ossia non solo sull'art. 114 TFUE, ma anche sull'art. 207 TFUE riguardante la politica commerciale comune²⁸. Con questo regolamento, di cui molto si discuterà nei prossimi anni, il legislatore dell'Unione ha cercato di colmare una lacuna normativa in tema di sovvenzioni estere, non disponendo di strumenti che consentano di far fronte alle distorsioni del mercato interno causate dai contributi finanziari concessi da Stati terzi a imprese attive nell'Unione europea. Tale atto istituisce un quadro armonizzato al fine di garantire un *level playing field* tra gli operatori economici nell'Unione europea, trasponendo nell'ambito delle sovvenzioni estere alcuni concetti e strumenti tipici della normativa dell'Unione in tema di aiuti di Stato e concentrazioni, e devolvendo i poteri di controllo e sanzionatori alla Commissione europea. Per la precisione, il nuovo atto dell'Unione si muove secondo tre linee direttrici, che consistono nell'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere distorsive (capo 2), nel controllo delle concentrazioni (capo 3) e delle procedure di appalto pubblico (capo 4).

Taluni dubbi sorgono sull'opportunità di impiegare l'art. 114 TFUE per garantire l'armonizzazione delle normative nazionali in materia di sovranità tecnologica (ad es., per le reti di telecomunicazione 5G)²⁹. Se è vero che la disposizione in questione è stata già utilizzata per istituire l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza (ENISA)³⁰, è pur vero che essa non sembra rappresentare una base giuridica adeguata per regolare tale materia, dal momento che interseca questioni ancora molto sensibili per gli Stati, come la sicurezza nazionale³¹.

Infine, occorre ricordare che la versatilità dell'art. 114 TFUE ha con-

²⁸ Sul tema, sia consentito rimandare a P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *L'autonomia strategica dell'Unione europea: dalla difesa... alla politica commerciale c'è ancora tanta strada da fare*, in DPCE, 2023, p. 5 ss.

²⁹ In argomento, v. S. POLI, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in *I Post di AISDUE*, III, Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 5, 20 dicembre 2021, spec. p. 79 ss.; M. VARJU, *5G networks, (cyber)security harmonisation and the internal market: the limits of Article 114 TFEU*, in *Eur. LR*, 2020, p. 471 ss.

³⁰ Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013)

³¹ Competenza che è ancora nelle loro mani: v. Corte giust., 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, p.to 135.

sentito di aggirare l'esclusione dell'armonizzazione in tema di salute³², utilizzando questo strumento giuridico in combinato disposto con l'art. 168 TFUE. In questa prospettiva, la base giuridica della direttiva 2011/24/UE, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera³³, è stata individuata nell'art. 114 TFUE, oltre che nell'art. 168 TFUE, poiché le disposizioni contenute in questo atto sono volte a "migliorare il funzionamento del mercato interno e la libera circolazione di merci, persone e servizi". Nonostante la sua specifica attinenza alla materia sanitaria, nei considerando di questa direttiva il ricorso all'art. 114 TFUE (in aggiunta alla base giuridica dell'art. 168 TFUE), è giustificato in ragione dello scopo di migliorare il funzionamento del mercato interno³⁴.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca il più recente regolamento 2022/123³⁵, il quale ha le sue basi giuridiche sempre negli articoli 114 e 168, (par. 4, lett. c), TFUE ed è stato adottato sul presupposto che la pandemia derivante dal COVID-19 e la conseguente emergenza di sanità pubblica hanno posto in evidenza la necessità di adottare un approccio alla gestione delle crisi più coordinato a livello dell'Unione. Più particolarmente, questa crisi senza precedenti ha dimostrato che non si può fare a meno di rafforzare il ruolo dell'Unione al fine di accrescere l'efficacia della gestione della disponibilità di medicinali, dispositivi medici e medico-diagnostici in vitro, la cui carenza ha indebolito i sistemi sanitari degli Stati membri altresì compromettendo il diritto dei singoli di accedere a cure mediche appropriate. È guardando a questo scenario che il regolamento 123/2022 introduce un nuovo quadro normativo nonché gli strumenti per la prevenzione, il coordinamento e la gestione delle emergenze sanitarie e del loro impatto sui medicinali e sui dispositivi medici a livello europeo, rendendo perma-

³² V. P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, 2020, spec. p. 2298 ss. V. anche D. ANDERSON, *Shifting the Grundnorm (and other tales)*, in D. O'KEEFFE, A. BAVASSO (eds.), *Judicial Review in European Union Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. I, The Hague, 2000, p. 348 ss.; T. K. HERVEY, *Community and national competence in health after Tobacco advertising*, in *CMLR*, 2001, p. 1442 ss.

³³ Direttiva 2011/24/UE, del 9 marzo 2021.

³⁴ *Ivi*, spec. considerando nn. 1 e 2.

³⁵ Regolamento (UE) 2022/123 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 gennaio 2022, relativo a un ruolo rafforzato dell'Agenzia europea per i medicinali nella preparazione alle crisi e nella loro gestione in relazione ai medicinali e ai dispositivi medici.

menti alcune delle soluzioni e dei processi istituiti durante la pandemia. Il regolamento affida nuovi compiti all'Agenzia europea dei medicinali e mira a rafforzare il suo ruolo attraverso una più articolata ed efficace organizzazione interna al fine di istituire un sistema armonizzato di prevenzione e monitoraggio delle carenze di medicinali e dispositivi medici³⁶.

5. Considerazioni conclusive sulla centralità dell'art. 114 TFUE per il processo di integrazione europea

Tirando le fila del discorso sin qui condotto, è ormai acquisita la centralità dell'art. 114 TFUE rispetto non solo all'art. 115 TFUE, ma anche ad altre basi giuridiche.

L'art. 114 viene frequentemente preferito, da solo o con un'altra base giuridica, in quanto più consono a realizzare gli obiettivi previsti nei trattati UE e FUE. A trent'anni dal mercato interno, l'art. 114 TFUE continua ad essere la base giuridica più utilizzata dalle istituzioni dell'Unione³⁷ e la previsione di deroghe ed eccezioni in favore degli Stati membri agevola il suo utilizzo e lo rende più digeribile da parte degli Stati membri.

Il quadro non è cambiato con l'evoluzione tecnologica, le crisi emergenziali (Covid e aggressione russa in Ucraina) e le trasformazioni geopolitiche, considerato che il ravvicinamento si presta, per la sua flessibilità, ad essere adattato anche in relazione a situazioni nuove e imprevedibili. Ciò significa che la versatilità dell'art. 114 TFUE consente una risposta efficace

³⁶ Il regolamento 2021/2282 (c.d. HTA) utilizza altresì la doppia base giuridica degli articoli 114 e 168 TFUE e chiarisce che sono perseguiti contemporaneamente e indissolubilmente legati gli obiettivi del superamento delle divergenze esistenti in materia e delle valutazioni parallele da parte degli Stati membri, da un lato, e dell'assunzione di decisioni relative alla salute umana che consentono l'accesso dei pazienti a cure efficaci e sicure, dall'altro v. considerando n. 11. Le stesse basi giuridiche sono state poste a fondamento anche del regolamento (UE) 2020/1043 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2020, relativo all'esecuzione di sperimentazioni cliniche con medicinali per uso umano contenenti organismi geneticamente modificati o da essi costituiti e destinati alla cura o alla prevenzione della malattia da coronavirus (COVID-19) e relativo alla fornitura di tali medicinali.

³⁷ Cfr. B. DE WITTE, *Exclusive Member States competences: is there such a thing?*, in I. GOVAERE, S. GARBEN (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, spec. p. 59.

ed equilibrata da parte delle istituzioni dell'Unione tanto nei periodi di crescita che in quelli di crisi.

In definitiva, si può affermare che non si potrà prescindere dall'art. 114 TFUE per muovere ulteriori passi nello sviluppo del mercato unico e, più in generale, del processo di integrazione europea.

L'ABOLIZIONE DELLA C.D. REGOLA DELL'INTERNALITÀ ALLA LUCE DELLE RECENTI PROPOSTE DI RIFORMA DEI TRATTATI EUROPEI

Amedeo Arena*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La regola dell'internalità: genesi, evoluzione e codificazione. – 3. L'abolizione della regola dell'internalità: le possibili conseguenze. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Sebbene la Cortina di Ferro sia ormai un lontano ricordo, l'Europa è ancora oggi divisa da un “muro invisibile”, noto come la “regola dell'internalità”¹. Questa regola, di origine giurisprudenziale, stabilisce che le fattispecie che si esauriscono all'interno di un unico Stato membro, le c.d. “situazioni puramente interne”, non sono soggette alle norme sulla libera circolazione contenute dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Pertanto, i più di 190 milioni di cittadini dell'Unione Europea che non hanno mai visitato uno Stato membro diverso dal proprio² non possono, in assenza di altri fattori di collegamento con il «campo di applicazione del diritto dell'UE»³, invocare le libertà fondamentali del mercato interno e la tutela offerta dalla Carta dei diritti fondamentali, in quanto essa trova applicazione nei confronti degli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»⁴.

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

¹ Sul punto, A. ARENA, *The Wall Around EU Fundamental Freedoms: the Purely Internal Rule at the Forty-Year Mark*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 153.

² Special Eurobarometer n. 414, 2014, pp. 130 e 131.

³ Corte giust., 18 giugno 1991, C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis*, p.to 42.

⁴ Art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali.

Peraltro, nell'ambito del recente dibattito sulla riforma dei Trattati europei, è stato proposto di ampliare la portata della Carta dei diritti fondamentali, sancendone l'applicabilità «in tutte le aree di competenza dell'Unione, sia essa esclusiva o concorrente, *anche se tale competenza non è stata ancora esercitata*»⁵. Inoltre, è stato proposto di modificare la definizione del mercato interno contenuta nell'art. 26, par. 2, TFUE, specificando che la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali deve essere assicurata «*in tutti gli Stati membri*»⁶.

Tali proposte potrebbero indurre la Corte di giustizia ad abbandonare la c.d. regola dell'internalità. Pertanto, dopo aver ricostruito le origini, l'evoluzione e la codificazione di tale regola, il presente contributo intende analizzare gli scenari che la sua abolizione dischiuderebbe per il funzionamento del mercato interno e per l'ordinamento giuridico dell'Unione nel suo complesso.

2. La regola dell'internalità: genesi, evoluzione e codificazione

Sebbene la regola dell'internalità sia compatibile e con la lettera⁷ e con la finalità⁸ delle disposizioni sulla libera circolazione, presenti nel Trattato

⁵ Parere della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo, del 10 febbraio 2023, sulle proposte del Parlamento europeo per la modifica dei Trattati (2022/2051(INL)), p.to 9 (traduzione dell'autore, corsivo nell'originale).

⁶ Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 novembre 2023, sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati (2022/2051(INL)), emendamento n. 93 (corsivo aggiunto).

⁷ L'art. 20, par. 2, lett. b) e l'art. 22, par. 1, TFUE riguardano la situazione del cittadino dell'Unione «residente in uno Stato membro di cui non è cittadino»; gli artt. 30, 34 e 35 TFUE vietano i dazi doganali e le restrizioni quantitative negli scambi «fra gli Stati membri»; l'art. 49 TFUE vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento «dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro»; l'art. 56 TFUE vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi «nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione»; l'art. 69 TFUE vieta le restrizioni ai movimenti di capitali «tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi»; l'art. 110 TFUE vieta l'applicazione di imposte interne discriminatorie o ispirate a finalità protezionistiche «ai prodotti degli altri Stati membri».

⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 5 settembre 2013, C-159/12, C-160/12 e C-161/12, *Alessandra Venturini c. ASL Varese e a.*, *Maria Rosa Gramegna c. ASL Lodi e a.* e *Anna Muzzio c. ASL Pavia e a.*, par. 27, ove si afferma che subordinare l'applicazione

CEE fin dal 1957, non vi è alcun riferimento a tale regola nella giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni '50 e '60. Per esempio, nella celebre sentenza *Costa c. ENEL* del 1964⁹, relativa al possibile conflitto della legge italiana di nazionalizzazione dell'energia elettrica con il diritto di stabilimento ed altre norme del Trattato CEE, né le parti né i giudici della Corte di giustizia hanno rilevato che tutti i fatti della controversia si collocavano all'interno del territorio italiano¹⁰.

La "genesì giurisprudenziale" della regola dell'internalità si è verificata nel 1979 con la sentenza *Saunders*¹¹. Alla Corte di giustizia era stato chiesto se un ordine della Crown Court di Bristol, emesso durante un processo penale nei confronti di una cittadina britannica, la sig.ra Saunders, fosse in linea con le norme sulla libera circolazione dei lavoratori del Trattato CEE. Tale ordine obbligava la sig.ra Saunders a trasferirsi in Irlanda del Nord, vietandole di rientrare in Inghilterra o in Galles per tre anni.

In tale pronuncia, i giudici comunitari hanno affermato, per la prima volta, che «le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione [...] non possono [...] essere applicate a situazioni puramente interne di uno Stato membro»¹², come quella in cui versava la sig.ra Saunders. Pertanto, la Corte di giustizia ha statuito che la libera circolazione dei lavoratori non «limita[va] il potere degli Stati membri di porre delle restrizioni, nel loro territorio, alla libera circolazione di chiunque sia soggetto alla loro giurisdizione, in conformità alle leggi penali nazionali»¹³.

Le implicazioni sostanziali della regola dell'internalità sono illustrate in modo emblematico dalla sentenza *Morson*¹⁴. La sig.ra Morson e la sig.ra Jhanjan, due cittadine del Suriname, avevano chiesto l'autorizzazione a ri-

delle norme sulla libera circolazione alla «condizione dell'elemento transfrontaliero» è «coerente con lo scopo stesso di tali disposizioni», ossia di «liberalizza[re] [gli] scambi [nell'Unione] [e non di] promuovere il libero esercizio dell'attività commerciale nei singoli Stati membri».

⁹ Corte giust., 15 luglio 1964, 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*

¹⁰ Sul punto A. ARENA, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2019, p. 1017 ss.

¹¹ Corte giust., 28 marzo 1979, 175/78, *The Queen c. Vera Ann Saunders*.

¹² *Ibid.*, p.to 11 (corsivo aggiunto).

¹³ *Ibid.*, p.to 10.

¹⁴ Corte giust., 27 ottobre 1982, cause riunite 35/82 e 36/82, *Elestina Esselina Christina Morson c. Paesi Bassi*.

siedere nei Paesi Bassi insieme ai loro figli, che erano cittadini olandesi e lavoravano in tale Stato membro¹⁵. L'articolo 10 del regolamento n. 1618/68 riconosceva espressamente il diritto dei familiari dei lavoratori comunitari di risiedere con questi ultimi nel territorio della Comunità¹⁶. Ma poiché i due lavoratori olandesi in questione non avevano mai esercitato il loro diritto alla libera circolazione nell'ambito del mercato interno, la Corte di giustizia ha statuito che la libertà di circolazione non poteva essere applicata al loro caso e che, di conseguenza, le autorità olandesi potevano negare alla signora Morson e alla signora Jhanjan il permesso di risiedere nei Paesi Bassi¹⁷.

Riservando alcuni benefici elargiti dal diritto dell'Unione europea ai soli cittadini europei che esercitano le loro libertà di circolazione, la regola dell'internalità dà luogo alla spinosa questione delle "discriminazioni alla rovescia", che si verificano quando le situazioni puramente interne sono soggette ad una disciplina meno favorevole rispetto a quella applicabile alle situazioni transfrontaliere.

Ciò è quanto si è verificato a seguito della sentenza *Drei Glocken*, in cui la Corte di giustizia aveva statuito che le norme italiane che vietavano la vendita di pasta non prodotta con il grano duro erano incompatibili con la libera circolazione delle merci¹⁸. La Corte di giustizia aveva, tuttavia, precisato che le conferenti disposizioni italiane dovevano essere disapplicate nei confronti della pasta importata da altri Stati membri (situazioni transfrontaliere), ma potevano rimanere in vigore per la pasta prodotta in Italia (situazioni puramente interne)¹⁹. Ciò chiaramente poneva i produttori di pasta italiani in una posizione di svantaggio competitivo, in quanto erano costretti ad utilizzare il grano duro, laddove i produttori di pasta stabiliti in altri Stati membri potevano impiegare anche varietà di grano meno pregiate²⁰.

¹⁵ *Ibid.*, p.to 2.

¹⁶ Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, sulla libera circolazione dei lavoratori nella Comunità, in GUCE L 257 del 19.10.1968, p. 2 ss.

¹⁷ *Elestina Esselina Christina Morson c. Paesi Bassi*, cit., p.to 18.

¹⁸ Corte giust., 14 luglio 1988, 407/85, *Drei Glocken GmbH and Gertraud Kritzinger c. USL Centro-Sud e Provincia autonoma di Bolzano*, p.to 28.

¹⁹ *Ibid.*, p.to 25.

²⁰ Sul punto, A. TRYFONIDOU, *The Outer Limits of Article 28 EC*, in C. BARNARD, O. ODUDU (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, 2009, p. 204.

La regola dell'internalità ha anche un corollario di natura procedurale: posto che le libertà fondamentali non si applicano alle situazioni puramente interne, l'interpretazione di tali libertà non può ritenersi necessaria per la risoluzione di controversie principali aventi ad oggetto tali situazioni. Di conseguenza, la Corte di giustizia ha spesso ritenuto irricevibili i rinvii pregiudiziali scaturenti da controversie puramente interne²¹ o si è dichiarata incompetente a pronunciarsi in tali circostanze²².

Peraltro, dal 1979 ad oggi, l'applicazione della regola dell'internalità da parte della Corte di giustizia ha subito significative evoluzioni²³. Secondo l'orientamento "tradizionale" della giurisprudenza comunitaria, inaugurato nel 1979, quando la fattispecie oggetto del procedimento principale difettava di elementi fattuali di estraneità *si presumeva* che la misura nazionale applicabile a tale situazione fosse priva di effetti giuridici transfrontalieri, il che rendeva superflua una valutazione nel merito della compatibilità tra tale misura e le regole del Trattato sulla libera circolazione, in quanto queste ultime erano inapplicabili al caso di specie e, di conseguenza, non potevano entrare in conflitto con la misura nazionale controversa.

Ben presto, però, è emersa la consapevolezza che tale presunzione poteva dar luogo a dei c.d. falsi negativi, ossia ipotesi in cui, sebbene tutti gli elementi di fatto del procedimento principale fossero racchiusi in un unico Stato membro, la misura nazionale controversa era dotata di un'incidenza transfrontaliera. Inoltre, l'orientamento tradizionale prestava il fianco al fenomeno delle c.d. discriminazioni alla rovescia, di cui si è detto.

Per far fronte a tali inconvenienti, all'orientamento tradizionale si è affiancato un nuovo orientamento, detto "espansivo", che ha comportato l'estensione dell'ambito di applicazione delle norme sulla libera circolazione (piano sostanziale) e della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia (piano processuale) anche alle situazioni puramente interne.

²¹ Cfr., ad esempio, Corte giust., 7 giugno 2012, C-27/11, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, p.ti 54-60; Corte giust., 26 luglio 2017, C-112/16, *Persidera SpA c. AGCOM*, p.ti 31-35; Corte giust., 23 novembre 2017, C-427/16 e C-428/16, *CHEZ Elektro Bulgaria AD c. Yordan Kotsev e FrontEx Internationa EAD c. Emil Yanakiev*, p.to 38.

²² Corte giust., 8 dicembre 2016, C-532/15 e C-538/15, *Eurosaneamientos SL e a. c. ArcelorMittal Zaragoza, SA e Francesc de Bolós Pi c. Urbaser SA*, p.to 50. In dottrina, A. TRYFONIDOU, *Reverse discrimination in EC law*, The Hague, 2009, p. 31.

²³ Per un'analisi più approfondita di tale evoluzione, si rimanda a A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2019.

L'espansione sul piano sostanziale è stata resa possibile grazie all'elaborazione di quattro eccezioni "sostanziali" alla regola dell'internalità, che hanno consentito di ribaltare la presunzione che le misure nazionali applicabili a situazioni puramente interne fossero prive di incidenza transfrontaliera, facendole così rientrare nell'ambito applicativo delle norme sulla libera circolazione.

L'espansione sul piano processuale è invece avvenuta attraverso l'elaborazione di due eccezioni "processuali" alla regola dell'internalità, che hanno permesso ai giudici europei di statuire sull'interpretazione di norme sulla libera circolazione anche quando le stesse non erano applicabili alla situazione puramente interna oggetto del procedimento principale.

Neanche l'orientamento espansivo, peraltro, si è rivelato scevro di inconvenienti. Le eccezioni "sostanziali" sono state più volte applicate dalla Corte di giustizia sulla base di mere presunzioni ed hanno dato luogo a dei "falsi positivi", ossia hanno indotto ad attribuire a determinate misure nazionali un'incidenza transfrontaliera di cui tali misure erano in realtà sprovviste. Del pari, le eccezioni "processuali" sono state spesso applicate sulla base di congetture, inducendo i giudici europei ad emettere pronunce pregiudiziali non suscettibili di trovare applicazione al procedimento principale, in palese antitesi rispetto al principio dell'irricevibilità delle questioni pregiudiziali ipotetiche. Inoltre, entrambe le tipologie di eccezioni ascrivibili all'orientamento espansivo hanno contribuito all'aumento del carico di lavoro della Corte di giustizia, allungando significativamente i tempi di definizione delle cause pendenti.

La Corte di giustizia ha cercato di far fronte a tali problematiche introducendo un terzo orientamento, definito "riflessivo", che ha comportato l'introduzione di "correttivi" a cinque delle sei eccezioni di cui sopra, volti ad assicurare la loro applicazione "in concreto", ossia avendo riguardo alle specifiche circostanze di causa addotte dal giudice remittente (e dalle parti), piuttosto che sulla base di presunzioni o congetture.

Sebbene l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia appena descritta abbia contribuito a rendere la regola dell'internalità un indicatore più attendibile dell'ambito applicativo delle norme sulla libera circolazione e dei limiti della competenza pregiudiziale dei giudici europei, occorre sottolineare che ciascun orientamento giurisprudenziale non ha sostituito gli altri, ma si è andato ad affiancare ad essi assumendo, a turno, il ruolo di orientamento prevalente. Ciò ha comportato la coesistenza,

nell'ambito del medesimo intervallo temporale, di pronunce che si sono limitate ad applicare la regola dell'internalità, pronunce che dopo tale constatazione hanno applicato una o più delle sei eccezioni ascrivibili all'orientamento espansivo e pronunce che hanno applicato le medesime eccezioni alla luce dei correttivi introdotti dall'orientamento riflessivo.

A fronte di un quadro giurisprudenziale così variegato, risultava del tutto impossibile prevedere il ragionamento che la Corte di giustizia avrebbe seguito in presenza di una situazione puramente interna, con conseguente pregiudizio del valore della certezza del diritto. Peraltro, con la sentenza *Ullens de Schooten* del 2016²⁴, i giudici europei hanno intrapreso un processo di "codificazione" della giurisprudenza sulla regola dell'internalità, rendendone più uniforme l'applicazione nelle pronunce successive.

Innanzitutto, la sentenza *Ullens de Schooten* ha enunciato la regola dell'internalità: le norme dell'Unione sulla libera circolazione «non sono applicabili a una fattispecie in cui elementi si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro»²⁵ (orientamento tradizionale).

La medesima sentenza ha poi menzionato alcune eccezioni a tale regola (orientamento espansivo), rilevando che la Corte di giustizia si è pronunciata, anche in presenza di situazioni puramente interne, i) quando non può escludersi che cittadini stabiliti in altri Stati membri siano interessati ad esercitare una determinata attività economica nello Stato membro autore della misura contestata; ii) quando il procedimento *a quo* può comportare l'annullamento di misure di uno Stato membro applicabili anche ai cittadini di altri Stati membri; iii) quando l'ordinamento del giudice del rinvio gli imponga di riconoscere ad un cittadino del proprio Stato membro gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro beneficerebbe, nella stessa situazione, in forza del diritto dell'Unione; iv) quando le disposizioni di diritto dell'Unione oggetto del quesito pregiudiziale siano state rese applicabili alle situazioni puramente interne in virtù di un rinvio ad esse contenuto nell'ordinamento del giudice remittente²⁶.

Nella sentenza *Ullens de Schooten* si precisa, infine, che, ai sensi dell'art. 94 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, spetta al giudice del rinvio l'onere di verificare i presupposti per l'applicazione di una delle quattro eccezioni alla regola dell'internalità, adducendo "elemen-

²⁴ Corte giust., 15 novembre 2016, C-268/15.

²⁵ *Ibid.*, p.to 47.

²⁶ *Ibid.*, p.to 50-53.

ti concreti” che consentano di stabilire un collegamento tra la situazione puramente interna oggetto del procedimento principale e le norme sulla libera circolazione oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale (orientamento riflessivo)²⁷.

3. *L'abolizione della regola dell'internalità: le possibili conseguenze*

Nonostante i vari correttivi apportati dalla Corte di giustizia alla regola dell'internalità nel corso degli anni, tale regola è stata, fin dalla sua origine, fortemente criticata in dottrina.

Alcuni studiosi hanno sostenuto che tale regola contraddice la stessa definizione di «mercato interno»²⁸, in quanto attribuisce rilevanza giuridica all'attraversamento dei confini tra gli Stati membri, laddove il mercato interno dovrebbe essere «uno spazio senza frontiere interne»²⁹. Altri autori hanno rilevato il contrasto tra la regola dell'internalità ed il concetto di “cittadinanza europea”, affermando che i cittadini dell'Unione dovrebbero godere dei diritti derivanti da tale *status* anche se non esercitano le loro libertà di circolazione³⁰.

²⁷ *Ibid.*, p.to 54-55.

²⁸ Così H.U.J. D'OLIVEIRA, *Is Reverse discrimination still permissible under the Single European Act?*, in VV.AA., *Forty years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe: symposium in celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law, University of Amsterdam, on 27 October 1998*, The Hague, 1990, p. 84: «Aiming at an internal market, or completing it, while at the same time continuing to attach importance to the crossing of national frontiers is self-contradictory». Cfr. inoltre le conclusioni dell'Avvocato generale Mischo del 24 settembre 1986, 80/85 e 159/85, *Nederlandse Bakkerij Stichting e a. c. Edab BV*: «Le discriminazioni alla rovescia non sono evidentemente concepibili [...] nell'ambito di un vero e proprio mercato comune che deve necessariamente essere fondato sul principio della parità di trattamento».

²⁹ Art. 26, par. 2, TFUE.

³⁰ S. O'LEARY, *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, The Hague, 1996, pp. 273-278; A. TRYFONIDOU, *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, p. 44 ss.; E. SPAVENTA, *Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 13 ss.; A. VON BOGDANDY et al., *Reversing Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, in *CMLR*, 2012, p.

Inoltre, alcuni commentatori hanno sottolineato l'antitesi tra la regola dell'internalità ed il principio di uguaglianza, che si manifesta attraverso l'odioso fenomeno delle discriminazioni alla rovescia³¹. Altri ancora hanno sostenuto che tale regola costituisce un indicatore inaffidabile ed arbitrario dell'ambito applicativo delle norme sulla libera circolazione e della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia³². Non sorprende, pertanto, che nel corso degli anni diversi esponenti della dottrina abbiano auspicato l'abolizione di tale regola.

A ben vedere, la Corte di giustizia ha già abolito la regola dell'internalità nell'ambito della libera circolazione delle merci, ritenendo le relative disposizioni applicabili anche a misure statali che colpivano esclusivamente gli scambi di prodotti all'interno di uno stesso Stato membro, a fronte della mera eventualità che tali prodotti potessero essere oggetto di una riesportazione in altri Stati membri³³.

489 ss. Cfr. inoltre le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 settembre 2010, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, par. 167: «Una persona che non abbia ancora esercitato [le libertà fondamentali] non dovrebbe aver bisogno di adoperarsi in tal senso per creare le circostanze in cui potrebbe usufruire della tutela di diritti fondamentali».

³¹ Sul punto N. SHUIBHNE, *Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?*, in *CMLR*, 2002, p. 770: «It is not that reverse discrimination is a new phenomenon; it is a long-standing consequence of the long-standing wholly internal rule»; E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni 'a rovescio'*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, p. 355: «La discriminazione alla rovescia sorge [...] a causa dell'esercizio di competenze comunitarie limitate funzionalmente quanto alla loro sfera di applicazione».

³² Sul punto D. O'KEEFFE, A. BAVASSO, *Four freedoms, one market and national competence: in search of a dividing line*, in D. O'KEEFFE, A. BAVASSO (eds.), *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley: Judicial Review in European Union Law*, The Hague, 2000, pp. 554 e 555: «The existence of a cross-border element is still a useful tool to determine if Community rules should come into play [...] However, one should not overstate the benefits of this approach. One could easily imagine a transnational case with little impact on the common market and [an] internal matter with a major effect on the common market»; più critica è invece S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 2018, p. 35: «The notion of purely internal situations was born as a useful concept which conveyed a powerful description of the limits of EU free movement law. [...] However, the evolution of EU law in general and of free movement law in particular has rendered the concept somewhat obsolete, turning it into a rather rough and inaccurate approximation of the scope of EU law in the majority of cases».

³³ Corte giust., 8 novembre 2005, C-293/02, *Jersey Produce Marketing Organisation Ltd c. States of Jersey e Jersey Potato Export Marketing Board*.

Sembra pertanto lecito ipotizzare che ciò possa verificarsi anche per le altre norme sulla libera circolazione, specialmente alla luce della nuova definizione di mercato interno contenuta nella proposta di riforma dei Trattati, che sancirebbe la libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali «in tutti gli Stati membri»³⁴.

Se ciò accadesse, le norme sul mercato interno contenute nel TFUE potrebbero essere invocate per contestare qualsiasi misura nazionale idonea ad ostacolare o rendere meno attraente la libera circolazione ovvero l'esercizio di un'attività economica, *anche all'interno di un singolo Stato membro*. Si realizzerebbe, in altri termini, quanto preconizzato dall'Avvocato generale Tesauro: l'applicazione delle libertà fondamentali non già per liberalizzare gli scambi *tra* gli Stati membri, ma promuovere il libero esercizio dell'attività commerciale *nei* singoli Stati membri³⁵. Portando tale ragionamento alle estreme conseguenze, potrebbe verificarsi lo scenario paventato dall'Avvocato generale Tizzano: «un mercato [interno] in cui le regole [nazionali] sono in linea di principio vietate, salvo che siano necessarie e proporzionate al soddisfacimento di esigenze imperative di interesse generale»³⁶. Ciò equivarrebbe a rendere la Corte di giustizia l'arbitro supremo delle scelte degli Stati membri in ordine agli obiettivi di interesse generale meritevoli di tutela ed al loro opportuno livello di protezione³⁷.

Il risvolto più significativo del superamento della regola dell'internalità, peraltro, sarebbe l'applicazione generalizzata dei diritti fondamentali come

³⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023, cit., emendamento n. 93 (corsivo aggiunto).

³⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro del 27 ottobre 1993, C-292/92, *Ruth Hünermund e a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, par. 1 e 28.

³⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 25 marzo 2004, C-442/02, *Caixa-Bank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, par. 63.

³⁷ Sul punto C. RITTER, *Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234*, in *Eur. LR*, 2006, p. 710: «do we want a true “single” market where the myriad national rules will all be tested for compliance with the narrow list of public order objectives tolerated under EC law? Do we want a litigation-mad, almost completely deregulated pan-European society where public policy choices are made by ECJ judges?»; R. SCHÜTZE, *From International to Federal Market: the Changing Structure of European Law*, Oxford, 2017, p. 283: «The EU Treaties' free-movement provisions would assume an 'individualistic' interpretation that approximates the (American) 'economic due process' jurisprudence under the Fourteenth Amendment. The Court here leaves its role as relative arbitrator between competing 'sovereignty' claims of the Member States and becomes the absolute judge of the politico-economic choices within Europe».

principi generali di diritto dell'Unione e come codificati dalla Carta dei diritti fondamentali. Grazie al proprio ampio ambito applicativo, le libertà fondamentali del mercato, svincolate dalla regola dell'internalità, attirerebbero un numero significativo di fattispecie nel «campo di applicazione del diritto dell'UE»³⁸, assoggettando la disciplina a livello nazionale di tali fattispecie al rispetto della Carta dei diritti fondamentali e dei principi generali ad essa sottesi³⁹. Proprio in tale direzione sembra spingersi la proposta di modifica dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, che mira ad estenderne il campo d'applicazione «in tutte le aree di competenza dell'Unione, sia essa esclusiva o concorrente, anche se tale competenza non è stata ancora esercitata»⁴⁰.

Tale evoluzione, peraltro, comporterebbe delle conseguenze di ampia portata per l'ordinamento dell'Unione. In primo luogo, l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali anche alle situazioni puramente interne determinerebbe un significativo incremento delle domande di rinvio pregiudiziale, laddove la Corte di giustizia non dispone di strumenti procedurali – quali il *writ of certiorari* della Corte Suprema degli Stati Uniti⁴¹ – che le consentano di selezionare i casi su cui pronunciarsi. L'incremento del carico di lavoro dei giudici europei si tradurrebbe in un significativo prolungamento della durata dei processi, con conseguente lesione del principio della tutela giurisdizionale effettiva⁴².

³⁸ *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis*, cit., p.to 42.

³⁹ Art. 51, par. 1, della Carta.

⁴⁰ Parere della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo, del 10 febbraio 2023, sulle proposte del Parlamento europeo per la modifica dei Trattati (2022/2051(INL)), p.to 9.

⁴¹ Fino alla fine del XIX secolo, le parti di una controversia rientrante nella competenza dei giudici statunitensi avevano diritto ad impugnare tali pronunce innanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti. L'aumento del carico di lavoro nel corso del XIX secolo, però, portò tale giurisdizione alla paralisi. Con il *Judiciary Act* (1891), le funzioni di appello vennero affidate alle *Circuit Courts of Appeal*, che potevano statuire con sentenza definitiva. Nondimeno, alle parti venne consentito di rivolgere alla Corte Suprema una *petition for writ of certiorari*, il cui accoglimento da parte di almeno quattro dei sette giudici supremi (c.d. *rule of four*) avrebbe comportato l'esame della controversia da parte della Corte Suprema. La Corte Suprema accoglie in media ogni anno poco più di un centinaio di istanze, privilegiando quelle che pongono significative questioni di principio o che evidenziano l'esistenza di conflitti giurisprudenziali tra le Corti d'appello federali.

⁴² Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl, *Alessandra Venturini c. ASL Varese e a.*, *Maria Rosa Gramagna c. ASL Lodi e a.* e *Anna Muzzio c. ASL Pavia e a.*, cit., par. 22;

D'altra parte, l'introduzione di disposizioni che consentano alla Corte di giustizia di selezionare discrezionalmente le cause pregiudiziali su cui pronunciarsi si porrebbe in contrasto con il diritto dei singoli alla tutela giurisdizionale, posto che la stessa Corte di giustizia ha, fin dalle sue pronunce più risalenti, insistito sulla valenza del rinvio pregiudiziale come strumento di tutela dei diritti individuali⁴³.

L'alternativa potrebbe allora essere quella di incrementare la capacità di lavoro della Corte di giustizia, ad esempio trasferendo al Tribunale la competenza pregiudiziale in alcune materie. Del resto, una proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia in tal senso è già *in itinere* e mira a trasferire al Tribunale la competenza a statuire sui rinvii pregiudiziali relativi a quattro materie, che attualmente costituiscono circa il 20% delle ordinanze di rinvio rimesse ogni anno alla Corte di giustizia⁴⁴.

Peraltro, l'abolizione della regola dell'internalità comporterebbe un aumento consistente delle domande di pronuncia pregiudiziale, richiedendo il trasferimento al Tribunale di un numero significativo di cause pregiudiziali, il che potrebbe superare le attuali capacità istituzionali di tale organo giurisdizionale, comportando un effetto di *spill-over* sui tempi di definizione delle altre tipologie di procedimenti.

Inoltre, nell'attuale proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia, le materie in cui la competenza pregiudiziale sarà trasferita al Tribunale sono state identificate in modo da non comportare l'attribuzione a tale organo giurisdizionale di cause dalle quali possano scaturire pronunce pregiudiziali volte a risolvere «questioni di principio»⁴⁵. Al contrario, l'estensione dell'ambito applicativo della Carta dei diritti fondamentali alle situazioni puramente interne determinerebbe un incremento proprio di tale tipologia di cause, rendendone impossibile il trasferimento al Tribunale senza intaccare il monopolio della Corte di giustizia sulle pronunce pregiudiziali “di principio”.

nonché le conclusioni dello stesso Avv. gen. alla causa C-497/12, *Davide Gullotta e Farmacia di Gullotta Davide & C. Sas c. Ministero della Salute e Azienda Sanitaria Provinciale di Catania*, par. 2.

⁴³ Corte giust., 5 febbraio 1963, 26/62, *van Gend & Loos*, p. 24.

⁴⁴ Domanda presentata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell'articolo 281, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine di modificare il Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, disponibile presso il sito: curia.europa.eu

⁴⁵ *Ibid.*, p. 4.

In secondo luogo, l'estensione dell'ambito applicativo della Carta dei diritti fondamentali avrebbe inevitabilmente un effetto di armonizzazione della tutela di tali diritti all'interno dell'Unione, anche in materie in cui gli Stati membri hanno finora assicurato livelli differenziati di tutela sulla base delle proprie costituzioni nazionali⁴⁶. Del resto, un analogo livellamento si è verificato anche negli Stati Uniti a seguito dell'introduzione della teoria dell'*incorporation*, che ha assicurato un'adeguata tutela dei diritti fondamentali anche negli Stati ove tali diritti non erano sufficientemente protetti⁴⁷.

Pertanto, non tutti concordano nel ritenere che la Corte di giustizia disponga della necessaria "autorità morale" per assumere il ruolo di guida suprema in una materia delicata e controversa come quella della tutela dei diritti fondamentali⁴⁸. Il moltiplicarsi delle domande di pronuncia pregiudiziale relative all'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali potrebbe perciò dare nuovo slancio al processo di adesione dell'Unione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. D'altra parte, il coordinamento tra la competenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e le prerogative della Corte di giustizia non risulta privo di criticità, come rilevato dai giudici dell'Unione nel parere 2/13⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. K. LENAERTS, *Fundamental rights to be included in a Community Catalogue*, in *Eur. LR*, 1991, p. 389, che già all'inizio degli anni '90 intravedeva nell'istituzione di un catalogo comunitario dei diritti fondamentali un possibile «federalizing device».

⁴⁷ Sul punto X. GROUSSOT et al., *The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication*, *Eric Stein Working Paper*, 2011, p. 24, nota 104: «the US Supreme Court's 'legal coup' took place in rather unique historical circumstances – the persistent segregationist practices in Southern States – which required, in turn, a revolutionary expansion of the scope of the US Bill of Rights». Cfr. inoltre L. LEVY, *Constitutional Opinions. Aspects of the Bill of Rights*, Oxford, 1986, p. 111.

⁴⁸ Cfr. K. LENAERTS, *Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, p. 21, secondo il quale tale sviluppo potrebbe verificarsi soltanto se gli Stati membri fossero d'accordo ad attribuire alla Corte di giustizia le funzioni svolte dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, vale a dire proteggere qualsiasi cittadino, sulla base di uno standard 'federale' di tutela dei diritti fondamentali, nei confronti di qualsiasi autorità pubblica in qualsiasi ambito di competenza. A. JAKAB, *Application of the EU CFR by National Courts in Purely Domestic Cases*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 258, sostiene però che la Corte di giustizia potrebbe assumere tale autorevolezza conformandosi quanto più possibile alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁴⁹ Corte giust., parere 18 dicembre 2014, 2/13. Si tenga però presente che è in atto un

In terzo luogo, l'estensione della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in materia di tutela dei diritti fondamentali alle situazioni puramente interne moltiplicherebbe le occasioni di conflitto con le corti supreme e costituzionali degli Stati membri, sebbene gli strumenti coattivi volti ad assicurare l'osservanza del diritto dell'Unione siano ancora piuttosto limitati. L'Unione non dispone, a differenza degli Stati Uniti, di forze di polizia e di giudici in ogni Stato membro che rispondano esclusivamente all'Unione e che possano perciò assicurare l'osservanza del diritto europeo⁵⁰.

D'altronde, la risoluzione del Parlamento europeo sulla modifica dei Trattati mira a rafforzare tali strumenti⁵¹, trasferendo dal Consiglio europeo alla Corte di giustizia il compito di constatare una "violazione grave e persistente" dei valori dell'Unione da parte di uno Stato membro ed ampliando il ventaglio di misure che possono essere applicate a seguito di tale constatazione⁵². Del pari, detta risoluzione propone l'introduzione d'importanti modifiche alla procedura d'infrazione, imponendo termini perentori alla Commissione per l'avvio e la prosecuzione di tale procedura ed estendendo al Parlamento europeo il potere di adire la Corte di giustizia per far accertare l'inadempimento da parte di uno Stato membro agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione⁵³.

Peraltro, allo stato, non vi è alcuna certezza che tali proposte di riforma degli strumenti di *enforcement* vadano a buon fine. Se ciò non dovesse verificarsi, non si potrebbe scongiurare il rischio di inosservanza delle sentenze della Corte di giustizia relative alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito delle situazioni puramente interne, il che potrebbe indurre gli organi statali a disattendere la giurisprudenza dei giudici europei anche in campi nei quali al momento non si registrano particolari resistenze. Ciò potrebbe pregiudicare il rispetto di principi fondanti del diritto del-

terzo tentativo dell'Unione alla CEDU. Sul punto T. LOCK, *Op-Ed: "Third Time lucky? The revised agreement on the EU's accession to the ECHR"*, disponibile su www.eulewlive.com.

⁵⁰ Sul punto M. TUSHNET, *Enforcement of National Law against Subnational Units in the US*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 317.

⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 novembre 2023, cit.

⁵² *Ibid.*, emendamenti 10 e 11.

⁵³ *Ibid.*, emendamenti 197-202.

l'Unione – quali il primato e l'effetto diretto – mettendo in discussione l'intero processo d'integrazione europea⁵⁴.

4. Conclusioni

La regola dell'internalità, introdotta dalla Corte di giustizia nel 1979, stabilisce che le norme relative alla libera circolazione nell'ambito del mercato interno non trovano applicazione alle fattispecie che si esauriscono nel contesto di un singolo Stato membro (le cosiddette “situazioni puramente interne”).

Nonostante la Corte di giustizia abbia apportato, nel corso degli anni, diverse eccezioni e correttivi a tale regola, essa si è rivelata fonte di numerosi inconvenienti. In primo luogo, ha dato luogo al fenomeno delle “discriminazioni alla rovescia”, per cui i cittadini di uno Stato membro possono trovarsi in una posizione meno favorevole rispetto ai cittadini di altri Stati membri o ai cittadini dello stesso Stato che si avvalgono delle libertà di circolazione. Inoltre, essa sembra stridere con il concetto di cittadinanza europea, in quanto subordina il godimento di alcuni diritti associati a tale *status* alla presenza di elementi transfrontalieri. Per di più, tale regola appare antitetica rispetto alla definizione del mercato interno come uno “spazio senza frontiere interne”, in quanto attribuisce rilevanza giuridica proprio all'attraversamento di tali frontiere.

Le proposte di riforma dei trattati europei formulate dal Parlamento europeo sembrano creare i presupposti per il superamento, da parte della Corte di giustizia, della regola dell'internalità. Ciò potrebbe comportare significativi vantaggi. In primo luogo, amplierebbe l'ambito di applicazione delle libertà fondamentali e dei diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali, promuovendo una maggiore integrazione e uniformità nel

⁵⁴ *Contra* A. JAKAB, *op. cit.*, pp. 261 e 262, che ritiene «estremamente irrealistica» la prospettiva di una rivolta dei giudici nazionali contro la Corte di giustizia, in quanto le violazioni del diritto dell'Unione fornirebbero ai giudici europei l'opportunità di affinare e sviluppare ulteriormente la propria giurisprudenza. Sebbene i conflitti tra la Corte di giustizia ed i giudici nazionali abbiano senz'altro contribuito all'avanzamento del processo d'integrazione europea in passato, è fin troppo evidente che la moltiplicazione di tali conflitti al di là di una certa soglia critica potrebbe determinarne un *vulnus* insanabile all'autorevolezza della Corte di giustizia e quindi dell'efficacia del diritto dell'Unione, ponendo così fine al processo d'integrazione promosso da tale organizzazione sovranazionale.

mercato interno. La condivisione di un patrimonio comune di diritti, applicabili indipendentemente dall'esercizio delle libertà economiche del mercato interno, potrebbe rafforzare il senso di appartenenza dei cittadini all'Unione. Inoltre, l'abolizione della regola dell'internalità eliminerebbe alla radice il fenomeno delle discriminazioni alla rovescia, superando le attuali disparità di trattamento tra le fattispecie transfrontaliere e le situazioni puramente interne.

Tuttavia, l'abolizione della regola dell'internalità potrebbe comportare anche dei rischi non trascurabili. In assenza di un'adequata riforma istituzionale, l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle libertà del mercato interno e della Carta dei diritti fondamentali potrebbe comportare un incremento significativo del numero dei rinvii pregiudiziali, prolungando la durata delle cause e minando l'efficacia del sistema giurisdizionale dell'Unione. Inoltre, un'applicazione indiscriminata delle norme dell'Unione alle situazioni puramente interne potrebbe ledere i principi di sussidiarietà e proporzionalità, erodendo l'autonomia normativa degli Stati membri e moltiplicando le occasioni di conflitto tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia.

In definitiva, l'abolizione della regola dell'internalità potrebbe rappresentare un passo avanti verso un'Unione più integrata e coesa, ma soltanto se accompagnata da una riforma istituzionale di ampio respiro. È essenziale che tale riforma sia idonea ad ampliare la capacità istituzionale della Corte di giustizia ed a rafforzare l'efficacia degli strumenti di *enforcement* del diritto dell'Unione. Solo in questo modo sarà possibile garantire che l'abolizione della regola dell'internalità non comprometta l'osservanza dell'ordinamento dell'Unione, ma contribuisca a realizzare una maggiore uniformità nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali del mercato interno a tutti i cittadini europei.

IL MERCATO INTERNO DEI SERVIZI 1993-2023:
30 ANNI DI EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE
E LEGISLATIVA

Salvatore D'Acunto*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione giurisprudenziale. – 3. L'evoluzione legislativa. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il 2023 segna i trenta anni dalla faticosa scadenza del gennaio 1993 per la realizzazione del mercato interno. Nell'ambito di questo obiettivo (tuttora perseguito) di uno spazio senza frontiere interne, in cui è assicurata la libera circolazione di merci, capitali, persone e servizi, (in quest'ultima si suole e si vuole qui ricomprendere anche la libertà di stabilimento), che occupa la quarta e ultima posizione.

Non a caso all'epoca del Trattato di Roma essa rappresentava una libertà "residuale". E la dicitura dell'allora art. 60 lo conferma: «[...] sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone».

A conferma del ruolo all'epoca piuttosto marginale di questa libertà, è utile riprendere in mano oggi (non senza una certa emozione) il Libro Bianco della Commissione del 1985, che ha poi dato origine all'Atto Unico Europeo del Consiglio europeo del 1986. La lettura colpisce, non solo perché l'attenzione dell'epoca era focalizzata sulle frontiere fisiche, tecniche e fiscali alle merci, cui è dedicata la quasi totalità delle 34 pagine, laddove ai servizi ne vengono riservate solo un paio. Ma anche perché alcuni passaggi sull'economia dei servizi attestano un'attenzione e una coscienza dell'importanza del terziario ancora agli albori. Un paio di eloquenti citazioni (paragrafi 95-99)¹ danno l'idea:

* Capo Unità – Commissione europea (DG GGROW). Le opinioni dell'Autore non riflettono necessariamente le posizioni della Commissione europea.

¹ Il completamento del mercato interno, Libro bianco della Commissione per il Con-

«Gli scambi di servizi sono, per un'economia, altrettanto importanti degli scambi di merci. La diversità delle attività classificabili come "servizi" e il fatto che i prestatori di servizi sembrano non rendersi conto dei loro interessi comuni nel settore sono due dei motivi per cui l'importanza e il ruolo dei servizi sono stati per tanto tempo sottovalutati.

Un altro motivo risiede nel fatto che, in passato, molti servizi erano forniti dall'industria stessa, mentre esiste ora la tendenza a costituire società specializzate o perlomeno unità specializzate nelle attività di servizio. Ad onta del combinato disposto degli articoli 59 e 62 del Trattato, i progressi fatti nel campo della libera prestazione dei servizi al di là delle frontiere interne sono stati molto più lenti di quelli realizzati nella libera circolazione delle merci. Questa situazione è particolarmente deplorabile, dato che negli ultimi anni la specializzazione e il rapido sviluppo di nuovi tipi di servizi hanno ampiamente dimostrato il potenziale di sviluppo economico e di creazione di posti di lavoro offerto dal settore dei servizi nel suo complesso».

Certo, seppur solo vagamente, il potenziale imprescindibile del terziario era già all'epoca colto. Ma non fino al punto di predire la nostra attuale società dei servizi, in cui questi ultimi dominano la scena. Dal 1985, in effetti, l'ascesa del settore dei servizi in seno alla nostra economia europea è stato prorompente e costante: nel 1970 i servizi rappresentavano il 45% del PIL della CEE. Nel 1982 il loro valore si attestava al 57%.

Oggi essi ricoprono il 70% dell'economia e il 73% dell'occupazione.

In ambito politico-istituzionale, sono costanti e numerosi i richiami del Consiglio europeo, nelle dichiarazioni conclusive delle riunioni degli ultimi venti anni, alla necessità di imprimere una forte accelerazione e di introdurre riforme nei servizi.

A titolo di rapido richiamo su un piano giuridico, la libera circolazione dei servizi contempla l'esercizio di attività economiche in modo autonomo, senza vincolo di subordinazione, nonché la costituzione e gestione di imprese. In realtà si tratta di una libertà che ne contiene nel proprio seno due: la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi.

La libertà di stabilimento comporta la partecipazione in maniera stabile e continuativa alla vita dello Stato membro locale, attraverso l'esercizio effettivo di un'attività economica autonoma per una durata di tempo indeterminata tramite insediamento in pianta stabile (formula introdotta dalla

sentenza *Factortame*²). Lo stabilimento, peraltro, può assumere due modalità: lo stabilimento primario, che implica l'insediamento del centro di interessi, della sede principale o dell'amministrazione centrale nello Stato membro di predilezione; lo stabilimento secondario, attraverso l'apertura di succursali, agenzie, filiali o comunque un ufficio in un altro Paese dell'Unione; in altri termini, sussiste il diritto a una molteplicità di centri nazionali di attività³.

La libera prestazione dei servizi comporta, invece, l'esercizio di attività economiche a livello transfrontaliero, a titolo non permanente, ma temporaneo. Questo connotato, della temporaneità, non si riduce alla sola durata ma tiene conto di un fascio di criteri che include anche la frequenza, la continuità e la periodicità. Un avvocato può, ad esempio, seguire una causa per diversi anni a titolo della libera prestazione di servizi in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento. La valutazione va quindi effettuata caso per caso e non in base a parametri fissi, astratti ed automatici.

Nel tempo, la presenza di molteplici ostacoli allo svolgimento di attività economiche da uno Stato membro all'altro è stata oggetto di attenzione costante da parte della Commissione europea: già nel 1962 era stato adottato un Programma generale per l'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Esattamente quaranta anni dopo, nel 2002, la Commissione ha adottato un rapporto sullo "Stato del mercato interno dei servizi". E poi, più recentemente nel 2020, un "Piano d'azione" per una migliore attuazione delle norme del mercato interno, con particolare accento sui servizi⁴. Questo perché la realtà economico-giuridica è stata costantemente, e continua ad essere, irta di ostacoli e impedimenti, che peraltro spesso rinascono dalle proprie ceneri e si autorigenerano costantemente, costringendo ad una altrettale perpetua azione di contrasto sul piano europeo (e anche nazionale).

Nel contempo, il contributo della Corte di giustizia, con le sue sentenze fin dagli anni '70, è stato essenziale per sancire dei pilastri interpretativi di queste due libertà e per scardinare resistenze sotto varie forme, aprendo prospettive innovative, a volte giuridicamente clamorose.

È interessante ripercorrere i due binari, da un lato, dell'evoluzione giurisprudenziale e, dall'altro, dell'evoluzione legislativa promossa dalla

² Corte giust., 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame*.

³ Corte giust., 12 luglio 1984, 107/83, *Klopp*.

⁴ Commissione europea, COM(2020)94, del 10 marzo 2022.

Commissione, che hanno segnato il cammino della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi non solo, peraltro, negli ultimi trenta anni ma in più di mezzo secolo di storia del diritto euro-unitario.

2. *L'evoluzione giurisprudenziale*

Rivolgendo lo sguardo al passato, anche in modo sommario, colpisce quanto la Corte abbia svolto un ruolo essenziale nel progresso giuridico della libertà. Di seguito si analizzano alcuni contrafforti dell'evoluzione giurisprudenziale.

- Anzitutto, come punto di partenza, il principio dell'applicazione diretta e incondizionata: con le sentenze *Reyners*⁵ per lo stabilimento e *van Birsbergen*⁶ per i servizi, entrambe del 1974; nei confronti non solo di leggi nazionali ma anche di atti amministrativi (sentenza *Ciola*⁷). La Corte ha pure precisato che si tratta di principi fondamentali, che conferiscono diritti da tutelare.

- Poi, il più che vasto ambito di applicazione: la nozione di “prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione” fornita dal Trattato (art. 57), copre le attività svolte dietro corrispettivo economico, anche in natura (*Steymann*⁸), senza fini di lucro o non pagate dal beneficiario, includendo quindi anche i servizi gratuiti; la nozione copre finanche una prestazione aleatoria (come il gioco d'azzardo, *Schindler*⁹) o vietata (*Malgorzata*¹⁰). Un ambito, quindi, che si estende ben oltre le quattro categorie enunciate, a titolo meramente esemplificativo, all'art. 57: industriali, commerciali, artigiani e libere professioni.

- In sostanza costituisce un “servizio” qualsiasi prestazione mediante la quale un soggetto partecipa alla vita economica, indipendentemente dalla natura del soggetto (pubblico o privato), dalle finalità (con o senza fini di lucro) e dal campo di azione (economico, sociale, culturale).

⁵ Corte giust., 21 giugno 1974, 2/74, *Reyners*.

⁶ Corte giust., 3 dicembre 1974, 33/74, *van Birsbergen*.

⁷ Corte giust., 29 aprile 1999, C-224/97, *Ciola c. Land Vorarlberg*.

⁸ Corte giust., 5 ottobre 1988, 196/87, *Steymann c. Staatssecretaris van Justitie*.

⁹ Corte giust., 24 marzo 1994, C-275/92, *Customs and Excise c. Schindler*.

¹⁰ Corte giust., 20 novembre 2001, C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany e a. c. Staatssecretaris van Justitie*.

▪ Un altro aspetto relativo a queste libertà su cui la Corte ha dato prova di interpretazione clamorosamente estensiva è quello relativo ai soggetti che ne beneficiano, cioè non solo

○ i prestatori: A) persone fisiche con cittadinanza di uno Stato membro e B) società a) costituite secondo la legislazione di uno Stato membro e b) aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nell'UE ma anche

○ i destinatari (fin dalla sentenza *Luisi e Carbone*¹¹ del 1984): ad esempio, coloro che frequentano corsi di formazione all'estero, visitano musei e più in generale i turisti, o ancora chi beneficia di cure mediche all'estero o gli utenti che ricevono servizi televisivi oltre frontiere (via satellite).

○ Sono esclusi, insomma, dalla qualifica di beneficiari secondo il trattato (ma non secondo il diritto secondario) le sole persone fisiche e società di Stati terzi nonché le succursali di società di Stati terzi.

▪ In base a queste indicazioni, la giurisprudenza ha trasceso vistosamente la lettera del Trattato, statuendo che la libera circolazione dei servizi non si limita ad applicarsi solo alla situazione (l'unica prevista all'art. 56 TFUE) in cui prestatore e destinatario si trovino in due Stati membri diversi, ma può seguire ben quattro modalità distinte tra loro:

○ la dislocazione fisica del solo prestatore (per es. un avvocato o idraulico) da uno Stato membro ad un altro;

○ lo spostamento transfrontaliero congiunto di prestatore e destinatario (per es. la guida turistica che accompagna un gruppo di visitatori);

○ la dislocazione oltre frontiera del solo destinatario (uno studente, un turista, un paziente, ecc.);

○ la trasmissione al di là dei confini nazionali della sola prestazione a distanza senza spostamento fisico di alcuna delle due parti (un servizio *on-line* o i programmi televisivi).

Questo significa, in sostanza, che, piuttosto che parlare di libera "prestazione" dei servizi (dizione del trattato stesso e legata al soggetto fornitore), occorre utilizzare la nozione di libera "circolazione" dei servizi (riferita

¹¹ Corte giust., 31 gennaio 1984, 286/82 e 26/83, *Luisi Carbone c. Ministero del Tesoro*.

all'oggetto dello scambio). È quanto la Corte fa precisamente nella sentenza "Tassa turistica in Sardegna"¹².

Un altro elemento fortemente innovativo introdotto dalla giurisprudenza della Corte rispetto alla lettera del Trattato verte sui soggetti passivi delle libertà in questione: non solo le autorità e gli organi pubblici (legislativi, giurisdizionali, amministrativi) di uno Stato, beninteso a livello centrale o periferico (regionale, provinciale, comunale); ma anche organismi collettivi (a partire dalla sentenza *Walrave* del 1974, v. anche la famosa sentenza *Bosman*). La Corte, ispirandosi all'idea di effetto utile e alla necessità di assicurare uniformità di applicazione del diritto tra gli Stati membri (che sono caratterizzati da tradizioni giuridiche diverse, per cui non solo entità pubbliche ma anche organizzazioni di tipo collettivo possono disciplinare l'accesso a determinate attività economiche, alcune particolarmente rilevanti sul piano economico e sociale), riconosce l'applicabilità della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (nonché della libera circolazione dei lavoratori) anche nei riguardi di organizzazioni sportive, professionali, sindacali. E la Corte si è spinta anche oltre, ben al di là del disposto del Trattato, riconoscendo in determinate circostanze l'applicabilità delle stesse libertà nei rapporti tra privati¹³.

Un'interpretazione dinamica ed estensiva coinvolge pure l'applicazione delle regole del paese di destinazione, di cui all'art. 57 comma 3 del TFUE. Non è una facoltà per lo Stato ma semplicemente una possibilità di cui si può avvalere (o meno) il prestatore. Questo perché, secondo la giurisprudenza, sono vietate non solo le discriminazioni ma anche le misure indistintamente applicabili, cioè atte oggettivamente a vietare, ostacolare e rendere meno attraente (impedimenti, divieti, ostacoli, restrizioni, barriere, oneri, ecc.) l'operato economico, applicate da un Paese nei confronti di soggetti economici stabiliti sul territorio nazionale o provenienti da altri Stati membri. Peraltro, questo divieto tutela sia l'importazione che l'esportazione di servizi (come indicato nella sentenza "ITC"). La lista delle misure contrarie al trattato è esemplificativamente lunghissima e di seguito se ne riportano solo alcune (senza idea di esaustività). Sono vietati:

○ l'obbligo (sentenza su *Agenzie di lavoro interinale*) o, al contrario, il divieto di stabilimento (*Gebhard*) per i servizi, nonché

¹² Corte giust., 17 novembre 2009, C-169/08, *Tassa turistica in Sardegna*.

¹³ Cfr. sul punto, Corte giust., 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*.

l'obbligo di domicilio o di residenza nello Stato locale (sentenza *Agenti dei brevetti*);

- l'assimilazione del regime applicabile alla libera prestazione dei servizi a quello afferente alla libertà di stabilimento (*Corsten*); in tal caso la prima sarebbe svuotata di ogni significato, in quanto l'esercizio della libera prestazione dei servizi presuppone per definizione proprio il diritto di svolgerla senza insediamento nello Stato di fornitura;

- l'obbligo di autorizzazione o di iscrizione (*ex ante* o *ex post*) in un registro nazionale o locale;

- il test economico, cioè l'onere di dimostrare una necessità economica, una domanda del mercato o l'impatto sul mercato esistente, o ancora la conformità con obiettivi di programmazione economica fissati dalle autorità (sentenze *Fiere* e *Collocamento artisti*);

- requisiti di capitale sociale minimo, di regime contrattuale tra le parti, di garanzia finanziaria nazionale, di documenti speciali, di un numero minimo di dipendenti, di reciprocità tra le regole dello Stato di destinazione e quello di origine;

- l'esistenza di procedure amministrative che non siano facilmente accessibili, rapide, da avviare a costi ragionevoli, o anche di decisioni non motivate e non soggette a ricorso giurisdizionale, o ancora di sanzioni discriminatorie o eccessive;

- di restrizioni su beni utili o strumenti necessari allo svolgimento dell'attività economica, che impediscano ad esempio ad un operatore di acquisire (a sua scelta) un immobile o a un utente di installare un'antenna parabolica per la ricezione di servizi televisivi via satellite.

Ovviamente le prescrizioni e i divieti testé rapidamente evocati non si configurano come assoluti ma sono soggetti a determinate eccezioni, da interpretare e in effetti interpretate in maniera molto restrittiva dalla Corte. In tal senso, occorre distinguere le misure discriminatorie da quelle indistintamente applicabili.

Le discriminazioni sono giustificabili solo in base alle seguenti disposizioni:

- l'art. 51 TFUE, sulla partecipazione seppur occasionale ma diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, da intendersi comunque non nei confronti di una professione nella sua totalità (quale il notaio), ma rispetto a mansioni specifiche della stessa. La giurisprudenza ha chiarito che non ricadono in questa disposizione del Trattato le attività di sicurezza privata, di difesa legale o di perito;

○ l'art. 52 TFUE, circa la possibilità che motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica possano giustificare discriminazioni in base alla nazionalità, alla residenza o allo stabilimento. Determinati provvedimenti di questa natura potranno essere comminati nei confronti di un soggetto il cui comportamento personale costituisce minaccia reale, attuale e sufficientemente grave, tale da pregiudicare un interesse fondamentale della società, nel rispetto, ad ogni modo, del principio di proporzionalità. Non sarebbe ammissibile, in tal senso, il divieto generale di disporre di un unico studio medico sul territorio dell'UE;

○ l'art. 106 TFUE, in base al quale le imprese dotate di diritti speciali ed esclusivi nonché quelle incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale (soggette a vincoli di servizio che rispondano a criteri di universalità, continuità, di interesse generale, regolamentazione e sorveglianza pubbliche) possono, per definizione, penalizzare, entro certi limiti, gli altri operatori;

○ le misure fiscali, che meritano un discorso a parte, nella misura in cui possono giustificare delle discriminazioni indirette (per esempio, in base alla residenza), in nome della coerenza del sistema fiscale o dell'efficacia dei controlli fiscali (*Bachmann*). Cionondimeno la Corte ha contenuto tale deroga precisando che la coerenza deve essere valutata per il singolo contribuente considerando la relazione tra la deducibilità di un vantaggio e l'imposizione fiscale (come si vede nella sentenza *Musei*).

Quanto, invece, alle restrizioni indistintamente applicabili (cioè non discriminatorie) esse possono essere giustificate anche da motivi imperativi d'interesse generale non previsti espressamente dal Trattato. Si tratta di un contemperamento operato dalla Corte: da un lato, la sua giurisprudenza ha introdotto il divieto, oltre la lettera del Trattato, anche degli ostacoli non discriminatori; dall'altro, ha previsto, nei confronti di questo divieto pro-libertà, dei limiti anch'essi non previsti dal Trattato ma rispondenti a obiettivi fondamentali per la società. Ovviamente, detto in estrema sintesi, non basta invocare tali motivi per ammettere una norma restrittiva nazionale; occorre che la stessa norma risponda ai criteri di necessità (cioè sia giustificata dalle ragioni evocate di seguito) e di proporzionalità (cioè di idoneità a perseguire la finalità e di non eccessività). Esempio tipico: a un regime di autorizzazione *ex ante* va preferito un sistema di controlli *ex post* se possibile, o di notifica, dai costi contenuti, in base ad una procedura

trasparente, obiettiva ed agile, evitando lungaggini burocratiche, sanzioni eccessive o duplicazioni di adempimenti.

A titolo (di nuovo) esemplificativo, ecco una lista di alcuni motivi imperiosi di interesse generale:

- la tutela di consumatori, destinatari, lavoratori;
- il corretto funzionamento del sistema giudiziario nonché delle regole di qualificazione professionale e di deontologia;
- la proprietà intellettuale;
- la politica culturale, il pluralismo, la tutela del patrimonio storico e artistico;
- la politica sociale e di sicurezza sociale;
- la necessità di evitare l'aggiramento fraudolento di norme.

La Corte ammette ovviamente l'esistenza di diversità nazionali, che possono condurre all'esistenza di un sistema in Europa di regole più o meno vincolanti a seconda delle caratteristiche e delle tradizioni culturali proprie ad ogni Paese. Al contempo, la Corte si premura di evitare derive che possano soffocare le libertà fondamentali. Per cui respinge categoricamente l'invocazione di ragioni economiche, amministrative e volte a garantire un determinato livello di introiti fiscali, imponendo l'esigenza di una coerenza sistematica (come stabilito nelle sentenze *Dermoestetica* e in materia di *Gambling*).

È importante ricordare che una considerazione particolare meritano gli ambiti armonizzati in cui esistono delle clausole derogatorie, che inquadrano la possibilità di una eccezione nazionale e che comunque vanno interpretate in senso restrittivo pure.

Infine, la giurisprudenza lascia evidentemente impregiudicato il rispetto di libertà e diritti fondamentali che formano parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE (sentenza *ERT*).

3. L'evoluzione legislativa

Per intendere i progressi compiuti dai servizi nell'ordinamento giuridico ed economico dell'Unione è ovviamente necessario richiamare, oltre le appena accennate pietre miliari della giurisprudenza, anche l'evoluzione legislativa eu-ro-unitaria.

A voler, di nuovo, semplificare, si potrebbe parlare di tre grandi ca-

tegorie di strumenti di armonizzazione utilizzati nei decenni da Bruxelles:

- anzitutto, la disciplina settoriale in ambiti economici tradizionali ed omogenei, menzionati anche all'art. 58, quali le telecomunicazioni, i servizi finanziari (banche, investimenti, assicurazioni, ecc.), i servizi postali, l'energia e il gas (quanto a produzione, trasporto, distribuzione ed erogazione), i trasporti (in tutte le modalità: terrestre, navale, aereo, ferroviario), la televisione senza frontiere;

- poi, le normative di tipo tematico (su aspetti quali il riconoscimento delle qualifiche professionali¹⁴, con sistemi di equipollenza automatica o meno, o la firma elettronica);

- infine, con la svolta di fine anni '90 del secolo scorso e il nuovo millennio, la tendenziale rinuncia a meccanismi di armonizzazione, a favore di strumenti a-settoriali, orientati a fornire regole procedurali (amministrative) e principi (giuridici) di base, tra cui l'aspirazione al principio del paese d'origine e al mutuo riconoscimento quanto più possibile automatico, a vocazione trasversale, da applicarsi a tutti i settori (salvo esplicite eccezioni). Il richiamo, in tale contesto, va:

- alla direttiva sulla trasparenza normativa *ex-ante* in materia di servizi *on-line* (direttiva 98/48);

- alla direttiva sul commercio elettronico (2000/31), che prevede in termini chiari ed univoci il (secondo alcuni famigerato) principio del paese d'origine, per cui un operatore legittimamente stabilito in uno Stato membro deve poter liberamente (cioè senza impedimenti) operare in qualsiasi altro Paese dell'Unione;

- alla famosa direttiva servizi (2006/123), o *Bolkestein*, dal nome del Commissario responsabile che la propose nel 2004 sotto la Commissione Prodi.

Tralasciando qui le pur interessanti polemiche che hanno accompagnato quest'ultimo testo fin dagli albori e che ancora oggi l'avvolgono, si tratta di una direttiva che, per quanto decurtata rispetto alle ancora più estese ambizioni iniziali, riveste un alto profilo giuridico e cela un potenziale an-

¹⁴ Parliamo di una galassia composta da 5500 professioni in tutta l'Unione. La media del numero di professioni per Stato membro è di 200, con numeri che oscillano tra un minimo di 76 (in Lituania) e un massimo di 543 (in Ungheria). Le professioni rappresentano quasi il 10% del PIL dell'UE nonché, con quasi 50 milioni di occupati, il 22% della forza lavoro.

cora solo in parte recepito (e, peraltro, talora scoperto solo dopo la sua entrata in vigore, come dimostra l'annosa vicenda delle concessioni balneari, sorta a distanza di anni dopo il 2006).

Soprattutto, si tratta di un testo normativo che ha segnato un autentico spartiacque storico sul piano dell'integrazione del mercato interno dei servizi e, probabilmente, più in generale istituzionale.

Anzitutto, i servizi sono assurti all'attenzione generale come mai prima di allora (lo dimostrano le manifestazioni di piazza con 80.000 manifestanti in piazza a Bruxelles nel maggio 2005) e in modo irreversibile. Anche a costo di essere vittima di una certa qual facile radicalizzazione ideologica. Per usare un'immagine dell'epoca: ci si è concentrati essenzialmente sulla (tanto paventata quanto infondata) idea dell'invasione di idraulici polacchi, senza pensare che forse andavamo verso una situazione (quale quella attuale) di carenza di tecnici in grado di riparare le tubature di casa...

In un'ottica storica, alcune caratteristiche di questo testo "unico" (sia perché consolidato sia perché... irripetibile) hanno determinato il successo e i dolori della direttiva. Eccone alcuni suoi connotati principali:

- la direttiva servizi ha segnato la svolta del passaggio da un approccio legislativo settoriale ad un'ottica orizzontale, volta a scuotere e dinamizzare nel suo insieme l'economia del terziario, ormai non solo prevalente ma dominante nel presente e ancora di più nei decenni a venire (come peraltro testimoniato anche da iniziative di riforma proprio dello stesso periodo, cioè nel primo decennio del secolo: si ricordano le c.d. "lenzuolate" del Ministro Bersani dell'epoca). Un testo, quello della direttiva servizi, volto ad applicarsi a tutti gli ambiti salvo eccezioni esplicite (con un approccio *opt-out*, e non *opt-in*: poche lettere che furono oggetto di animate contese durante il negoziato dell'epoca e che celavano un abisso di differenza di ambizione);

- una legislazione, peraltro, non di liberalizzazione come spesso si è detto erroneamente ma di riforma, coordinamento e ravvicinamento delle discipline nazionali. Una direttiva-quadro, per intenderci; non di profonda armonizzazione;

- un Testo unico di codifica giurisprudenziale, con evidentemente degli spunti ulteriori di valore aggiunto giuridico, quale il principio del divieto dell'autorizzazione preventiva all'esercizio della libera prestazione dei servizi sul piano transfrontaliero.

Come accennato, per quanto travolta da furiose dispute ideologiche e discussioni politiche ai più alti livelli istituzionali, che hanno determinato un forte ridimensionamento delle sue ambizioni, la strada tracciata dalla direttiva servizi ha comunque trovato degli sbocchi ulteriori di estrema rilevanza, sia mediante nuove iniziative politiche, sia attraverso una presa di coscienza e una graduale attuazione delle sue dirompenti implicazioni in termini di riforme di alcuni ambiti di elevata rilevanza socio-economica.

In tal senso, c'è stata anzitutto una sottovalutazione della portata profondamente innovativa della direttiva circa il rafforzamento dei diritti degli utenti nel mercato interno. Obnubilati dalle polemiche contro il principio del paese di origine, le potenzialità immense della direttiva servizi in materia di diritti dei clienti, dei destinatari di servizi sono emerse, vincenti, solo in un secondo momento.

La direttiva servizi ha, per esempio, statuito il principio di non-discriminazione degli utenti non solo da parte delle autorità pubbliche ma anche dalle imprese private nelle condizioni offerte al pubblico: una previsione pionieristica nei rapporti orizzontali tra soggetti. Ma, in più, è stata la madre di altri testi normativi UE che negli anni successivi hanno sancito in Europa, per esempio, i diritti dei pazienti destinatari di servizi come si vede dalla direttiva 2011/24, o la non-discriminazione dei consumatori nelle singole transazioni (nella direttiva *Geoblocking* 2018/302) e, infine, la direttiva 2016/801 sui diritti degli utenti di Paesi terzi. Tutte queste sono delle direttive-figlie della direttiva-madre sui servizi!

Altre scaturigini di quest'ultima sono da ravvisarsi in meccanismi amministrativi (IMI - *Internal Market Information system*, lo sportello unico, le procedure elettroniche) messi in opera o realizzati dopo il 2009, o più indirettamente nella direttiva 2018/958 sul test di proporzionalità nelle professioni, che segue lo stesso approccio della direttiva-servizi tramite la codificazione in un testo normativo dei principi giurisprudenziali. In tono semiserio si potrebbe dire che la direttiva-servizi, oltre che madre dei testi normativi appena citati, è pure sorella della direttiva sulle qualifiche professionali e quindi direttrice della direttiva sul test di professionalità. Una famiglia che ha cominciato seriamente ad espandersi negli ultimi vent'anni!

4. Conclusioni

Volendo tracciare un bilancio globale della libera circolazione dei servizi (e della libertà di stabilimento) degli ultimi trenta anni, l'impressione che ne emerge è quella di una situazione con luci e ombre, certamente in costante evoluzione.

Soprattutto l'ultima metà di questo trentennio è stata caratterizzata da strappi e salti in avanti che ancora devono dispiegare gli effetti sperati.

D'altronde le cifre parlano chiaro: il tasso di circolazione nel mercato interno, dal 1993 al 2023, è stato nettamente più elevato per merci e capitali rispetto a persone e servizi. In particolare, se per i servizi il livello di integrazione è raddoppiato dal 3 al 6 % dal 1993, per le merci è passato dall'11 al 23% (all'interno della quale, però, il 38% della domanda industria manifatturiera deriva dai servizi). Il 60% delle barriere nei servizi segnalata nel 2000 persistono 20 anni dopo, a causa soprattutto di ragioni quali: la scarsità d'informazione circa le regole applicabili, le complessità procedurali, i requisiti da soddisfare, le norme sul distacco lavoratori, la fiscalità.

Al contempo, a fronte di comparti del terziario a bassa mobilità (costruzione, distribuzione, *business services*, turismo), altri settori palesano una più alta fluidità transnazionale (pubblicità, *information technology*, trasporti) soprattutto grazie a due fattori: la natura digitale e il livello meno invasivo della regolamentazione.

Altro settore che ha marcato progressi notevoli è quello della mobilità e del riconoscimento delle professioni: in media, nell'UE, il 93% del totale delle richieste sono accolte con misure compensative e il 36% senza (per quanto l'Italia si attesti su livelli molto inferiori: 81 % e 11 % rispettivamente)¹⁵. Il 40% riguarda le professioni della salute. I tre Paesi di destinazione UE privilegiati sono Germania, Francia e Italia (non a caso, considerando le rispettive popolazioni). Mentre quelli di principale provenienza sono Romania, Spagna e Italia. In totale, circa 800.000 professionisti si sono stabiliti in un altro Stato membro dal 1997 (in tutto 17 milioni di europei vivono in un altro Paese UE) mentre i posti di lavoro generati da

¹⁵ Single Market Scoreboard, Professional Qualifications 2015/2017, ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/professional_qualifications/index_en.htm.

scambi transfrontalieri sono aumentati da 5,5 a 11 milioni nel periodo 2000-2014.

Insomma, nonostante gli ostacoli e i ritardi che sussistono, i segnali incoraggianti non mancano. Uno stimolo ancora più forte dovrebbe scaturire dalla posta in palio per la realizzazione del mercato interno: il montepremi potenziale che scaturirebbe dalla eliminazione degli ostacoli al flusso intra-EU di servizi ammonterebbe, secondo uno studio, ad una cifra compresa tra i 280 e i 450 (circa) miliardi di euro all'anno¹⁶; laddove un'altra stima, ancora più ampia, assegnerebbe alla rimozione delle attuali barriere alla libera circolazione delle merci e dei servizi un valore aggiunto di 713 miliardi di euro all'anno da qui alla fine del 2029¹⁷. Soprattutto, i servizi, che rappresentano il 70% del PIL e il 73% dell'occupazione totale all'interno dell'UE, restano la leva dominante per la crescita e la creazione di nuovo impiego: tra il 2000 e il 2014, il numero di posti di lavoro derivanti dai servizi transfrontalieri è pressoché raddoppiato da 5,6 a 10,9 milioni!¹⁸

Dopo l'applicazione dei regolamenti sul *Digital Market Act* nel maggio 2023 e sul *Digital Services Act* nel febbraio 2024, che hanno ridefinito alcuni aspetti del quadro normativo relativo ai servizi digitali, soprattutto in tema di contenuti illeciti e di accesso, è difficile attendersi una svolta simile a quella vissuta ad inizio secolo con le due direttive sorelle sulle professioni e sui servizi. Per ragioni prettamente politiche, considerate le diverse sensibilità nazionali nei confronti di ulteriori massicce aperture sui servizi¹⁹, si dovranno e potranno nutrire ambizioni pragmatiche e contenute: niente

¹⁶ Completing the single market for services, European Parliamentary Research Service (2022).

¹⁷ Mapping the Cost of Non-Europe 2019-2024, Study of the European Parliament Research Service, 2019.

¹⁸ V. M. FRITSCH, R. BERTENRATH, *I servizi transfrontalieri nel mercato interno: un importante contributo alla coesione economica e sociale*, 2019, eesc.europa.eu/it/ourwork/publications-other-work/publications/cross-border-services-internal-market-important-contributioneconomic-and-social-cohesion.

Secondo alcune ricerche l'integrazione economica in Europa sarebbe più avanzata dal punto di vista normativo rispetto, ad esempio, agli Stati Uniti v. C. PARSON, A. SMITH, *The "completeness" of the EU Single Market in comparison to the United States*, *Single Market Economy Papers*, WP7, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2022; cfr. anche la sezione 2.4 sul modo in cui gli ostacoli non normativi nell'UE sono affrontati mediante la cooperazione amministrativa e gli strumenti digitali.

¹⁹ Basta pensare ai tentativi falliti delle due proposte del passaporto servizi e del sistema di notifica del 2015, a causa delle forti resistenze al Consiglio.

più rivoluzioni ma piccoli passi avanti, anche di procedura oltre che di merito. Ad esempio, puntando su: una crescente efficienza dei punti di contatto unici previsti dalle direttive professioni e servizi; una sempre maggiore diffusione del meccanismo di dialogo tra amministrazioni IMI; un miglior uso dei sistemi di notifica attuali previsti dalla direttiva Trasparenza in materia di servizi *on-line* e della direttiva servizi (art.15) su alcuni requisiti (*numerus clausus*, tariffe, ecc.) in materia di stabilimento; l'estensione del test di proporzionalità oltre le professioni.

I due assi dell'evoluzione giurisprudenziale e di quella legislativa proseguiranno il loro cammino, oltre lo schema un po' riduttivo della distinzione (ormai superata) tra armonizzazione negativa operata dalla giurisprudenza e armonizzazione positiva svolta da direttive e regolamenti. Come visto nella prima parte del presente scritto, infatti, la giurisprudenza della Corte non si è limitata a vietare agli Stati membri di adottare o mantenere determinate norme e provvedimenti ma è stata creativa. Di converso, il legislatore con la direttiva sulle qualifiche professionali o soprattutto la direttiva servizi, facendo propri molti dettami della giurisprudenza della Corte, ha codificato il divieto di tutta una serie di requisiti di ostacolo alla libera circolazione. Giurisprudenza e armonizzazione legislative continueranno ad avanzare a braccetto, con la prima che probabilmente manterrà spesso il ruolo di battistrada; una ragione può ravvisarsi nella maggiore difficoltà relativa di avere un testo chiaramente prescrittivo al Consiglio e al Parlamento europeo, per le necessità di trovare un compromesso (e spesso una certa "ambiguità costruttiva" in un testo in cui si possano riconoscere quasi tutti), rispetto al maggior potere discrezionale di cui dispongono i giudici di Lussemburgo.

Cionondimeno, malgrado le difficoltà, i progressi sono rilevanti. Al punto che si parla spesso del "Brussels effect", della capacità, cioè, delle istituzioni dell'Unione non solo di essere un punto di riferimento all'interno del Ventisette ma anche di esportare il proprio modello e i propri standard al di fuori, fornendo un parametro e una fonte di ispirazione a livello mondiale, in tema segnatamente di tutela dei consumatori, della salute e dell'ambiente. Con la duplice transizione verde e digitale, l'auspicio è che questo ruolo trainante si rafforzi, anche in materia di servizi.

I primi 30 anni del mercato interno sono evocati da una comunicazione *ad hoc* adottata dalla Commissione il 16 marzo 2023²⁰, la quale dedica

²⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comita-

un'attenzione particolare ai servizi, come un'aera che necessita di ancora maggiori sforzi e integrazione per il futuro. In tale ottica, sono quattro i settori individuati come prioritari: costruzione, *business services*, grande distribuzione e turismo (non a caso evocati in precedenza come ambiti in deficit di integrazione transfrontaliera).

Ovviamente si tratta di una lista tutt'altro che esaustiva ma, scavando, ci si rende conto che proprio questi quattro settori celano una molteplicità di tipologie di barriere: inerenti a professioni (ad esempio le guide turistiche), permessi edilizi, autorizzazioni urbanistiche, test economici, soggiorni di breve durata o concessioni balneari. Un tema annoso in Italia, quest'ultimo, che coinvolge non solo considerazioni economiche a tutela della libera concorrenza su una superficie demaniale inalienabile, con ripercussioni rilevanti per un numero cospicuo e un'ampia varietà di operatori, sia presenti sul mercato che desiderosi di farlo, ma anche altre tematiche di rilievo quali la buona gestione del patrimonio e del bilancio statale, la migliore e più agevole fruibilità delle coste per tutti gli utenti, compresi quelli a mobilità ridotta, per una più efficace e strategica gestione delle risorse naturali, del patrimonio costiero e degli obiettivi paesaggistici e ambientali.

In questa comunicazione di marzo 2023, un'idea innovativa è stata lanciata in modo diretto dalla Commissione per il futuro: quello della individuazione (non necessariamente della creazione) di un Ufficio del mercato interno in ogni capitale europea dei Ventisette. Una struttura che personifichi in ogni Stato membro, ad un livello politico sufficientemente elevato, l'idea del mercato interno. A differenza delle altre politiche europee, per le quali esiste un dicastero nazionale corrispondente (agricoltura, ambiente, industria, commercio, energia, ecc.), non esistono ministeri del mercato interno. Questi nuovi Uffici, su cui potranno impegnarsi spiriti e menti di buona volontà che, ispirati dai Padri fondatori²¹, in un'ottica di integrazione europea al passo coi tempi attraverso il partenariato tra Stati membri, saranno chiamati a far sentire la propria voce e ad impegnarsi in particola-

to economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2023)162, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023DC0162.

²¹ Seguendo la visione e le parole di umiltà e sobrietà ma allo stesso tempo di determinazione e di azione di Robert Schuman: «Nous devons agir et pour cela parler le moins possible».

re proprio laddove esiste ancora un gap significativo da colmare: quello dei servizi appunto.

L'obiettivo dell'UE, secondo il preambolo del Trattato di Roma, è porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa e assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale eliminando le barriere che dividono l'Europa: questo altro non è che preservare e sviluppare il mercato interno, il "mercato integrato più grande al mondo" che vale il 18% del PIL globale. Uno spazio integrato che, come hanno dimostrato le recenti crisi scaturite dal Covid e dalla guerra in Ucraina, non è solo un'area di "valore" economico ma anche di "valori" di civiltà!

L'ESIGENZA DEL BUON FUNZIONAMENTO
DEL MERCATO QUALE STRUMENTO
DI ARMONIZZAZIONE INDIRETTA
DELLE REGOLE PROCESSUALI CIVILI NAZIONALI:
UN APPROCCIO ANCORA ATTUALE?

Adriano Maffeo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La valorizzazione pretoria delle esigenze del mercato nel settore della cooperazione giudiziaria civile. – 3. L'armonizzazione indiretta delle regole processuali nazionali per il tramite di strumenti normativi di diritto materiale. – 4. L'armonizzazione diretta e settoriale delle regole processuali nazionali. – 5. L'affrancamento dal presupposto del corretto funzionamento del mercato per l'armonizzazione delle regole processuali nazionali: una possibilità concreta? – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

La progressiva realizzazione del mercato unico, rientrante tra gli obiettivi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, e la contestuale necessità di garantirne il corretto funzionamento hanno avuto un'incidenza, talvolta indiretta, ma non per questo meno incisiva, anche in settori apparentemente immuni dal diritto comunitario.

Un esempio in tal senso si rinviene con riferimento al diritto processuale civile nazionale in cui il processo di armonizzazione si mostra senza dubbio particolare e non può certamente essere assimilato al ravvicinamento delle legislazioni operato in altri settori. Il motivo di ciò è sostanzialmente da rinvenirsi nell'assenza di una attribuzione di competenza specifica all'Unione in materia *de qua* da parte degli Stati membri, i quali sono sempre stati per certi aspetti "gelosi" dei rispettivi sistemi processuali interni e, pertanto, si sono sempre mostrati poco inclini ad operare cessioni di sovranità alle istituzioni europee invocando il rispetto del c.d. principio della autonomia procedurale¹.

* Professore associato di diritto dell'Unione europea nell'Università di Napoli "Federico II".

Le ragioni di un tale atteggiamento affondano verosimilmente le radici anche nel fatto che i sistemi processuali riflettono e sono frutto delle tradizioni giuridiche sviluppatesi nel tempo e stratificatesi all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

Ciononostante, ad una più attenta analisi, l'autonomia degli Stati membri nello stabilire le regole processuali interne nel modo ritenuto più opportuno, appare contenuta in ben più stretti ed angusti confini e ciò si deve anche alle esigenze di creazione e buon funzionamento del mercato.

Tanto premesso, il presente contributo si propone di mettere in evidenza proprio come tali esigenze abbiano indirettamente e di fatto operato una sorta di "armonizzazione mascherata" delle regole processuali nazionali.

Inoltre, nella parte conclusiva del lavoro, ci si interrogherà sulla attualità di un analogo approccio alla luce delle attuali previsioni del Trattato e degli interventi del legislatore dell'Unione volti ad introdurre specifiche regole procedurali uniformi, sulla scorta delle ampliate competenze derivanti dalle revisioni dei trattati di Maastricht, Amsterdam e Lisbona.

2. La valorizzazione pretoria delle esigenze del mercato nel settore della cooperazione giudiziaria civile

Uno dei primi settori in cui è dato riscontrare un'incidenza rilevante delle esigenze del mercato per una "armonizzazione indiretta" delle regole processuali nazionali è senza dubbio quello della cooperazione giudiziaria civile.

In tale contesto, un ruolo fondamentale è stato quello svolto dall'attenta e lungimirante attività della Corte di giustizia che, seppur indirettamente, attraverso le proprie pronunce, è riuscita a spingere in modo profondo e determinante verso l'elaborazione di principi generali che han-

¹ Cfr., per un inquadramento del principio, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), vol. I, Napoli, 2023, p. 291 ss., nonché G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2014, p. 1 ss.; nonché sia consentito un rinvio a A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea e regole processuali nazionali*, Napoli, 2019, p. 37 ss.

no fortemente condizionato il percorso di europeizzazione delle regole processuali nazionali².

Tale attività, che palesemente si è tradotta in un rafforzamento delle tutele dei diritti dei singoli, è stata resa possibile grazie all'utilizzo di alcuni strumenti propri del sistema dell'Unione, primo fra tutti, il rinvio pregiudiziale che ha consentito di instaurare un proficuo dialogo tra le giurisdizioni nazionali e la Corte di giustizia.

Con la sua attività ermeneutica quest'ultima ha, infatti, progressivamente riempito il vuoto di norme procedurali europee attraverso l'elaborazione e la definizione di principi generali che hanno finito per costituire le fondamenta dell'intero impianto della cooperazione giudiziaria in materia civile.

Senza andare ad intaccare l'autonomia normativa degli Stati membri nell'organizzazione del proprio sistema processuale interno, i giudici di Lussemburgo sono in alcuni casi riusciti a realizzare una sorta di "armonizzazione mascherata" delle regole processuali nazionali spianando la strada al successivo trasferimento di competenze anche in tale settore.

Ed in effetti, in assenza di regole contenute nel Trattato o in atti di diritto derivato, la tutela delle posizioni giuridiche soggettive di derivazione europea è interamente affidata a rimedi interni di ciascuno Stato membro. Ciò, in ragione delle differenze sussistenti tra i diversi ordinamenti nazionali, può essere causa di disparità applicative idonee ad incidere negativamente sull'intero sistema del mercato interno.

Consapevole di ciò, la Corte di giustizia, proprio con l'intento di garantire la realizzazione ed il corretto funzionamento del mercato, interpretando le disposizioni relative alle libertà economiche alla luce di alcuni principi generali del diritto, è riuscita ad accordare tutela a posizioni giuridiche soggettive che, altrimenti, per motivi connessi a carenze dei sistemi giuridici nazionali, sarebbero rimaste sprovviste di tutela.

Un primo esempio, con riferimento al diritto internazionale privato, si rinviene nel ben noto caso *García Avello*³. Nella specie, ad essere stata

² A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di Giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar. Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009, p. 926, evidenzia come l'attività della Corte di giustizia sia stata funzionale a scongiurare l'affermazione del minimalismo e del pessimismo manifestatisi in alcuni periodi in seno agli Stati membri.

³ Corte giust., 2 ottobre 2003, C-148/02.

messa in discussione è stata una norma internazionalprivatistica belga⁴, sulla scorta della quale le autorità amministrative nazionali avevano respinto la richiesta di una coppia sposata – composta da padre spagnolo e madre belga – di modificare il cognome dei figli, aventi la doppia cittadinanza, aggiungendo oltre al patronimico anche il cognome della madre, così come previsto dal diritto spagnolo.

In questo caso, pertanto, facendo leva sull'applicazione del principio di non discriminazione, in virtù del quale situazioni differenti non possono essere trattate in modo identico, e rilevando che l'imposizione ai cittadini aventi doppia nazionalità dell'uso di cognomi differenti nei rapporti con i diversi Stati interessati, avrebbe potuto costituire un ingiustificato ostacolo all'esercizio della libertà di circolazione riconosciuta e garantita dal Trattato, i giudici sono pervenuti alla conclusione di ritenere la legge belga in contrasto con il diritto dell'Unione operando, di fatto, una "intrusione" nel sistema internazionalprivatistico dello Stato membro in questione⁵.

Un ulteriore esempio è l'altrettanto noto caso *Ingmar*⁶, in cui a venire in rilievo sono state talune disposizioni della direttiva 86/653/CEE⁷, nella specie gli artt. 17 e 18. Si trattava di norme preordinate a garantire deter-

⁴ Nella specie si trattava dell'art. 3, terzo comma, del Codice civile belga secondo cui «Le leggi relative allo stato e alla capacità delle persone si applicano ai cittadini belgi, anche se residenti all'estero».

⁵ Una analoga conclusione si rinviene anche nel successivo caso *Sayn Wittgenstein* (Corte giust. 22 dicembre 2010, C-208/09), in cui la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità con il Trattato e, segnatamente, con l'art. 21 TFUE, di una normativa nazionale – nella specie austriaca – in base alla quale le autorità competenti di uno Stato membro possono rifiutare di riconoscere un cognome – in quanto contenente un titolo nobiliare non ammesso in tale Stato (anche sotto il profilo giuridico costituzionale) – che sia stato attribuito in un altro Stato membro ad un figlio adottivo (adulto), nel ribadire le conclusioni cui era pervenuta nella sua precedente giurisprudenza e, in particolare, nelle sentenze *García Avello* e *Grunkin e Paul* (Corte giust., 14 ottobre 2008, C-353/06), ha affermato che tale diniego potrebbe «ostacolare l'esercizio del diritto conferito dall'art. 21 TFUE» precisando, tuttavia, che potrebbe trovare legittimazione «qualora le misure adottate [...] siano giustificate da motivi attinenti all'ordine pubblico, vale a dire siano necessarie per la tutela degli interessi che esse mirano a garantire e siano proporzionate all'obiettivo legittimamente perseguito».

⁶ Corte giust., 9 novembre 2000, C-381/98.

⁷ Direttiva del Consiglio, del 18 dicembre 1986, n. 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, in *GUUE* del 31 dicembre 1986, n. L. 382.

minati diritti all'agente commerciale dopo l'estinzione del contratto d'agenzia, anche nell'ipotesi in cui avesse svolto la sua attività in uno Stato membro mentre il preponente fosse stato stabilito in un Paese terzo la cui legge, in forza di una clausola contrattuale, fosse ritenuta applicabile al contratto.

Nella sua pronuncia, la Corte ha statuito che l'applicazione della legge di uno Stato terzo non può pregiudicare l'applicazione di determinate norme di protezione, facendo assurgere quest'ultime a norme di applicazione necessaria⁸.

Entrambi gli esempi dimostrano la capacità della Corte di incidere profondamente negli ordinamenti nazionali degli Stati membri pur in assenza di specifiche disposizioni e senza esporsi ad una contrapposizione frontale con detti sistemi giuridici, pur di garantire le esigenze del mercato.

3. L'armonizzazione indiretta delle regole processuali nazionali per il tramite di strumenti normativi di diritto materiale

Accanto alla descritta modalità di armonizzazione pretoria è possibile individuarne un'altra, anch'essa indiretta, realizzata attraverso lo scudo delle regole di diritto sostanziale.

In molti casi, infatti, è possibile riscontrare disposizioni di natura procedurale anche in atti giuridici in realtà preordinati a realizzare un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in settori specifici di diritto materiale.

Il ricorso da parte del legislatore dell'Unione a questo espediente, che di fatto rappresenta comunque una forma di armonizzazione dei sistemi processuali che potrebbe essere definita sussidiaria proprio perché le regole processuali sono concepite come meramente accessorie rispetto alle regole sostanziali, è stato costante nel tempo ed ha rappresentato – e per certi aspetti, per i motivi che meglio si illustreranno nel prosieguo, rappresen-

⁸ Circa la tendenza dell'ordinamento dell'Unione europea a "forzare" in modo unilaterale il legame con le fattispecie civili al fine di assoggettarle alle proprie regole v. F. SALLERNO, *La cooperazione giudiziaria comunitaria in materia civile*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2021, p. 547 ss., nonché ID., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2003, p. 150 ss.

ta ancora – un importante strumento per aggirare le limitate competenze attribuite dai trattati.

Un primo esempio si rinviene nella direttiva 85/577/CE⁹ in tema di tutela dei consumatori nelle vendite porta a porta. All'art. 4 il legislatore europeo, nell'introdurre l'obbligo per il venditore di fornire idonea informazione al consumatore circa il diritto di risolvere il contratto, ha infatti posto in capo agli Stati l'obbligo di prevedere «misure appropriate [...] qualora non venga fornita l'informazione» obbligandoli, indirettamente, ad introdurre idonei rimedi giurisdizionali.

La giurisprudenza della Corte ha peraltro interpretato la previsione come essenziale al fine di garantire l'obiettivo della direttiva, al punto da ritenere ammissibile la dichiarazione di nullità d'ufficio del contratto anche in caso di mancata contestazione ad opera delle parti¹⁰.

In altre circostanze, l'interpretazione della medesima disposizione ha condotto alla dichiarazione dell'inefficacia della norma nazionale che imponeva un termine di decadenza dalla possibilità di far valere in giudizio il recesso dal contratto anche in assenza di comunicazione da parte del commerciante¹¹.

Il medesimo approccio appena descritto è ancora più evidente in due ulteriori direttive: la prima è la 97/7/CE¹² concernente la tutela del consumatore nei contratti a distanza. In tal caso il legislatore, nell'imporre agli Stati di introdurre adeguati rimedi giurisdizionali, ha dettato disposizioni specifiche destinate ad incidere sulle regole nazionali in tema di legittimazione delle parti ad agire in giudizio riconoscendo la capacità di agire anche ad organismi rappresentativi. L'art. 11, infatti, individua tra i soggetti abilitati ad agire in giudizio anche soggetti pubblici, organizzazioni di consumatori o loro rappresentanti.

La seconda direttiva è, invece, la 2005/29/CE¹³ sulle pratiche commer-

⁹ Direttiva del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela del consumatore in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in GUCE del 31 dicembre 1985, L 372/31.

¹⁰ Corte giust., 17 dicembre 2009, C-227/08, *Martín Martín*.

¹¹ Corte giust., 13 dicembre 2001, C-481/99, *Heininger*.

¹² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in GUCE del 4 giugno 1997, L 144/19.

¹³ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e

ciali scorrette. Anche in questo caso, infatti, con l'intento di garantire efficacia alle previsioni di diritto sostanziale, il legislatore ha introdotto disposizioni destinate ad esplicare i propri effetti sul piano processuale. Tra queste, ad esempio, oltre al generale obbligo di predisporre rimedi effettivi, va ad esempio inquadrato il riconoscimento della legittimazione ad agire ad organizzazioni aventi un "legittimo interesse" a contrastare le pratiche sleali. Tale diritto, tuttavia, opera su un piano diverso rispetto a quello della validità di norme contrattuali¹⁴.

Secondo la Corte, infatti, «l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non [è] idoneo a dimostrare automaticamente e di per sé il carattere abusivo di una clausola contrattuale»¹⁵ e dunque ad imporre al giudice, nell'ambito del controllo giurisdizionale, di dichiarare nulla una clausola contrattuale. Ciononostante, «egli avrà la facoltà di valutare, nell'ambito di tale controllo, il carattere sleale di una pratica commerciale sulla base della quale tale titolo si è formato»¹⁶. Sulla scorta di tali previsioni, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto compatibile con il diritto UE una disposizione processuale spagnola che vietava al giudice dell'esecuzione ipotecaria di valutare la validità del titolo esecutivo sotto il profilo dell'esistenza di pratiche sleali e al giudice competente a valutare nel merito tali pratiche di adottare provvedimenti cautelari sospensivi del procedimento esecutivo¹⁷.

Ciò detto, l'intento di tutelare gli interessi dei consumatori è perseguito anche dalla direttiva 2009/22/CE¹⁸ con la quale il legislatore UE ha imposto agli Stati di individuare nei propri ordinamenti le autorità competenti a deliberare su ricorsi o azioni proposte da enti legittimati al fine di ottenere provvedimenti inibitori di comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori. Contenendo precise disposizioni in merito ai compiti dell'autorità

che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in GUUE del 11 giugno 2015.

¹⁴ In tal senso v. Corte giust., 15 marzo 2012, C-453/10, *Pereničová e Perenič*, p.to 46.

¹⁵ Corte giust., 19 settembre 2018, C-109/17, *Bankia*, p.to 49.

¹⁶ *Ivi*, p.to 48

¹⁷ *Ibidem*, p.to 51

¹⁸ Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, in GUUE del 1° maggio 2009, L 110/30, disponibile nella versione consolidata su eur-lex.europa.eu.

giudiziaria, nonché operando anche una attenta individuazione degli enti legittimati a proporre i ricorsi, tale direttiva costituisce un ulteriore esempio di come, attraverso il perseguimento di finalità aventi come obiettivo primario l'armonizzazione di regole di diritto materiale, il legislatore UE abbia operato, indirettamente, anche sulle regole procedurali degli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

Analogamente, la direttiva 2014/104/UE¹⁹ sul risarcimento dei danni per violazione delle norme antitrust, contiene disposizioni che impongono agli Stati intervenuti nei propri ordinamenti in particolare per quanto concerne il regime delle prove.

La descritta tecnica di inserire norme processuali in strumenti di diritto materiale è, poi, ancora più evidente nella direttiva 2004/48/CE²⁰. Seppur in un contesto specifico, quale quello della tutela della proprietà intellettuale, il legislatore UE, utilizzando la base giuridica dell'art. 95 CE (oggi 114 TFUE), ha elaborato disposizioni procedurali alquanto complete. Nonostante il considerando 11 precisi che la direttiva «non si propone di stabilire norme armonizzate in materia di cooperazione giudiziaria, di competenza giurisdizionale, di riconoscimento e di esecuzione delle pronunce in materia civile e commerciale, né di occuparsi della legge applicabile», quasi a voler prendere le distanze rispetto all'ambito della cooperazione giudiziaria civile²¹, di fatto interviene su aspetti chiave del procedimento giurisdizionale.

La direttiva, infatti, individua i legittimati ad agire²², fissa disposizioni sugli elementi e l'onere della prova²³, individua ipotesi nelle quali applicare misure provvisorie e cautelari²⁴, peraltro imponendo un'applicazione generalizzata delle sue previsioni e non limitata alle sole ipotesi aventi implica-

¹⁹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in GUUE del 5 dicembre 2014, L 349/1.

²⁰ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in GUUE del 30 aprile 2004, L 157/45.

²¹ Cfr. M. TULIBACKA, *Europeanization of Civil Procedures: In Search of a Coherent Approach*, in CMLR, 2009, p. 1547.

²² Art. 4.

²³ Artt. 6 e 7.

²⁴ Art. 9.

zione transnazionale, come sarebbe stato se l'atto fosse stato adottato sulla base giuridica dedicata alla cooperazione giudiziaria (art. 81 TFUE).

4. *L'armonizzazione diretta e settoriale delle regole processuali nazionali*

Accanto all'attività di armonizzazione indiretta delle regole processuali nazionali descritta nei paragrafi precedenti, e nonostante le limitate competenze rinvenibili nei Trattati, non sono mancati interventi del legislatore europeo volti a elaborare delle regole procedurali uniformi.

I primi interventi in tal senso sono quelli in materia di diritto internazionale privato. Ed in effetti, la risoluzione di questioni connesse all'individuazione della giurisdizione competente a risolvere una controversia, alla determinazione del domicilio abituale di una persona fisica o giuridica, nonché la definizione del momento in cui una controversia giurisdizionale può ritenersi pendente sono aspetti rilevanti per ogni contenzioso e, maggiormente, per quello transnazionale.

Pertanto, sfruttando l'esperienza derivante dalla Convenzione di Bruxelles del 1968²⁵, il legislatore europeo, nel 2000, ha fatto uso delle competenze attribuitegli dai trattati di Maastricht ed Amsterdam in materia di cooperazione giudiziaria per adottare un regolamento attraverso il quale aggiornare e comunitarizzare alcune regole minime in tema di giurisdizione e di esecuzione delle decisioni emesse in altri Stati membri in materia civile e commerciale²⁶.

²⁵ Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (firmata il 27 settembre 1968), in *GUCE* del 31 dicembre 1972, L 299/32. La versione consolidata della Convenzione è reperibile in *GUCE* del 26 gennaio 1998, C. 27. Detta convenzione, seppur ispirata dalla previsione dell'art. 220 TCE, il quale invitava gli Stati membri ad avviare negoziati intesi a garantire anche la «semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie», è a tutti gli effetti uno strumento di diritto internazionale «puro».

²⁶ La nozione di materia civile e commerciale è stata interpretata in modo autonomo dalla Corte di giustizia, la quale ha escluso l'inclusione di rapporti implicanti l'esercizio di poteri autoritativi da parte dello Stato. In giurisprudenza si segnalano, in particolare, Corte giust., 14 ottobre 1976, 29/76, *LTU Control*; 21 aprile 1993, C-172/91, *Sonntag*; 15 maggio 2003, C-266/01, *TIARD*; 15 febbraio 2007, C-292/05, *Lechouritou*. Per un più ampio inquadramento dottrinale S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE 805/2004*, Torino, 2009, p. 20 ss.

Il regolamento 44/01²⁷ costituisce, pertanto, il primo tassello di quella che altrove²⁸ è stata definita come un'armonizzazione diretta delle regole processuali nazionali avviata dal legislatore europeo in quanto, pur avendo ad oggetto l'introduzione di disposizioni di diritto internazionale privato, almeno nei contenziosi transnazionali, è andato a determinare anche alcune regole uniformi più propriamente riconducibili al diritto processuale in senso stretto.

Così, ad esempio, nel prevedere un foro generale e dei fori alternativi o sussidiari utilizzabili in alcune ipotesi, sia in ragione della tipologia di atto sia per il carattere imperativo dei criteri di collegamento elaborati²⁹, è di fatto andato a sovrapporsi, rendendole inapplicabili, alle normative nazionali confliggenti in tema di giurisdizione e competenza territoriale. A ciò si aggiunge che le previsioni del regolamento 44/01, oggi trasfuse nel regolamento 1215/12³⁰ hanno avuto anche l'ulteriore merito di inserire nell'ordinamento UE una fonte normativa automaticamente applicabile anche ai nuovi Stati aderenti all'UE³¹.

Sulla scorta dell'esperienza derivante dai citati atti giuridici, il legislatore europeo è gradualmente giunto ad adottare analoghe normative sia in settori non riconducibili alla materia civile e commerciale, quali, in particolare, la famiglia³², le successioni³³, sia per disciplinare lo svolgimento di

²⁷ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE* del 16 gennaio 2001, L 12/1.

²⁸ Il riferimento è a A. MAFFEO, *op. cit.*, p. 81.

²⁹ Un esempio si rinviene nell'impossibilità di invocare l'istituto anglosassone del *forum non conveniens*, così come precisato da Corte giust., 1° marzo 2005, C-281/02, *Owusu*, p.to 41.

³⁰ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), in *GUUE* del 20 dicembre 2012, L 351/1.

³¹ Qualora, infatti, si fosse mantenuta in vigore la Convenzione di Bruxelles, i nuovi Stati aderenti all'UE avrebbero dovuto aderire ad essa secondo le ordinarie regole di diritto internazionale.

³² In tale ambito è possibile menzionare il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUCE* del 23 dicembre 2003, L 338/1, nonché il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza,

talune attività endoprocessuali, quali l'assunzione di mezzi istruttori in uno Stato membro diverso da quello di celebrazione del processo³⁴, o specifiche attività extraprocessuali ma prodromiche all'instaurazione del contenzioso, come la notificazione degli atti³⁵, ovvero funzionali a garantire il diritto di difesa³⁶.

A questi interventi si affianca la progressiva tendenza delle istituzioni dell'Unione ad elaborare dei procedimenti uniformi i quali, tuttavia, non sostituiscono ma si affiancano a quelli esistenti negli ordinamenti nazionali.

Si tratta, quindi, di una forma di armonizzazione compiuta senza una sostituzione delle regole esistenti negli ordinamenti nazionali, ma realizzata attraverso l'introduzione di regole e rimedi processuali la cui utilizzazione è rimessa ad una libera scelta delle parti per le quali costituiscono, quindi, un'alternativa rispetto ai rimedi interni.

Svariati sono i casi in cui il legislatore europeo, soprattutto in presenza di difficoltà oggettive nell'individuazione di regole comuni³⁷ ed in settori

alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *GUUE* del 10 gennaio 2009, L 7/1.

³³ In tale ambito si inserisce il regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in *GUUE* del 27 luglio 2012, L 201/107.

³⁴ Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, in *GUCE* del 27 giugno 2001, L 174/1.

³⁵ Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari e extragiudiziari in materia civile o commerciale (notificazione o comunicazione degli atti) e che abroga il regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio, in *GUUE* del 10 dicembre 2007, L 324/79.

³⁶ Direttiva 2002/8/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2002, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie, in *GUCE* del 31 gennaio 2003, L 26/41.

³⁷ Un esempio di tale approccio si rinviene con riferimento alla definizione di un diritto comune europeo della vendita. In tale settore la Commissione europea aveva proposto (COM(2011) 635 def.) di armonizzare il diritto dei contratti degli Stati membri, non già imponendo modifiche ai diritti nazionali in vigore ma creando nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro un secondo regime di diritto applicabile a scelta delle parti.

considerati particolarmente sensibili per il funzionamento del mercato interno, ha ritenuto vantaggioso ricorrere ad un tale approccio.

Il ricorso a tale tecnica di armonizzazione, per quanto apparentemente meno “invasiva” rispetto ad un’armonizzazione “classica” – intendendo per tale l’adozione di regole che impongono una sostituzione o un adeguamento, anche se talvolta solo minimo e/o parziale, di quelle esistenti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri –, può comunque realizzare una graduale circolazione di modelli e regole anche se, in molti casi, l’autonomia di scelta concessa agli operatori potrebbe configurarsi come un ostacolo alla loro piena affermazione.

5. L'affrancamento dal presupposto del corretto funzionamento del mercato per l'armonizzazione delle regole processuali nazionali: una possibilità concreta?

Quanto evidenziato nei paragrafi precedenti, se da un lato dimostra come il diritto dell’Unione, in modo più o meno diretto, sia riuscito ad influenzare e “armonizzare” le regole processuali nazionali degli Stati membri, dall’altro lascia trasparire come ciò sia stato possibile solo e limitatamente a quanto necessario al buon funzionamento del mercato interno.

Anche laddove l’armonizzazione delle regole processuali non sia stata il frutto di un’attività di interpretazione pretoria bensì la conseguenza dell’esercizio di specifiche competenze normative, la salvaguardia delle esigenze di funzionamento del mercato ha rappresentato in ogni caso il presupposto per l’adozione degli strumenti normativi. Infatti, la maggior parte degli atti legislativi adottati dal legislatore dell’Unione di cui, seppur sommariamente, si è dato cenno nei paragrafi precedenti, ove non adottati proprio sulla base giuridica dell’art. 95 CE – ovvero dell’attuale art. 114 TFUE³⁸ – risultano in gran parte adottati sulla scorta della base giuridica dell’art. 61, lett. c) CE il quale, rinviando all’art. 65 CE, espressamente circoscriveva la possibilità di esercitare la detta competenza entro il limite di «quanto necessario al corretto funzionamento del mercato».

³⁸ È questo, ad esempio, il caso della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull’ADR per i consumatori) *GUUE* del 18 giugno 2013, L 165/63.

Il descritto approccio, alla luce delle maggiori attribuzioni di competenza conseguenti alla revisione dei trattati di Lisbona, potrebbe essere rivisto.

Come accennato, infatti, l'art. 81 TFUE ha riconosciuto alle istituzioni UE una specifica competenza ad adottare atti nel contesto della cooperazione giudiziaria civile anche a prescindere dal "buon funzionamento del mercato" di fatto attribuendo all'Unione europea una competenza orizzontale³⁹, seppur circoscritta alle sole controversie transfrontaliere.

Ebbene, proprio tale autonoma attribuzione di competenza potrebbe aprire le porte ad un più organico e compiuto intervento di armonizzazione almeno di un nucleo duro di regole e principi processuali nazionali.

Per quanto, infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia riesca in molti casi a colmare le lacune del sistema e ridurre le differenze esistenti tra diversi ordinamenti nazionali⁴⁰, la via giurisprudenziale non è certo la più idonea. Perché, infatti, possa intervenire una pronuncia chiarificatrice della Corte è pur sempre necessario che si pervenga ad operare un rinvio pregiudiziale che, come è noto, costituisce un obbligo solo per le giurisdizioni di ultima istanza. Non è, pertanto da escludere che, prima di poter vedere tutelato il proprio diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, la parte interessata che contesti la compatibilità con il diritto UE di una disposizione interna debba farsi carico di diversi procedimenti nazionali, sostenendone gli oneri anche in termini economici, spesso investendo più del valore economico della controversia stessa.

In tale contesto, quindi, certamente preferibile sarebbe riuscire ad effettuare un intervento di definizione di un nucleo minimo ma organico di norme attraverso cui realizzare una armonizzazione, nel senso classico del fenomeno, delle legislazioni processuali nazionali.

Come rilevato in dottrina⁴¹, un intervento di questo tipo non potrebbe che realizzarsi attraverso la definizione degli obiettivi da raggiungere, la-

³⁹ In tal senso anche R. BARATTA, *Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au Traité de Lisbonne*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2009, p. 16.

⁴⁰ Cfr. P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 717, nonché sulle tecniche utilizzabili E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, *ivi*, 2013, p. 559.

⁴¹ In tal senso v. G. TARZIA, *Harmonisation ou unification transnationale de la procédure civile*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 869.

sciando poi a ciascuno Stato il compito di scegliere in che modo adeguare il proprio sistema giuridico per conseguire tali finalità.

Peraltro, taluni studi⁴² dimostrano che, anche sotto il profilo economico, l'esistenza di regole processuali civili armonizzate potrebbe ridurre notevolmente il costo del contenzioso transfrontaliero, oltre che accrescere la fiducia nel mercato interno di operatori ed utenti.

In questa prospettiva, non sono peraltro mancate prese di posizione di alcune istituzioni europee. Per esempio, il Parlamento europeo, anche sulla scia di studi condotti da organismi indipendenti⁴³, si è mostrato propenso per l'elaborazione di una forma di armonizzazione trasversale, seppur circoscritta ad alcuni principi cardine, mirando a realizzare una convergenza degli ordinamenti nazionali su un nucleo consistente, seppur definito "minimo", di norme processuali. Nello specifico, l'assemblea rappresentativa dei cittadini europei ha formalizzato una risoluzione⁴⁴ con la quale, a norma dell'art. 225 TFUE, ha richiesto alla Commissione di presentare una proposta di atto legislativo sulle norme minime di procedura civile sottoponendo anche una proposta di direttiva.

Le sollecitazioni del Parlamento non hanno, tuttavia, trovato riscontro da parte della Commissione che, come accade anche rispetto alle sollecitazioni provenienti da altre istituzioni⁴⁵, non ha ritenuto opportuno dare avvio al procedimento legislativo, pur dichiarando che avrebbe tenuto conto della proposta di direttiva elaborata dal Parlamento per i lavori futuri in materia⁴⁶.

⁴² M. TULIBACKA, M. SANZ, R. BLOMEYER, *Common minimum standards of civil procedure. European Added Value Assessment. Annex I*, Parlamento europeo, reperibile all'indirizzo europarl.europa.eu/studies, par. 3.

⁴³ Il riferimento è in particolare allo studio *From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure* condotto dall'European Law Institute e a quello denominato *Principles of Transnational Civil Procedure* riferito all'American Law Institute e *Unidroit*, in *Uniform Law Review*, 2004.

⁴⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, del 4 luglio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme minime comuni di procedura civile nell'Unione europea, 2015/2084(INL).

⁴⁵ Invero, molto raramente la Commissione dimostra di dar seguito alle sollecitazioni delle altre istituzioni nonché dei cittadini europei.

⁴⁶ Suite donnée à la résolution du Parlement européen, du 4 juillet 2017, contenant des recommandations à la Commission relatives à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union européenne, del 16 ottobre 2017, SP(2017)539. La Commissione ha, nello specifico, affermato di aver già preso in considerazione l'impor-

6. Conclusioni

L'analisi compiuta nelle pagine precedenti dimostra che il diritto dell'Unione europea esercita, talvolta in modo maggiormente diretto, talvolta meno, un'influenza notevole anche in settori, come quello della procedura civile, ritenuti sensibili dagli Stati membri i quali, almeno in una prima fase, si sono mostrati poco inclini ad aprire i propri ordinamenti nazionali a regole e principi di derivazione europea.

Tuttavia, la constatazione che la tutela dei diritti e l'effettività delle posizioni giuridiche di derivazione europea è rimessa agli ordinamenti nazionali ed ai procedimenti giudiziari da quest'ultimi elaborati⁴⁷, ha aperto una porta di ingresso al diritto dell'Unione europea la cui incisività sul diritto processuale nazionale è andata progressivamente crescendo nel tempo⁴⁸. Ed in effetti, come evidenziato nei paragrafi precedenti, si deve proprio a questa reciproca osmosi tra ordinamenti nazionali ed europeo ed alla attenta opera della Corte di giustizia⁴⁹ l'avvio del processo di "armonizzazione" delle regole processuali nazionali attraverso l'elaborazione dei menzionati principi di equivalenza e di effettività intesi come limite all'autonomia procedurale degli Stati membri. Tuttavia, se quanto rilevato dimostra che anche il diritto processuale nazionale non può ritenersi immune dall'incidenza del diritto dell'Unione, con altrettanta evidenza emerge la mancanza di organicità e l'eccessiva frammentarietà dei principi e delle norme europee in tale settore.

La ragione di ciò in parte è da ascrivere al fatto che, almeno nella sua

tanza della procedura civile in occasione della presentazione della comunicazione su «l'agenda giustizia dell'UE per il 2020: rafforzare la fiducia, la mobilità e la crescita nell'Unione» (comunicazione della Commissione, dell'11 marzo 2014, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, L'agenda giustizia dell'UE per il 2020: rafforzare la fiducia, la mobilità e la crescita nell'Unione, COM(2014)144 final) e, ricordando i diversi atti giuridici aventi incidenza sulla regole di procedura civile già adottati, ha riferito di volersi concentrare sul miglioramento delle procedure per la notifica degli atti e l'assunzione delle prove e di non ritenere necessario procedere nella più organica organizzazione delle regole processuali nazionali richiesta dal Parlamento.

⁴⁷ In tal senso v. M. TULIBACKA, *op. cit.*, p. 1538.

⁴⁸ M. ANDENAS, *National Paradigms of Civil Enforcement: Mutual recognition or Harmonization in Europe?*, in *European Business Law Rev.*, 2006, p. 529.

⁴⁹ Sul ruolo della Corte di giustizia nella costruzione di un sistema giudiziario europeo in generale v. A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, 2004.

fase iniziale, complice anche l'assenza di basi giuridiche adeguate, il processo di formazione di un diritto processuale europeo è stato esclusivamente rimesso all'attività pretoria della Corte di giustizia. Inoltre, posto che la giurisdizione dell'Unione, nella maggior parte dei casi, è stata chiamata a rendere la propria attività chiarificatrice nell'ambito di rinvii pregiudiziali, molto spesso la statuizione, seppur contenente principi di diritto applicabili *erga omnes*, risulta fortemente condizionata dal contesto giuridico e fattuale posto alla base della richiesta del giudice nazionale.

A ciò si aggiunge che, anche quando il legislatore dell'Unione ha adottato norme processuali armonizzate, si è trattato soprattutto di quella che potrebbe definirsi un'armonizzazione "dalla porta di servizio". Gli interventi sulle norme procedurali nazionali, infatti, per quanto talvolta siano risultati alquanto incisivi⁵⁰, sono stati sempre caratterizzati dal fatto di essere sussidiari rispetto all'obiettivo principale dell'atto giuridico con cui venivano posti in essere. Le norme procedurali risultavano quindi essere meramente accessorie e funzionali a garantire piena effettività alle norme di diritto sostanziale cui si accompagnavano.

Ebbene, un'armonizzazione realizzata per il tramite di tale approccio non è certamente idonea a realizzare una compiuta europeizzazione degli ordinamenti processuali degli Stati membri.

Ad incidere negativamente vi è, da un lato, l'impossibilità di un'applicazione generalizzata delle disposizioni armonizzate, in quanto il loro ambito di applicazione sarebbe circoscritto a quello dell'atto giuridico di diritto materiale; dall'altro, anche l'iter di formazione dell'atto giuridico potrebbe non consentire un'adeguata ponderazione delle norme processuali⁵¹.

Inoltre, anche quando, sfruttando le competenze attribuitegli dai trattati di Maastricht ed Amsterdam, il legislatore dell'Unione ha provato ad infondere maggiore dinamicità⁵² al processo di europeizzazione delle rego-

⁵⁰ Un esempio è la direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

⁵¹ La Commissione europea, istituzione deputata a dare l'avvio al processo legislativo elaborando una proposta, opera, infatti, attraverso distinte direzioni generali e la materiale elaborazione degli atti giuridici avviene nell'ambito della direzione generale competente a trattare gli aspetti di diritto sostanziale con l'evidente conseguenza che la visione di insieme della possibile incidenza di una disposizione processuale inserita in un atto giuridico di diritto materiale potrebbe essere posta in secondo piano o, comunque, non essere apprezzata in maniera compiuta.

⁵² M. TULIBACKA, *op. cit.*, p. 1527.

le processuali nazionali degli Stati membri, la riscontrata frammentarietà non è venuta meno ed anzi l'introduzione di procedimenti uniformi per le sole controversie transfrontaliere ha comportato l'introduzione di un doppio regime di mezzi di tutela⁵³ – uno per le controversie nazionali ed uno per le cause transfrontaliere – e talvolta ha creato disallineamenti di tutela e discriminazioni alla rovescia⁵⁴.

Quanto rilevato dimostra, quindi, l'utilità di una sistematizzazione organica delle regole di procedura civile.

Tuttavia, a fronte di una spinta in tal senso da parte del Parlamento europeo, la posizione della Commissione non sembra lasciare intravedere la possibilità di procedere, almeno a breve termine, ad una vera e propria definizione armonizzata di un *corpus* minimo di regole e principi di diritto processuale.

Conseguentemente, è verosimile attendersi che il lento processo di armonizzazione delle regole processuali nazionali prosegua in particolare sulla scorta della valorizzazione delle esigenze del mercato interno attraverso l'elaborazione di norme e principi processuali in atti normativi preordinati a realizzare un'armonizzazione delle norme di diritto materiale.

Come accaduto negli anni Novanta nel settore della tutela dei consumatori, è quindi verosimile attendersi interventi del legislatore europeo

⁵³ In tal senso v. P. FRANZINA, *Regolamento (CE) n1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 aprile 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento. Sub. Art. 81 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 573; nonché R. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme. L'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2008, p. 395.

⁵⁴ Laddove l'ordinamento interno non dovesse disporre di strumenti analoghi a quelli introdotti dalla normativa europea, il soggetto che volesse ottenere tutela per una posizione giuridica soggettiva il cui perimetro risulti essere circoscritto entro il solo ordinamento nazionale potrebbe venirsi a trovare in una posizione deteriore rispetto a chi, invece, invochi tutela per una analoga posizione giuridica che presenti implicazioni transnazionali. Un esempio in tal senso si è manifestato con riferimento all'ordinamento olandese in cui, in assenza di una procedura interna che consentisse di ottenere un ordine di pagamento per i crediti non contestati, solo i soggetti in possesso delle condizioni per poter attivare il procedimento di cui al regolamento 805/04 si sono trovati nella possibilità di vedere rapidamente riconosciuto e messo in esecuzione il proprio credito. Sul punto si segnala M. FREUDENTHAL, *Attitudes of European Union Member States Towards the Harmonisation of Civil Procedure*, in C. H. VAN RHEE, A. UZELAC (eds.), *Enforcement and Enforceability – Tradition and Reform*, Oxford, 2010, p. 9.

tendenti a rafforzare la protezione giuridica di diritti diffusi, come, ad esempio, quello all'ambiente, oggi oggetto di particolare attenzione. D'altronde, proprio in tale settore, le istituzioni europee hanno negli ultimi anni avviato un'intensa attività di aggiornamento degli atti giuridici già vigenti⁵⁵ per cui, sulla scorta anche di affermazioni giurisprudenziali come quella resa nel caso *Craeynest*⁵⁶, in cui è stata riconosciuta la legittimazione dei singoli a contestare giurisdizionalmente alcune scelte discrezionali delle autorità pubbliche in materia di rilevazione e campionamento dell'aria, non è da escludere che, con l'aggiornamento dei detti atti giuridici ovvero con l'adozione di nuovi interventi normativi, (non) si possa optare per l'inserimento di ulteriori disposizioni procedurali.

⁵⁵ In tal senso è possibile ricordare la direttiva (UE) 2018/849, del 30 maggio 2018, che modifica le direttive 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso, 2006/66/CE relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, in *GUUE* del 14 giugno 2018, L 150/93; direttiva (UE) 2018/850, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti, in *GUUE* del 14 giugno 2018, L 150/100; direttiva (UE) 2018/851, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti, in *GUUE* del 14 giugno 2018, L 150/109; direttiva (UE) 2018/852, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, in *GUUE* del 14 giugno 2018, L 150/141.

⁵⁶ Corte giust., 26 giugno 2019, C-723/17, *Craeynest e a.*

LA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE NEL MERCATO INTERNO

Flavia Rolando*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela dell'ambiente come limite alle regole del mercato interno. – 3. Il contributo della normativa dell'Unione europea all'integrazione delle esigenze connesse alla tutela dell'ambiente nello sviluppo del mercato unico. – 4. Le nuove sfide del mercato interno per perseguire una maggiore protezione dell'ambiente.

1. Premessa

L'istituzione del mercato interno, ovvero di uno spazio comune all'interno del quale siano eliminati tutti gli ostacoli alla circolazione delle merci e dei fattori produttivi, è oggi un obiettivo considerato funzionale anche alla realizzazione di uno sviluppo sostenibile e di un miglioramento della qualità dell'ambiente. Anche in questo ambito la Corte di giustizia ha svolto un ruolo fondamentale e, anticipando le modifiche dei Trattati, già nel 1985 ha affermato che il principio della libertà del commercio non ha valore assoluto ma è soggetto a taluni limiti giustificati¹. La Corte ha così inserito la tutela dell'ambiente tra gli scopi essenziali dell'Unione europea che possono giustificare alcune eccezioni al principio della libera circolazione delle merci² e delle altre libertà fondamentali³.

Come noto, la realizzazione del mercato interno è avvenuta sia attraverso l'integrazione negativa – ovvero attraverso il divieto degli ostacoli alla libera circolazione – sia attraverso l'integrazione positiva, sviluppatasi at-

* Ricercatrice di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli "Federico II".

¹ Così al p.to. 12 ss. della sentenza della Corte del 7 febbraio 1985, 240/83, *Procuratore della Repubblica c. ADBHU - Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*.

² Si veda, tra le altre, Corte giust., 20 settembre 1988, 302/86, *Commissione c. Danimarca*.

³ Con riferimento all'applicazione dei principi espressi nella sentenza *ADBHU*, cit., alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento v., tra le altre., Corte giust., 11 marzo 2010, C-384/08, *Attanasio*, nonché 24 marzo 2011, C-400/08, *Commissione c. Spagna*.

traverso le normative di armonizzazione delle legislazioni nazionali. L'adozione di atti di diritto derivato rappresenta uno dei principali strumenti attraverso i quali si aspira a raggiungere gli obiettivi ambientali. Del resto, la tutela ed il miglioramento della qualità dell'ambiente hanno un carattere transfrontaliero e, dunque, non potrebbero essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri attraverso delle singole azioni locali.

Nel presente scritto ci si propone di esaminare le due forme di integrazione, anche attraverso le più recenti casistiche, e valutare il loro contributo al perseguimento di una maggiore protezione dell'ambiente. Un'osservazione conclusiva sarà poi dedicata alle nuove sfide che il mercato interno è chiamato ad affrontare per poter perseguire una maggior tutela dell'ambiente.

2. La tutela dell'ambiente come limite alle regole del mercato interno

La realizzazione degli obiettivi in materia ambientale, e dunque *in primis* la salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente e l'utilizzazione razionale delle risorse naturali, assume una connotazione particolare nell'ambito della cosiddetta integrazione negativa. In generale, è opportuno rimarcare che siamo dinnanzi ad un fenomeno di fallimento del mercato: le imprese non sono autonomamente motivate a ridurre il livello di inquinamento prodotto né a adottare provvedimenti individuali di tutela ambientale in quanto nella maggior parte dei casi ciò comporterebbe un aumento dei costi con una forte incertezza sulla redditività di tali investimenti. Per questo motivo, in assenza di obblighi stabiliti attraverso normative comuni oppure a prescindere da forme di incentivazione, difficilmente le aziende intraprendono investimenti per perseguire una maggiore ecocompatibilità della propria attività di impresa. D'altro canto, singole regole nazionali che introducano – ad esempio – dei particolari requisiti di determinati prodotti per finalità ambientali costituiscono delle misure che creano un ostacolo al funzionamento del mercato interno.

La particolarità del perseguimento di una maggiore tutela dell'ambiente nel contesto della cosiddetta integrazione negativa sta dunque nel fatto che la finalità ambientale costituisce un'esigenza imperativa per la quale – in alcuni casi – può derogarsi ai divieti posti a tutela della libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Soffermeremo la nostra attenzione sulla libera circolazione delle merci. In tale ambito, vi sono dei divieti che non ammettono deroghe di alcun genere, come ad esempio il divieto di dazi doganali e di tasse ad effetto equivalente⁴.

In altri casi, invece, la considerazione delle esigenze ambientali non avviene come applicazione di una deroga, bensì come considerazione di una regola generale. Il principio di integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea⁵ può infatti condizionare l'applicazione del principio di non discriminazione fiscale e determinare uno sviluppo della protezione dell'ambiente attraverso l'utilizzo degli strumenti fiscali. Il primo paragrafo dell'art. 110 TFUE vieta le discriminazioni, dirette o indirette, tra i prodotti interni e quelli provenienti da altri Stati membri che siano "similari", mentre in virtù del secondo paragrafo sono vietate le imposizioni interne che mirano a proteggere indirettamente altre produzioni, ossia prodotti non simili ma che siano comunque in concorrenza con quelli nazionali. È evidente che le caratteristiche inquinanti di un prodotto hanno oggi un crescente rilievo nella valutazione dei prodotti nazionali simili o per la definizione delle produzioni concorrenti. Medesimi prodotti con differenti impatti ambientali sono passati dall'essere identici all'essere considerati simili o finanche differenti tra loro. Laddove si riscontra un autonomo mercato, non potrebbero essere vietate le misure fiscali ai sensi del primo paragrafo dell'art. 110 TFUE. In termini generali, sarebbe comunque auspicabile l'introduzione di una politica fiscale ambientale a livello europeo, che potrebbe portare ad una riduzione degli effetti negativi sulla competitività derivanti dal differente sistema e grado di imposizione.

È con riferimento alla disciplina relativa alle restrizioni quantitative e alle misure di effetto equivalente che si è principalmente sviluppata la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al rapporto tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci.

Sin dal 1979 la Corte ha attribuito efficacia diretta all'art. 34 TFUE⁶, a

⁴ Si consideri che nelle cause relative alle misure nazionali suscettibili di violare l'art. 30 TFUE, la Corte di giustizia ha approfondito la giustificazione addotta dagli Stati membri al solo fine di comprendere la struttura dell'imposizione ed escludere che si trattasse di una misura fiscale discriminatoria, ha però escluso che potesse essere attribuita una rilevanza alla motivazione ambientale.

⁵ Sul principio in esame si permetta di rinviare a F. ROLANDO, *Il principio di integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2020.

⁶ Corte giust., 29 novembre 1978, 83/78, *Redmond*, p.to 66 nonché 8 novembre 1979,

norma del quale «sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente»: il rispetto di tale disposizione potrà essere imposto anche dal giudice nazionale e portare alla disapplicazione delle norme interne con esso contrastanti. In via generale, gli articoli 34 e seguenti del TFUE trovano applicazione nel caso in cui non sia stata adottata una norma di armonizzazione o laddove l'eventuale atto di diritto derivato dell'Unione europea introduca un'armonizzazione solo parziale⁷. Nel caso in cui vi sia stato, invece, un intervento normativo di armonizzazione totale, si farà riferimento esclusivamente alla corrispondente disciplina⁸.

Come noto, nella sentenza *Cassis de Dijon*⁹ i giudici del Lussemburgo hanno stabilito il principio del mutuo riconoscimento delle norme tecniche, imponendo ad ogni Stato dell'Unione europea l'obbligo di ammettere all'interno del proprio territorio le merci legalmente prodotte negli altri Paesi membri. Il mutuo riconoscimento e l'armonizzazione normativa costituiscono così gli strumenti mediante i quali possono essere eliminate le barriere tra Stati e garantire la libera circolazione delle merci. La Corte ha, quindi, precisato che sono vietate ai sensi dell'art. 34 TFUE quelle misure di uno Stato membro che abbiano per oggetto o per effetto il penalizzare i prodotti provenienti da altri Stati membri o che comunque ostacolino

251/78, *Denkavit Futtermittel*, p.to 3. Sul punto si veda L. SBOLCI, *La libera circolazione delle merci*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2021, p. 5.

⁷ Nel caso delle normative relative agli imballaggi ed ai rifiuti di imballaggio la Corte ha dichiarato che l'organizzazione dei sistemi nazionali destinati a favorire il reimpiego degli imballaggi non era oggetto di una completa armonizzazione. Pertanto, le normative nazionali potevano essere valutate alla stregua delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci. Per tutte si veda Corte giust., 14 dicembre 2004, C-309/02, *Radlberger*, in particolare p.to 52 ss.

⁸ In base a una giurisprudenza consolidata, qualsiasi misura nazionale in un ambito che ha costituito oggetto di un'armonizzazione esauriente a livello dell'Unione dev'essere valutata alla luce delle disposizioni di questa misura di armonizzazione, e non di quelle del diritto primario. Si veda per tutte Corte giust., 12 novembre 2015, C-198/14, *Visnapuu*, p.to 40, nonché nella giurisprudenza ivi citata, tra cui 16 luglio 2015, C-95/14, *UNIC e Uni.co.pel*, p.to 33.

⁹ Corte giust., 20 febbraio 1979, 120/78, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

l'accesso al mercato di uno Stato membro da parte di prodotti originari di altri Stati membri¹⁰.

A titolo esemplificativo, secondo la Corte, rientra nel divieto espresso dal Trattato una normativa nazionale relativa al sistema di gestione dei rifiuti da imballaggio in base alla quale vi è la sostituzione della partecipazione ad un sistema globale di raccolta con la creazione di un sistema di deposito cauzionale e di ritiro individuale, per i produttori ed i distributori che utilizzano imballaggi monouso, a seconda della percentuale degli imballaggi riutilizzabili sul mercato interessato. In un simile sistema, infatti, vengono introdotti degli obblighi che non incidono allo stesso modo sull'immissione in commercio delle bevande prodotte nel Paese interessato, in particolare la Germania, e quella delle bevande provenienti da altri Stati membri, e ciò costituisce un ostacolo allo scambio delle merci tra gli Stati membri¹¹.

Molteplici sono stati i casi in cui la Corte di giustizia è stata investita

¹⁰ Così Corte giust., 10 febbraio 2009, C-110/05, *Commissione c. Italia*, p.to 34. In proposito si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 3 settembre 2015, C-333/14, *The Scotch Whisky Association*, p.to 53. La Corte ha invece considerato che non rientrano nella nozione di effetto equivalente le disposizioni nazionali relative alla modalità di vendita dei prodotti, purché incidano in egual misura, sia dal punto di vista giuridico che sostanziale, sullo smercio dei prodotti nazionali e provenienti da altri Stati membri. Così il p.to 16 della sentenza Corte giust., 24 novembre 1993, C-267/91 e C-268/91, *Keck et Mithouard*. Come evidenziato da F. Ferraro, tale esclusione è motivata dal fatto che, dal momento in cui i prodotti hanno accesso al mercato dello Stato membro di importazione, essi devono rispettare le "regole di vendita" che sono in vigore in detto Stato, poiché si trovano ormai su un piano di parità con i prodotti nazionali. Così in F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 693. Contrariamente a quanto era stato suggerito dall'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni relative alla causa *Mickelsson e Roos* (14 dicembre 2006, C-142/05), la Corte non ha escluso dall'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 34 TFUE le disposizioni nazionali che disciplinano le modalità di utilizzo di un bene e che, in tal modo, limitano o introducono un divieto di uso di merci. La Corte ha ritenuto, infatti, che una limitazione dell'uso di un prodotto sul territorio di uno Stato membro può, a seconda della sua portata, avere un'influenza notevole sul comportamento dei consumatori e, di conseguenza, sull'accesso di tale prodotto al mercato di tale Stato membro. Si veda Corte giust., 4 giugno 2009, C-142/05, *Mickelsson e Roos*.

¹¹ Si vedano, tra le altre, Corte giust., 14 dicembre 2004, C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft e S. Spitz*, in particolare p.to 70 ss., nonché 20 settembre 1988, 302/86, *Commissione c. Danimarca*.

dell'esame di disposizioni nazionali connesse alla tutela dell'ambiente potenzialmente lesive della libera circolazione delle merci. Nelle proprie pronunce, la Corte valuta *in primis* se la misura nazionale sottoposta al suo esame costituisca o meno una restrizione quantitativa o una misura di effetto equivalente e, in tal caso, se sia idonea ad ostacolare la libera circolazione delle merci. In generale è invalsa la tendenza ad una interpretazione ampia della nozione di restrizione quantitativa e di misura ad effetto equivalente idonea ad ostacolare la circolazione delle merci, seguita da un'analisi sulla ammissibilità delle stesse in base alle deroghe stabilite dal Trattato o in quanto misura indistintamente applicabile giustificata da una esigenza imperativa.

Ai fini della valutazione della conformità della misura nazionale con le deroghe stabilite dal Trattato o ammesse in via giurisprudenziale è necessario distinguere tra le misure distintamente e indistintamente applicabili: le prime sono generalmente incompatibili con il Trattato, considerando il loro carattere discriminatorio, ma possono essere consentite in base alle deroghe espressamente stabilite. In virtù dell'art. 36 TFUE, infatti, possono essere adottate disposizioni nazionali giustificate, tra l'altro, da motivi di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali. Secondo la medesima disposizione, tali divieti o restrizioni non devono però costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. In quanto norma derogatoria, tale disposizione è generalmente considerata di stretta interpretazione.

Le misure indistintamente applicabili ostacolano in maniera minore lo scambio tra i Paesi membri, dato che introducono delle disposizioni che si applicano ugualmente ai prodotti nazionali ed a quelli stranieri. Tuttavia, esse di fatto possono produrre l'effetto di ridurre le importazioni e quindi la commercializzazione dei prodotti importati. Per questo motivo, tali misure possono essere ammesse solo se rispondono a delle esigenze imperative, determinate dalla Corte di giustizia. La protezione dell'ambiente, intesa in senso ampio, rileva come esigenza imperativa ed in quanto tale può giustificare l'introduzione da parte degli Stati di misure indistintamente applicabili¹².

Va precisato che potrebbe verificarsi il caso di una misura indistinta-

¹² Una prima affermazione sulla tutela dell'ambiente quale scopo d'interesse generale è stata promossa dalla Corte di giustizia nella sentenza *ABDHU*, cit., p.to 15.

mente applicabile giustificabile sia in virtù di una esigenza imperativa sia in base alla espressa deroga stabilita dal Trattato. In tale ipotesi la Corte di giustizia ha ritenuto che la misura nazionale debba essere più correttamente valutata sulla base dell'art. 36 TFUE¹³, come del resto avvenuto nel caso *Blubme*, in cui i giudici hanno inizialmente fatto riferimento in via generica alla tutela dell'ambiente, per poi precisare che le misure di preservazione di una popolazione di animali indigena (di api) contribuiscono a mantenere la diversità biologica, garantendo l'esistenza della popolazione di cui trattasi. La Corte ha quindi ricondotto la giustificazione più precisamente alla tutela della vita di tali animali e l'ha così considerata ammissibile ai sensi dell'art. 36 TFUE¹⁴.

Nelle più recenti pronunce della Corte di giustizia è possibile rilevare una tendenza a valutare se le misure nazionali che ostacolano la libera circolazione delle merci perseguano effettivamente una maggiore protezione senza approfondire la discriminatorietà o meno della misura. Come evidenziato dall'Avvocato generale Bot nelle conclusioni rese nel caso *Essent Belgium*¹⁵, in virtù di differenti ricostruzioni e ragionamenti della Corte, si è giunti ad una estensione dell'applicazione della esigenza imperativa connessa alla tutela dell'ambiente anche alle misure distintamente applicabili. Ciò confliggerebbe con il principio della certezza del dritto e con la funzione nomofilattica attribuita ai giudici del Kirchberg¹⁶.

Tuttavia, anche nel pieno rispetto della *summa divisio* tra il regime delle deroghe applicabili alle misure distintamente ed indistintamente applicabili, riteniamo che sia corretto temperare in entrambi i casi le regole proprie del funzionamento del mercato interno con la tutela dell'ambiente,

¹³ Così in Corte giust., 25 luglio 1991, C-1/90, *Aragonesa*. Per una trattazione generale delle deroghe alla libera circolazione delle merci si rinvia a L. SBOLCI, *op. cit.*, nonché a G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), vol. II, 2021, Napoli, p. 36 ss.

¹⁴ Così il p.to 33 della sentenza *Blubme*, cit.

¹⁵ Conclusioni presentate l'8 maggio 2013, da C-204/12 a C-208/12.

¹⁶ Su questo punto si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa *Essent Belgium*, cit., spec. p.to. 93 ss.; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs presentate il 26 ottobre 2000, C-379/98, *PreussenElektra*; quelle presentate dal medesimo Avvocato generale il 21 marzo 2002, C-136/00, *Danner*, p.to 38; le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed presentate il 14 luglio 2005, C-320/03, *Commissione c. Repubblica d'Austria* e le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak presentate il 16 dicembre 2010, C-28/09, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, spec. p.to 83 ss.

anche in applicazione del principio di integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea espresso dall'art. 11 TFUE e dall'art. 37 della Carta.

Potrebbe infatti ritenersi che «la tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali» debba essere intesa come esplicazione della tutela dell'ambiente, e non come particolari aspetti della tutela accordata per i quali possono essere consentite delle deroghe al generale divieto di restrizioni quantitative. In tal senso, la deroga prevista dall'art. 36 TFUE consentirebbe di giustificare misure nazionali che integrano delle restrizioni quantitative o delle misure di effetto equivalente adottate anche per proteggere più in generale l'ecosistema, purché siano necessarie e proporzionate.

D'altronde, come affermato dalla Corte di giustizia in una giurisprudenza costante, la salute e la vita delle persone occupano il primo posto tra i beni o gli interessi protetti dall'art. 36 del Trattato¹⁷. La centralità dei beni tutelati attraverso queste deroghe e l'applicazione del principio di integrazione giustificano un'interpretazione estensiva della formula espressa nella disposizione. Una diversa esegesi potrebbe apparire incoerente con la crescente attenzione dedicata all'ambiente nei testi del diritto primario e nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia stessa. Inoltre, è evidente che i danni all'ambiente rappresentano, in ogni caso, una grave minaccia all'ecosistema nel suo complesso e quindi, anche se nel lungo periodo e non immediatamente, per la salute e la vita degli uomini e degli animali¹⁸. Naturalmente, la maggiore o minore incidenza diretta sulla salute e la vita delle persone e degli animali potrà poi essere considerata ai fini della valutazione della proporzionalità della misura.

Sia in caso di disposizione nazionale distintamente che indistintamente applicabile, la misura nazionale deve essere necessaria e proporzionata a raggiungere lo scopo che si prefigge¹⁹. In tal senso, la Corte è chiamata a valutare l'opportunità dell'introduzione della misura nazionale per motivi

¹⁷ Così al p.to 16 della sentenza della Corte del 10 novembre 1994, C-320/93, *Ortscheid*, nonché al p.to 38 della sentenza dell'11 luglio 2000, C-473/98, *Toolex*.

¹⁸ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs presentate nella causa *PreussenElektra*, cit., specialmente il par. 232.

¹⁹ Tra una vasta giurisprudenza si veda, con particolare riferimento alla valutazione delle misure adottate con scopi ambientali, Corte giust., 22 giugno 2017, C-549/15, *E.On*, e giurisprudenza ivi citata.

ambientali e a bilanciare la ragion d'essere della misura rispetto al fondamentale funzionamento del mercato interno. I giudici devono quindi esaminare se “l'importanza” dell'interesse sotteso alla misura è maggiore rispetto a quello relativo alla libera circolazione delle merci²⁰ e se i medesimi risultati non possano essere raggiunti in maniera meno incisiva²¹. A tal proposito, preme sottolineare che l'analisi circa la proporzionalità della misura effettuata direttamente dalla Corte di giustizia non sempre è adeguatamente giustificata. Nel caso del sistema di gestione degli imballaggi stabilito con legge danese, ad esempio, i giudici non hanno indicato i criteri secondo i quali il quantitativo di bibite che potevano essere commercializzate senza imballaggi autorizzati dovesse essere considerato troppo basso²². Con riferimento al sistema tedesco, invece, anch'esso giudicato astrattamente idoneo a conseguire gli obiettivi ambientali, i giudici hanno ritenuto che fosse stato stabilito un periodo di tempo indeterminato non sufficientemente sicuro perché potesse esigersi dagli operatori economici il dar vita ad un sistema di deposito cauzionale e di ritiro individuale²³.

In effetti, l'analisi sulla proporzionalità può essere particolarmente difficile, dato il tecnicismo di alcune questioni²⁴. In via generale, un esame approfondito è certamente essenziale ai fini di un giudizio esaustivo, ed anzi dovrebbe essere eseguito scrupolosamente perché l'ambiente non venga invocato “come una formula incantatoria”²⁵.

²⁰ In questo senso si veda L. KRÄMER, *EU Environmental law*, Mytholmroyd, 2016, p. 95.

²¹ Naturalmente, tale valutazione sarà direttamente effettuata dai giudici del Lussemburgo in caso di procedura di infrazione, mentre la medesima Corte si limiterà a fornire ai giudici nazionali i criteri di valutazione nel caso di un rinvio pregiudiziale.

²² Ci si riferisce a *Commissione c. Danimarca*, 302/86, cit., spec. p.to 21.

La Corte ha infatti stabilito che il limite di 3 000 hl annui per produttore il quantitativo di birra e di bibite che può essere posto in commercio in imballaggi non autorizzati non era proporzionato all'obiettivo, senza tuttavia indicare i criteri seguiti, sulla base dei quali comprendere fino a che punto la misura potesse essere considerata sproporzionata e, conseguentemente, con quali modifiche un sistema del genere poteva essere conforme alla disciplina della libera circolazione delle merci.

²³ *Commissione c. Germania*, C-463/01, cit.

²⁴ Sul punto si veda L. KRÄMER, *L'environnement et le marché unique européen*, in *RMUE*, 1993, p. 50 ss.

²⁵ Così L. IDOT, *Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence: bilan de la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Petites affiches – Droit de la Concurrence*, 15 giugno 2006, n. 119, p. 45.

Nell'ambito della giurisprudenza relativa alle restrizioni quantitative determinate da motivi connessi alla tutela dell'ambiente, non sembra invece aver trovato uno spazio autonomo la valutazione da parte della Corte di giustizia sulla "coerenza e sistematicità"²⁶ delle misure nazionali.

3. Il contributo della normativa dell'Unione europea all'integrazione delle esigenze connesse alla tutela dell'ambiente nello sviluppo del mercato unico

L'adozione di atti di diritto derivato, e dunque la cosiddetta "integrazione positiva", rappresenta il principale strumento attraverso il quale possono essere raggiunti gli obiettivi connessi alla tutela dell'ambiente. Grazie agli atti normativi, infatti, possono essere introdotti uguali obblighi a carico degli Stati, oppure delle persone fisiche e giuridiche, funzionali alla protezione e tutela dell'ambiente. Si tratta di scelte politiche o condotte aziendali spesso onerosi, che altrimenti difficilmente sarebbero stati autonomamente adottati e che comunque hanno una maggiore efficacia se assunti a livello sovranazionale. Inoltre, grazie ad una disciplina uniforme non verranno falsate le condizioni di concorrenza, dato che saranno stabilite le medesime condizioni di esercizio delle attività produttive all'interno del mercato interno.

Il copioso *corpus* di norme con finalità ambientale è stato adottato ricorrendo a varie basi giuridiche. La politica europea in materia, nata inizialmente per introdurre degli standard di sicurezza dei prodotti, era stata introdotta utilizzando principalmente le basi giuridiche relative al ravvicinamento delle disposizioni o la clausola dei poteri impliciti. Successivamente, a seguito delle modifiche intervenute con l'Atto unico europeo e con il Trattato sull'Unione europea, il legislatore ha potuto fondare gli atti su una base giuridica *ad hoc* rappresentata dagli attuali artt. 191 e ss. TFUE. L'art. 192 TFUE è, oggi, il fondamento dei numerosi atti dell'Unione che hanno quale principale obiettivo, e dunque contenuto, la protezione dell'ambiente ed il miglioramento delle condizioni ambientali²⁷.

²⁶ Sulla valutazione del test della "coerenza e sistematicità", con particolare riferimento alla libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, si veda in particolare F. FERRARO, *op. cit.*

²⁷ In proposito, si veda Corte giust., 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione c. Parlamento*, p.to 45 e giurisprudenza *ivi* citata.

Tuttavia, il carattere trasversale della materia ambientale comporta che gli atti di diritto derivato diretti alla tutela dell'ambiente potranno essere adottati utilizzando, singolarmente o in combinato disposto, anche altre basi giuridiche stabilite dai Trattati. In proposito, come affermato dalla Corte già nella sentenza *Parlamento c. Consiglio*, l'elemento dirimente sarà se la misura che si intende adottare ha un obiettivo principale cui sono connessi degli effetti accessori su altre politiche, oppure se l'atto presenta delle finalità paritetiche²⁸. Nel primo caso, l'atto dovrà essere basato sulla disposizione relativa all'obiettivo prevalente. Nel secondo, se le procedure legislative connesse coincidono o comunque sono tra loro compatibili²⁹, si ricorrerà ad una base giuridica congiunta³⁰.

Ad oggi, l'art. 114 TFUE continua ad essere utilizzato per adottare tutti quegli atti normativi principalmente volti a garantire il funzionamento del mercato interno. Si pensi alla disciplina sui limiti di emissione degli inquinanti gassosi per i motori³¹ o alla disciplina sugli

²⁸ Si veda Corte giust., 25 febbraio 1999, C-164/97 e C-165/97, *Parlamento c. Consiglio*, p.to 14 e la giurisprudenza *ivi* citata; nonché 8 settembre 2009, C-411/06, *Commissione c. Parlamento*, p.to 45 ss.; la Corte ha inoltre precisato che, ai fini della scelta della base giuridica, l'analisi dovrà basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto. In merito si veda 11 giugno 1991, C-300/89, *Commissione c. Consiglio* (Biossido di titani), p.to 10; 19 settembre 2002, C-336/00, *Huber*, p.to 30.

²⁹ Non potranno essere considerate compatibili le basi giuridiche che prevedano procedure legislative secondo le quali vi sia un diverso coinvolgimento delle istituzioni. La Corte ha evidenziato nella sentenza dell'11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, cit., spec. al p.to 20, che sono incompatibili due procedure che prevedano un diverso coinvolgimento del Parlamento europeo, considerando che «questa partecipazione è il riflesso, sul piano comunitario, di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa».

³⁰ Nella sentenza del 24 novembre 1993, C-405/92, *Mondiet c. Armement Islais*, p.ti 26-28, la Corte di giustizia ha precisato che l'art. 191 TFUE costituisce una base giuridica adeguata per le azioni specifiche in materia ambientale o comunque per i soli atti che hanno come oggetto principale la protezione dell'ambiente e che contribuiscano alla salvaguardia, alla tutela ed al miglioramento della qualità di quest'ultimo. Tali normative potranno anche introdurre delle sanzioni senza che debba essere mutata la base giuridica. V. a tal proposito Corte giust., 21 dicembre 2016, C-444/15, *Italia Nostra Onlus*, p.to 43 nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl rese il 25 gennaio 2018 nella causa C-683/19, *Deutscher Naturschutzring*, p.to 20 ss. e *Commissione c. Consiglio*, C-176/03, cit., p.to 47.

³¹ Regolamento 2016/1628 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre

OGM³² o, ancora, alla proposta di regolamento sugli imballaggi ed i rifiuti di imballaggio³³ che. In virtù della formulazione dell'art. 114 TFUE³⁴, terzo paragrafo, la Commissione, nelle sue proposte, dovrà basarsi su «un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici». In seguito, il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, «cercheranno» di conseguire tale obiettivo. Sebbene la disposizione in esame abbia introdotto una forma autonoma e particolare di obbligo di protezione ambientale nell'ambito dello sviluppo della politica dedicata al funzionamento del mercato interno, i termini adottati sembrano nel complesso vaghi e risulta difficile immaginare l'eventuale sindacabilità in sede giurisdizionale della violazione degli stessi da parte delle istituzioni³⁵.

Diversamente, in tutti i casi in cui il legislatore dell'Unione ha valorizzato la prevalente finalità ambientale sottesa agli atti normativi, ha utilizzato la base giuridica prevista dall'art. 192 TFUE. Si pensi alla direttiva relativa alle emissioni ambientali³⁶ o alla direttiva sulla riduzione dell'incidenza

2016, relativo alle prescrizioni in materia di limiti di emissione di inquinanti gassosi e particolato inquinante e di omologazione per i motori a combustione interna destinati alle macchine mobili non stradali, e che modifica i regolamenti n. 1024/2012 e n. 167/2013 e modifica e abroga la direttiva 97/68/CE, in *GUUE* L 252, p. 53.

³² Direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 marzo 2001, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva 90/220/CEE del Consiglio, in *GUCE* L 106, p. 1. Sull'argomento si veda, tra gli altri, F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, 2005. Si noti, poi, che in alcuni casi nel tempo la base giuridica della medesima normativa è cambiata. Sul ravvicinamento delle legislazioni è stata infatti fondata la prima direttiva sui rifiuti (direttiva 75/442/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1975, relativa ai rifiuti, in *GUCE* L 194, p. 47), adottata sulla base giuridica degli articoli 100 e 235 TCE), attualmente basata invece sull'art. 192 TFUE (direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, in *GUUE* L 312, p. 3).

³³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, che modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e la direttiva (UE) 2019/904 e che abroga la direttiva 94/62/CE, COM(2022) 677 final.

³⁴ Per un'analisi dell'art. 114 TFUE si rinvia a P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *Commento all'art. 114 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1265 ss.

³⁵ Si permetta di rinviare ancora a F. ROLANDO, *Il principio di integrazione*, cit., spec. p. 80 ss.

³⁶ Direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre

di determinati prodotti di plastica sull'ambiente³⁷, adottata per prevenire la dispersione nell'ambiente di parti in plastica, come ad esempio i tappi o i coperchi in plastica. Sebbene con la direttiva in esame siano stati introdotti anche dei requisiti di progettazione e marcatura per determinati prodotti di plastica monouso con una evidente incidenza della normativa sul funzionamento del mercato interno, il suo obiettivo principale è quello di prevenire e ridurre l'impatto di alcuni prodotti di plastica sull'ambiente, in particolare quello acquatico, a causa dello smaltimento improprio.

Svariati atti sono stati infine adottati utilizzando congiuntamente le basi giuridiche citate, come nel caso della disciplina sulle pile e accumulatori³⁸ o di quella sulla progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia³⁹.

È opportuno sottolineare che l'uso della differente base giuridica determina delle conseguenze riguardo alla procedura che gli Stati devono rispettare per introdurre disposizioni maggiormente garantiste della prote-

2010, relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento), in *GUUE* L 334 del 17 dicembre 2010, p. 17.

³⁷ Direttiva 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, in *GUUE* L 155, p. 1.

³⁸ Direttiva 2006/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e che abroga la direttiva 91/157/CEE, in *GUUE* L 266, p. 1. L'obiettivo primario della direttiva è ridurre al minimo l'impatto ambientale negativo delle pile e degli accumulatori nonché dei relativi rifiuti, contribuendo in tal modo alla salvaguardia, alla tutela e al miglioramento della qualità dell'ambiente. Nel contempo, è stato considerato ugualmente opportuno adottare misure comuni per armonizzare i requisiti concernenti il tenore di metalli pesanti e l'etichettatura delle pile e degli accumulatori, per assicurare il corretto funzionamento del mercato interno ed evitare distorsioni della concorrenza. La disciplina introdotta conteneva, dunque, norme votate sia alla tutela ambientale sia al corretto funzionamento del mercato interno.

³⁹ Direttiva 2009/125/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, relativa all'istituzione di un quadro per l'elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia, in *GUUE* L 285, p. 10, da ultimo modificata dalla direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, in *GUUE* L 315, p. 1. La direttiva fornisce soltanto indicazioni generali, sono previste specifiche misure di implementazione per ogni categoria di prodotto. In sintesi, ogni misura di implementazione può essere considerata uno standard particolare, che stabilisce precise indicazioni per la valutazione della conformità di una determinata categoria di prodotto. Ogni misura di implementazione prevede, per ogni categoria di prodotto, parametri minimi di prestazione energetica e regolamentazioni ambientali.

zione ambientale. Sia a seguito dell'adozione da parte dell'Unione di un atto di diritto derivato in materia ambientale sulla base dell'art. 192 TFUE che sulla base dell'art. 114 TFUE, gli Stati membri conservano il potere di mantenere o prendere provvedimenti che garantiscano un livello più elevato di tutela ambientale.

L'art. 193 TFUE prevede un mero obbligo di notifica alla Commissione da parte degli Stati membri che intendano introdurre o mantenere delle misure nazionali che garantiscano una protezione maggiore dell'ambiente raffrontata a quella stabilita degli atti adottati sulla base dell'art. 192 TFUE⁴⁰. La citata disposizione codifica la "clausola di salvaguardia" secondo la quale il diritto dell'Unione non deve essere limitativo o lesivo dei diritti dell'uomo, tra cui potremmo avanzare che rientri anche il diritto ad un ambiente salubre⁴¹.

È invece più complesso il procedimento per introdurre misure più restrittive per motivi connessi alla protezione dell'ambiente, rispetto a misure adottate sulla base giuridica dell'art. 114 TFUE. La *ratio* dell'aggravio dell'*iter* utile a poter introdurre disposizioni particolari nell'ambito di una misura di armonizzazione risiede nell'esigenza di assicurare una maggior protezione del funzionamento del mercato interno da misure nazionali che possano costituire degli ostacoli alla libera circolazione. In questo caso, le misure nazionali devono essere notificate alla Commissione, che le esamina entro un termine di sei mesi per verificare che non costituiscano uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata nel commercio tra gli Stati membri. Inoltre, le disposizioni nazionali devono essere fondate su nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente e

⁴⁰ Tali misure devono essere in ogni caso compatibili con le disposizioni dei Trattati, segnatamente i principi generali del medesimo, tra cui figura il principio di proporzionalità. Si veda in merito la sentenza Corte giust., 13 luglio 2017, C-129/16, *Túrkevei Tejtermelő Kft.*, p.to 61. Inoltre, La Corte di giustizia ha precisato che, per poter giustificare eventuali misure nazionali in virtù dell'art. 193 TFUE, gli Stati membri devono adottare la normativa particolare con l'obiettivo di perseguire i medesimi obiettivi della disciplina sovranazionale di riferimento - 26 febbraio 2015, C-43/14, *ŠKO-Energo s.r.o.*, p.to 25 - e gli Stati membri devono aver correttamente recepito la normativa di riferimento: 19 dicembre 2013, C-281/11, *Commissione c. Polonia*, p.to 111 ss.

⁴¹ V. M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *Art. 53*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1085 ss.

devono essere giustificate da un problema specifico insorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione⁴².

4. *Le nuove sfide del mercato interno per perseguire una maggiore protezione dell'ambiente*

In termini generali, l'assenza di norme che disciplinano il comportamento delle imprese potrebbe di certo consentire il miglior sviluppo della concorrenza tra le stesse; tuttavia, ciò porterebbe ad un eccessivo sfruttamento delle risorse naturali e a delle irreparabili alterazioni dell'ecosistema. Come sopra anticipato, le esigenze ambientali costituiscono delle possibili deroghe alle regole poste a tutela del mercato unico, e consentono così agli Stati di adottare delle disposizioni nazionali finalizzate a preservare l'ecosistema. Tali misure, sebbene siano conformi alle norme previste dai Trattati, comportano di fatto un diverso grado di protezione dell'ambiente nell'ambito dell'Unione europea.

Ne deriva che l'introduzione di regole comuni di ravvicinamento tra le legislazioni dei vari Stati membri finalizzate a garantire un corretto funzionamento del mercato interno, oppure di normative *ad hoc* per la tutela dell'ambiente, rappresenta in molti casi la soluzione migliore. La disciplina così introdotta deve essere basata su un elevato livello di tutela e limita peraltro la possibilità per gli Stati membri di ricorrere a misure nazionali di protezione maggiore. Del resto, dal momento che la normativa comune non introduce la maggior tutela possibile, tale possibilità è funzionale a garantire una protezione ancora più elevata e anche a introdurre dei nuovi parametri sulla base dei quali definire gli standard comuni di protezione.

Grazie alla complementarità tra integrazione negativa, integrazione positiva e le varie politiche di incentivazione, l'Unione europea persegue una politica certamente ambiziosa in materia di ambiente e clima. I principali

⁴² V. da ultimo Corte giust., 21 dicembre 2023, C-86/22, *Papier Mettler Italia*, in cui la Corte ha valutato la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa italiana che ha vietato l'uso sul suo territorio di borse di plastica in materiale leggero monouso usa e getta, fabbricate con materiali non biodegradabili e non compostabili, ma che soddisfano le altre condizioni poste dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, in *GUCE* 1994, L 365, p. 10.

obiettivi definiti del *Green deal*⁴³ sono stati raggiunti malgrado la pandemia⁴⁴, così come sono stati introdotti e anche gli strumenti per una migliore attuazione del principio «chi inquina paga», descritti nella comunicazione «Un percorso verso un pianeta più sano per tutti — Piano d'azione dell'UE: Verso l'inquinamento zero per l'aria, l'acqua e il suolo»⁴⁵.

Il *corpus* normativo adottato ha portato a importanti risultati, anche in termini di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra. Inoltre, questo comportamento virtuoso pone l'Unione europea in un ruolo di primo piano nell'azione globale a tutela del clima e determina anche dei risultati positivi in termini di emulazione sulla scena internazionale, sinteticamente definiti come “effetto Bruxelles”⁴⁶.

Tuttavia, la promozione di standard elevati di tutela autonoma rispetto ad una concertazione mondiale determina un serio rischio di rilocalizzazione da parte delle imprese europee - ossia il trasferimento della produzione verso altri paesi dove esistono normative meno stringenti - oppure di rinuncia alla produzione in favore di importazioni da paesi terzi. Fenomeno duplicemente sfavorevole, dato che non permette di raggiungere i risultati ambientali sperati e che peraltro porta ad un depauperamento della produttività del mercato interno europeo.

Per queste ipotesi, si è resa necessaria un'azione a difesa del mercato interno europeo considerato nel suo intero. In quest'ottica è stato introdotto già da venti anni il sistema ETS⁴⁷, che prevede un sistema per lo scam-

⁴³ Comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2019, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Il Green Deal europeo, COM/2019/640.

⁴⁴ Si permetta di rinviare a F. ROLANDO, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *Osservatorio europeo - Il diritto dell'Unione europea*, 2022.

⁴⁵ Comunicazione del 12 maggio 2021.

⁴⁶ Sul punto si veda F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *aisdue.eu*, 4 gennaio 2022, nonché A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles: Come l'Unione europea regala il mondo*, Milano, 2021.

⁴⁷ Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio del 24 settembre 1996, in *GUUE* L 275, p. 32, da ultimo modificata dalla direttiva (UE) 2023/959 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, recante modifica della direttiva 2003/87/CE, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, e della decisione (UE) 2015/1814, relativa all'istituzione e al funzionamento

bio di quote di emissione di gas a effetto serra e introduce una graduale tariffazione armonizzata delle emissioni per tutti quei settori ad alto inquinamento. Inoltre, recentemente è stato adottato il regolamento che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere in termini di emissioni di gas a effetto serra (CBAM)⁴⁸. Con questo strumento sarà progressivamente introdotto un sistema di adeguamento del prezzo dei beni importati per garantire un aumento del costo in ragione delle maggiori emissioni di carbonio rispetto ai prodotti interni.

Appare dunque che il percorso intrapreso dall'Unione europea per garantire una maggiore protezione dell'ambiente sia oggi ambizioso, soprattutto se confrontato con le azioni intraprese sul piano mondiale. Tuttavia, l'evoluzione della disciplina ambientale, per quanto spinta dall'impellenza di arrestare il cambiamento climatico, deve essere necessariamente contenuta con le altre declinazioni della sostenibilità, ovvero la sostenibilità economica e sociale. In questo contesto, una spinta al progresso verso l'ecosostenibilità è indotta dalla sensibilità e dalla preparazione dei consumatori nella scelta di prodotti *green*. Tale preferenza può essere guidata attraverso i marchi ambientali cui le imprese aderiscono su base volontaria (ECOLABEL, EMAS)⁴⁹. Questi ultimi sistemi hanno anche la prerogativa di permettere un agevole aggiornamento delle specifiche tecniche che garantiscono l'ecocompatibilità del prodotto o del servizio e di evitare ai consumatori di incorrere in pubblicità ingannevoli e *greenwashing*.

di una riserva stabilizzatrice del mercato nel sistema dell'Unione per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra del, 6 ottobre 2015, in *GUUE* L 130 del 16 maggio 2023, p. 134 ss.

⁴⁸ Regolamento (UE) 2023/956 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, in *GUUE* L 130, p. 52 ss.

⁴⁹ Regolamento n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, relativo al marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE), *GUUE* L 27, p. 1, modificato da ultimo dal regolamento 2017/1941 della Commissione, del 24 ottobre 2017, in *GUUE* L 275, p. 9 e regolamento n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), in *GUUE* L 342, p. 1, da ultimo modificato dal Regolamento 2018/2026 della Commissione del 19 dicembre 2018, in *GUUE* L 325, p. 18.

D'altronde, la sfida verso una effettiva ecosostenibilità può essere vinta solo attraverso un utilizzo coordinato e virtuoso di tutti gli strumenti di cui l'Unione europea dispone.

MERCATO UNICO ED ENERGIA: LA TRANSIZIONE VERSO UN NUOVO MODELLO ENERGETICO EUROPEO

Federica Eroico*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I primi passi verso un mercato interno dell'energia. – 3. La crisi energetica come incentivo alla riforma del mercato elettrico europeo. – 4. I principali obiettivi della riforma. – 5. Verso il nuovo modello energetico europeo. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

L'Unione europea ha da sempre svolto un'intensa azione in vista del conseguimento di un mercato unico dell'energia a livello europeo¹.

Invero, grazie all'azione della Comunità europea, i mercati energetici degli Stati membri, a lungo non assoggettati alle norme sul mercato comune di derivazione comunitaria, si sono aperti via via sempre più alla concorrenza.

A partire dal primo pacchetto di misure degli anni Novanta², si è infatti assistito all'adozione di molteplici norme di armonizzazione volte a consentire all'energia elettrica di circolare liberamente all'interno dell'Unione, stimolando la concorrenza transfrontaliera.

* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

¹ L. DE PAOLI (a cura di), *Regolamentazione e mercato unico dell'energia*, Milano, 1993; M. CARTA, *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Dir. un eur.*, 2003, p. 771 ss.; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia, Quali regole per il mercato del gas?*, 2014; P. MENGOZZI, *Le regole comuni per il mercato interno del gas naturale ed il principio di solidarietà energetica*, in *Dir. un eur.*, 2021, p. 285 ss.; P. THIEFFRY, *Manuel de droit européen de l'environnement et du climat*, Brussels, 2021.

² Il primo pacchetto di misure degli anni Novanta comprende la direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e la direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

Gradualmente, dunque, la disciplina europea ha subito profonde modifiche e innovazioni e sono stati fatti progressivi sviluppi nell'ottica della liberalizzazione dei mercati, al fine di migliorare la sicurezza dell'approvvigionamento, la protezione dei consumatori e favorire il conseguimento degli obiettivi di decarbonizzazione.

Gli avvenimenti degli ultimi anni, però, hanno posto in luce alcune carenze del mercato, rendendo evidente la necessità di una riforma della disciplina vigente, che vada di pari passo con il modello energetico emergente, più flessibile e basato su un maggiore ricorso alle fonti di energia rinnovabili.

Il presente lavoro, dopo un rapido accenno alle varie fasi di questo lungo (e, per certi versi, incompleto) percorso, intende operare una valutazione delle principali novità contenute nella recente proposta di riforma del mercato elettrico, al fine di evidenziarne i potenziali punti di forza e debolezza in vista del conseguimento degli ambiziosi obiettivi energetici europei.

2. I primi passi verso un mercato interno dell'energia

Il mercato interno dell'energia costituisce uno dei pilastri dell'Unione europea.

Invero, fin dagli albori del processo di integrazione, molti passi sono stati compiuti per la compiuta realizzazione dello stesso, secondo un approccio che gradualmente è progredito, fino a trasformarsi nell'elaborazione di una vera e propria politica europea per il mercato interno dell'energia.

Significativi sviluppi in materia sono derivati dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale ha introdotto, con il Titolo XXI del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, in particolare, con l'articolo 194 TFUE, un'autonoma base giuridica di una politica energetica dell'Unione, la quale mira «nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, a garantire il funzionamento del mercato dell'energia, a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione, a promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energia nuove e rinnovabili, a promuovere l'interconnessione delle reti energetiche».

Prima di addentrarsi nella riflessione sulle principali caratteristiche del modello energetico odierno, da cui discende la necessità di riformare l'assetto del mercato, appare doveroso, in via preliminare, andare a segnalare – seppur sinteticamente e senza pretesa di esaustività – quella che è stata l'evoluzione della politica europea nel settore *de qua*.

Ebbene, come noto, l'energia è stata uno dei primi settori disciplinati a livello europeo, mediante i due trattati istitutivi della CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio) e dell'EURATOM (Comunità europea dell'energia atomica).

Tuttavia, sebbene tali trattati riguardassero in modo prevalente settori energetici strategici, il Trattato istitutivo della Comunità economica europea non conteneva originariamente alcuna previsione specifica per l'energia³.

Solo il Trattato di Maastricht, per la prima volta, ha introdotto un timido riferimento in materia, con l'inserimento dell'energia tra le competenze della Comunità (art. 3, lett. t, TCE). Ciò, tuttavia, senza prevedere i poteri, gli obiettivi e le forme di esplicazione di tale competenza e dunque non consentendo di innovare in modo significativo le condizioni di esercizio della politica energetica comune e gli strumenti a disposizione delle istituzioni comunitarie⁴.

L'assenza di una specifica base normativa non ha però dissuaso le istituzioni dell'allora Comunità a intraprendere iniziative in materia, applicando al settore dell'energia le norme sul mercato interno e sulla concorrenza, ricorrendo alle basi giuridiche di settori contigui all'energia (tra gli altri, ambiente, ricerca) o, ancora, utilizzando i poteri in materia di ravvicinamento delle disposizioni nazionali e alla clausola di flessibilità (art. 308 TCE, oggi art. 352 TFUE)⁵.

³ G. NAPOLITANO, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *federalismi.it*, 2012, p. 1.

⁴ S. QUADRI, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 839; C. FELIZIANI, *The Impact of the EU Energy Policy on Member States' Legal Orders: State of Art and Perspectives of Renewable Energy in Italy and Great Britain*, in *Review of European Studies*, 2013, p. 67 ss.

⁵ M. MARLETTA, Art. 194 TFUE, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1653; O. POLLICINO, *Le energie rinnovabili nel diritto dell'Unione europea*, in E. A. CARNEVALE, P. CARROZZA, G. CERRINA FERONI, G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, R. ORRÙ (a cura di), *Verso una politica energetica integrata. Le ener-*

Fondamentale, in questo senso, è stata peraltro la qualificazione, da parte della Corte di giustizia, sin dalla celebre sentenza *Costa c. Enel*⁶, dell'energia elettrica come merce e delle attività ad essa connesse come servizi⁷. In tal modo, la Corte ha infatti reso possibile l'estensione della portata dei principi sulla libera circolazione delle merci e dei servizi in ambito energetico, consentendo di colmare l'iniziale lacuna normativa.

In particolare, i primi passi della (allora) Comunità verso il raggiungimento dell'integrazione del mercato energetico risalgono alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso. In una risoluzione del 16 settembre 1986, infatti, il Consiglio europeo già sottolineava la necessità di una «maggiore integrazione del mercato interno dell'energia liberato dagli ostacoli agli scambi, al fine di migliorare la sicurezza dell'approvvigionamento, ridurre i costi e rinforzare la competitività»⁸.

Parallelamente, l'Atto Unico Europeo del 1986, pur non contenendo norme che riguardavano espressamente l'energia, nel più ampio fine del completamento del mercato interno fissato per il 1992, ha contribuito ad accrescere le prospettive di ampliamento della disciplina comunitaria nel settore energetico, nell'ambito degli obiettivi dell'articolo 8 A, comma 2, Trattato CEE, relativi all'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne.

Rilevante, a tal proposito, è un documento dell'Unione risalente al 1988, intitolato «L'energia in Europa: il mercato interno dell'energia», nel quale si evince chiaramente l'intenzione della Commissione di declinare l'obiettivo generale del completamento del mercato interno anche nell'ambito della politica energetica⁹.

Dunque, nonostante basi giuridiche incerte e incomplete nei Trattati, l'allora Comunità ha mosso dei primi passi nell'ottica della costruzione del mercato interno, adottando misure che poi sono progressivamente evolute.

gie rinnovabili nel prisma della comparazione, 2014, p. 611.

⁶ Corte giust., 15 luglio 1964, 6/64, *Costa c. Enel*.

⁷ F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico: Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, 2020, p. 128.

⁸ GUCE, n. 241, 25 settembre 1986.

⁹ In particolare, nel documento «L'energia in Europa: il mercato interno dell'energia» veniva affermato: «Ci si deve rendere conto che un mercato dell'energia meglio integrato rappresenta un fattore aggiuntivo e significativo di sicurezza di approvvigionamento per tutti gli Stati membri [...], scopo di un mercato europeo meglio integrato dell'energia è di ridurre il costo di accesso all'energia stessa».

A partire dagli anni Novanta, infatti, il settore dell'energia elettrica è stato interessato da una profonda trasformazione finalizzata al raggiungimento di una completa liberalizzazione del mercato e alla realizzazione di un mercato unico a livello europeo¹⁰.

In particolare, il percorso volto alla realizzazione di un mercato dell'elettricità liberalizzato e interconnesso, in grado di garantire prezzi competitivi e convergenti, è stato avviato a partire dalla direttiva 96/92/CE (il c.d. Primo Pacchetto Energia), recante norme comuni sul mercato interno dell'energia elettrica, la quale mirava ad una liberalizzazione parziale e progressiva del mercato dell'elettricità lasciando ampia discrezionalità agli Stati membri al fine di aprire gradualmente i monopoli nazionali dell'energia a una maggiore concorrenza¹¹.

Le successive fasi di avanzamento¹² del processo di liberalizzazione sono state segnate dalle direttive 2003/54/CE (il c.d. Secondo Pacchetto Energia)¹³ e 2009/72/CE (il c.d. Terzo Pacchetto Energia)¹⁴. Con quest'ultima è stata istituita l'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER).

¹⁰ V. M. DE FOCATIS, *Il clean energy for all Europeans*, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, Napoli, 2019, p. 39.

¹¹ A. LA PERGOLA, *Integrazione europea e nuove prospettive dell'attuazione delle politiche comunitarie (con speciale riguardo al mercato dell'energia)*, in *Rass. Giur. Ener. El.*, 1990, p. 321 ss; F. MUNARI, *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in *Dir. un eur.*, 2006, p. 881 ss.

¹² Ulteriore importante passaggio verso la creazione di un mercato unico è il Libro Verde sull'energia, pubblicato nel 2006, il quale proponeva diverse misure volte a costituire la base per una politica energetica europea più integrata.

¹³ Sul secondo Pacchetto Energia, si veda G. BELLANTUONO, *La regolazione multi-livello nel settore dell'energia*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Corporate governance, networks e innovazione*, Padova, 2005, p. 1 ss.; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006.

¹⁴ Sul terzo Pacchetto Energia, si veda (tra gli altri) A. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del "terzo pacchetto" legislativo*, Bologna, 2009, p. 217 ss.; R. BOSCHECK, *The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality*, in *World Competition*, 2009, p. 593 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo Pacchetto Energia*, in *Giust. amm.*, 2012, p. 1 ss; R. MICCÙ (ed.), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets. Implementation of the «Third Package» and Promotion of Renewable Energy*, 2016, p. 3 ss.

Nel 2019 è stato adottato il quarto pacchetto energia, noto anche come “*Clean energy for all Europeans*”¹⁵ che, diversamente dal passato, si concentra sul mercato elettrico, escludendo il settore del gas. Scelta, questa, legata alla radicale trasformazione del settore energetico europeo degli ultimi decenni e, in particolare, del mercato elettrico.

Il quinto pacchetto energia, “*Fit for 55*”¹⁶ è stato pubblicato nel 2021 con il fine di adeguare gli obiettivi energetici dell’Unione alle nuove ambizioni europee in materia di neutralità climatica.

Dalla prima fase ad oggi l’azione dell’Unione europea si è incentrata sul raggiungimento di tre obiettivi fondamentali: la competitività, cioè la creazione di un mercato unico concorrenziale, la sostenibilità, cioè uno sviluppo capace di ridurre le emissioni dei gas serra responsabili dei cambiamenti climatici, e la sicurezza degli approvvigionamenti, necessaria in un sistema ancora oggi caratterizzato da un’eccessiva dipendenza dalle importazioni di energia¹⁷.

3. *La crisi energetica come incentivo alla riforma del mercato elettrico europeo*

Il drastico aumento dei prezzi dei combustibili fossili, dapprima causato dalla forte ripresa post-Covid e successivamente amplificato dal conflitto Russo-Ucraino, ha messo in luce la necessità di rafforzare ulteriormente il mercato unico dell’energia, riportando in auge alcune sfide che il mercato deve ancora affrontare¹⁸: la dipendenza energetica europea da forniture

¹⁵ M. DE FOCATIS, *op.cit.*; F. SCALIA, *L’efficienza energetica nell’ambito del «Clean energy for all Europeans package» e della Strategia energetica nazionale*, in *Dir. Giur. Agr. Alim. e dell’Amb.*, 2017, p. 1 ss.

¹⁶ 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.

¹⁷ F. DONATI, *La Roadmap 2050 e la governance europea dell’Energia*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2014, p. 67 ss.

¹⁸ In particolare, nella proposta di regolamento della Commissione vengono evidenziate (tra le altre) carenze relative a: strumenti insufficienti per proteggere i consumatori, comprese le imprese, dai prezzi elevati a breve termine; all’eccessiva influenza dei prezzi dei combustibili fossili sui prezzi dell’energia elettrica unitamente all’incapacità di rispec-

estere, la volatilità dei prezzi dell'energia e la necessità di accelerare la transizione energetica verso fonti rinnovabili¹⁹.

Benché, di fatto, alcuni risultati significativi siano stati ottenuti nell'ultimo decennio, i progressi dell'integrazione del mercato dell'energia elettrica sono stati lenti e, soprattutto, l'azione dell'Unione per l'affrancamento dalla dipendenza di determinate fonti energetiche non è stata particolarmente incisiva.

In tale contesto, nel mese di maggio del 2022, la Commissione ha presentato il piano d'azione REPowerEU, comprendente una serie di misure volte a raggiungere l'indipendenza energetica, diversificare le forniture, aumentare il risparmio energetico e accelerare la transizione verso l'energia pulita²⁰. Per consentire poi agli Stati membri di sostenere le imprese e i settori duramente colpiti, la Commissione ha adottato il c.d. *Temporary Crisis Framework*, un quadro temporaneo di crisi fondato sull'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE, e diretto a fornire sostegno all'economia attraverso la previsione di aiuti alle imprese. Sono state inoltre introdotte molteplici misure volte a favorire lo stoccaggio del gas²¹, a ridurre la domanda di gas²² e di elettricità²³, a rendere più snelli i processi di autorizzazione

chiare maggiormente le energie rinnovabili a basso costo e a basse emissioni di carbonio nelle bollette dell'energia elettrica; scelta limitata dei tipi di contratto dei fornitori; difficoltà di accesso diretto alle energie rinnovabili attraverso la condivisione dell'energia.

¹⁹ V. al riguardo, tra gli altri, L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018; F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico: Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, 2020, p. 333; E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubb.*, 2021, p. 415 ss.

²⁰ Per un approfondimento sia consentito il rinvio a F. EROICO, *Conflitto Russia-Ucraina: l'impatto sulle politiche energetiche in Europa e in Italia*, in AA. VV., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2022, p. 259.

²¹ Reg. (UE) n. 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.

²² Reg. (UE) n. 2022/1369 del Consiglio, del 5 agosto 2022, relativo a misure coordinate di riduzione della domanda di gas.

²³ *Ibidem*.

²³ Reg. (UE) n. 2022/1854 del Consiglio, del 6 ottobre 2022, relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia, con il quale è stato introdotto, a livello europeo, un contributo di solidarietà temporaneo, definito all'art. 2 come una «misura temporanea a fronte degli utili eccedenti delle imprese e delle stabili organizzazioni dell'Unione che svolgono attività nei settori del petrolio greggio, del gas naturale, del carbone e della raffinazione, intesa ad attenuare l'impatto sugli Stati membri, sui consumatori

delle energie rinnovabili²⁴. Il 1° febbraio 2023 poi, con la comunicazione “*A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age*”²⁵, la Commissione ha proposto diverse misure per rafforzare la competitività dell’industria europea e sostenere la transizione accelerata verso la neutralità climatica. Tali provvedimenti hanno aiutato gli Stati membri a fronteggiare le conseguenze immediate della crisi energetica.

Tuttavia, il perdurare dello stato di guerra in Ucraina e la conseguente crisi energetica, hanno reso evidente la necessità di ulteriori misure, idonee a garantire i cittadini e le imprese dai rischi di oscillazione dei prezzi dell’energia. Per tali ragioni, 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 elettrica²⁶.

In tale prospettiva, il 14 marzo 2023 la Commissione ha presentato la proposta di riforma²⁷, finalizzata ad accelerare la diffusione delle energie

e sulle imprese dell’andamento eccezionale dei prezzi nei mercati dell’energia». Il Regolamento ha previsto la possibilità, per gli Stati membri, di introdurre entro la fine del 2022 misure nazionali equivalenti. Per quanto concerne l’Italia, con la L. n. 197/22 del 2022, è stato introdotto, per l’anno 2023, quale misura interna (asseritamente) equivalente a quella prevista dal Regolamento, un contributo di solidarietà temporaneo ed eccezionale, “per i soggetti che producono, importano, distribuiscono o vendono energia elettrica, gas naturale o prodotti petroliferi”. In merito a tale contributo, si è pronunciato di recente il TAR Lazio con l’ordinanza n. 767 del 16 gennaio 2024, rimettendo alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell’art. 1, commi da 115 a 119, della L. n. 197/2022, dichiarando che il legislatore italiano ha esteso illegittimamente la platea dei soggetti passivi, ponendo il contributo a carico di soggetti anche diversi da quelli indicati nel regolamento (UE). Il Giudice amministrativo, pur consapevole che il giudizio comprenda tanto questioni di legittimità costituzionale quanto questioni di compatibilità comunitaria, ha ritenuto di sollevare questione di illegittimità costituzionale, rivolgendosi alla Consulta anziché alla Corte di giustizia dell’Unione europea, richiamando la celebre sentenza 267/2017.

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

²⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio 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.

²⁶ Nel discorso sullo stato dell’Unione del 2022 la Presidente della Commissione ha annunciato: «Occorre arginare l’influenza dominante del gas sul prezzo dell’energia elettrica. A tal fine procederemo a una riforma profonda e onnicomprensiva del mercato dell’energia elettrica».

²⁷ F. DONATI, *La proposta di riforma del mercato dell’energia elettrica dell’Unione europea*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2023, p. 2 ss.

rinnovabili e l'eliminazione graduale del gas, ridurre la dipendenza delle bollette dalla volatilità dei prezzi dei combustibili fossili e tutelare in modo migliore i consumatori dagli shock esterni dei prezzi.

Al fine di verificare se la disciplina ivi prevista riuscirà a risolvere i principali problemi che derivano dall'attuale assetto del mercato elettrico e, in particolare, a garantire una maggiore protezione dei consumatori, nelle pagine che seguono verranno esaminate le principali novità della proposta.

4. I principali obiettivi della riforma

Come anticipato, a seguito della dimensione senza precedenti della crisi dei prezzi dell'energia, l'attenzione sui mercati dell'energia elettrica dell'Unione è balzata in cima alla lista delle priorità.

Ciò ha indotto l'Unione ad intraprendere un ulteriore processo di riforma per modificare l'assetto del mercato dell'elettricità dell'Unione nella prospettiva di assicurare la sicurezza energetica, prezzi accessibili e un ulteriore impegno nelle politiche di decarbonizzazione. La riforma proposta, attraverso due regolamenti²⁸, prevede la revisione di diversi atti legislativi dell'Unione, in particolare il regolamento²⁹ e la direttiva sull'energia elettrica³⁰ il regolamento ACER³¹ e la direttiva sulle energie rinnovabili³².

Essa si basa sull'art. 194, par. 2, TFUE che fornisce la base giuridica

²⁸ 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) 148 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, COM (2023) 147 final.

²⁹ Reg. (UE) n. 2019/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sul mercato interno dell'energia elettrica.

³⁰ 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.

³¹ Reg. (UE) n. 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.

³² Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

per proporre 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.

Gli obiettivi principali della proposta sono i seguenti: proteggere i consumatori dalla volatilità dei prezzi, migliorare la stabilità e la prevedibilità del costo dell'energia, stimolare gli investimenti nelle energie rinnovabili.

Relativamente al primo obiettivo, va sottolineato – come dichiarato anche dalla Corte dei conti nel suo *special report* sull'integrazione del mercato interno dell'energia elettrica³³ – che i rischi cui è esposto il mercato dell'energia elettrica dell'Unione vengono principalmente trasferiti ai consumatori.

Per fronteggiare l'urgente necessità di una maggiore protezione degli stessi³⁴, la proposta in esame interviene concedendo loro una maggiore scelta contrattuale, migliori informazioni ed un accesso più diretto alle energie rinnovabili.

In particolare, è previsto il diritto a contratti a prezzo fisso e a prezzo dinamico, di guisa che i consumatori possano scegliere se bloccare prezzi sicuri a lungo termine – per attenuare l'impatto di aumenti improvvisi e aumentare le possibilità di riduzione dell'esposizione delle bollette dell'energia elettrica alla volatilità dei prezzi – o contratti a prezzo dinamico con i fornitori – se intendono avvalersi della variabilità dei prezzi.

Nell'ottica di garantire ai consumatori di disporre di migliori informazioni sulle offerte, all'art. 11 della direttiva (UE) 2019/944 è poi inserito il paragrafo 1 *bis* il quale dispone che: «Prima della conclusione o della proroga di qualsiasi contratto, i clienti finali ricevono una sintesi delle principali condizioni contrattuali, in maniera evidenziata e con un linguaggio semplice e conciso. La sintesi comprende almeno informazioni riguardanti il prezzo totale, le promozioni, i servizi aggiuntivi e gli sconti [...]».

Al fine di attribuire un ruolo centrale ai consumatori – nell'ottica dell'incremento della generazione distribuita legata alla crescita del modello “*prosumer*” ovvero di clienti che producono e consumano energia – è

³³ Special report: audit of EU internal electricity market integration, 03/2023.

³⁴ V. F. BARTOLINI, *Cosa resta del «consumatore» nel mercato della transizione energetica*, in M. MELI (a cura di), *La transizione verso nuovi modelli di produzione e consumo di energia da fonti rinnovabili*, Pisa, 2023, la quale parla di vulnerabilità del consumatore contemporaneo, includendo in tale categoria anche quella del consumatore del mercato in transizione verso le energie rinnovabili.

inoltre conferito il diritto a tutte le famiglie e piccole e medie imprese e a tutti gli enti pubblici «di partecipare alla condivisione dell'energia in qualità di clienti attivi»³⁵.

Tale previsione appare particolarmente positiva in quanto – ove effettivamente adottata – condurrebbe ad un maggiore accesso all'uso delle energie rinnovabili da parte dei consumatori senza la necessità di creare comunità energetiche. In tal modo potrebbero beneficiare della condivisione e dell'uso diretto dell'energia rinnovabile anche quei consumatori che, altrimenti, non avendo la possibilità di creare la comunità di energia rinnovabile, non avrebbero potuto. Ovviamente, affinché i consumatori possano svolgere un ruolo indipendente nel mercato dell'energia elettrica, in quanto *prosumer*, è necessario che tutte le informazioni pertinenti siano chiare e accessibili.

Per quanto riguarda il raggiungimento di una maggiore stabilità e prevedibilità del costo dell'energia, essenziale per tutelare famiglie e imprese, la riforma confida principalmente sull'incentivazione di strumenti contrattuali a lungo termine – sotto forma accordi di compravendita di energia elettrica, contratti per differenza e mercati a termine – diretti a favorire il disaccoppiamento tra il prezzo del gas e quello dell'energia.

I contratti bidirezionali per differenza, che la Commissione auspica diventino l'unico modo per gli Stati membri di sostenere i futuri investimenti nelle energie rinnovabili, sono definiti all'art. 2 della proposta come «contratti stipulati tra il gestore di un impianto di generazione e una controparte, in genere un ente pubblico, che offre sia la protezione della remunerazione minima sia un limite all'eccesso di remunerazione».

Tali contratti sono aggiudicati attraverso procedure di gara indette per soddisfare una determinata quantità di energia rinnovabile e conferiscono al detentore il diritto di cedere l'energia rinnovabile ad un prezzo prestabilito³⁶. Nei periodi in cui il prezzo di mercato è inferiore a quello prestabilito, i produttori ricevono dallo stato la differenza tra i due prezzi. Viceversa, quando il prezzo di mercato risulta superiore a quello prestabilito, i suddetti devono restituire agli utenti la differenza tra i due prezzi.

Questa tipologia contrattuale, in grado di garantire la certezza dei prezzi di cessione dell'energia e di assicurare una rendita fissa agli investi-

³⁵ Tale diritto è proposto nell'ambito delle modifiche alla direttiva (UE) 2019/944. In particolare, al nuovo articolo 15 *bis* rubricato "Diritto alla condivisione dell'energia".

³⁶ F. DONATI, *La proposta di riforma*, cit.

menti, potrebbe favorire la concessione dei finanziamenti necessari alla realizzazione di nuove centrali alimentate da fonti di energia rinnovabile.

Tuttavia, non può escludersi la possibilità che, nel tempo, il prezzo prestabilito possa rivelarsi eccessivamente alto rispetto all'evoluzione del prezzo di mercato. In questa ipotesi, il rischio connesso alle oscillazioni dei prezzi andrebbe a gravare sulle bollette degli utenti.

Per quanto concerne i contratti a lungo termine che bloccano i prezzi futuri (i c.d. "contratti a termine"), come affermato dalla Commissione, tale mercato presenta scarsa liquidità in molti Stati membri, ma potrebbe essere potenziato in tutta l'Unione per far sì che un maggior numero di fornitori o consumatori possa premunirsi contro l'eccessiva volatilità dei prezzi su periodi di tempo più lunghi.

A tale proposito è prevista la creazione di hub virtuali regionali per consentire la formazione di prezzi di riferimento regionali.

In questo caso il rischio è legato alla circostanza per cui un consumatore può non essere sempre in grado di acquistare l'energia elettrica per l'intero periodo, sicché questo tipo di mercato oggi risulta, in sostanza, circoscritto alle grandi imprese che possono offrire adeguate garanzie³⁷. La proposta della Commissione, al fine di ridurre il rischio per le parti e, di conseguenza, incoraggiarne la diffusione, prevede pertanto la possibilità per gli Stati membri di concedere garanzie per questo tipo di contratti³⁸.

5. Verso il nuovo modello energetico europeo

Il modello energetico tradizionale sta attraversando un periodo di importanti cambiamenti, riguardanti in particolare il graduale passaggio da

³⁷ G. ZACHMANN, C. HEUSSAFF, *Phased European Union electricity market reform*, in *bruegel.org*, 2023, p. 1 ss.

³⁸ Nella proposta si legge infatti che: «un ostacolo alla crescita di questo mercato è il rischio di credito associato al fatto che un consumatore possa non essere sempre in grado di acquistare l'energia elettrica per l'intero periodo. Per far fronte a questo problema, gli Stati membri dovrebbero garantire che le imprese che incontrano ostacoli all'ingresso sul mercato degli accordi di compravendita di energia elettrica e che non si trovano in difficoltà finanziarie abbiano accesso a strumenti volti a ridurre i rischi finanziari associati al mancato pagamento da parte degli acquirenti nell'ambito degli accordi di compravendita di energia».

un sistema centralizzato ad uno basato sulla generazione di energia distribuita.

In altri termini, il tipico sistema basato su poche mega centrali che producono una grande quantità di energia elettrica, su grandi reti di trasporto ad alta tensione – ormai obsoleto – sta cedendo il passo ad uno fondato su diffuse unità produttive (tra gli altri, campi eolici, fotovoltaici) di dimensioni ridotte collegate direttamente alle utenze e a bassa tensione³⁹.

Lo sviluppo di tale modello, orientato al raggiungimento di una rapida diffusione delle energie rinnovabili – avviato con il Green Deal e rafforzato con il REPowerEU – risulta essenziale per diminuire la dipendenza dell'Europa dai combustibili fossili e per decarbonizzare il sistema energetico.

Tuttavia, considerato che l'energia elettrica da fonti rinnovabili, diversamente dalle fonti tradizionali, si caratterizza per essere più variabile, decentralizzata e meno prevedibile, il suo maggiore sviluppo rende necessario adeguare le regole di gestione del mercato e delle reti ad un nuovo tipo di mercato, più flessibile, in cui un ruolo centrale è rivestito anche dalle tecnologie di accumulo dell'energia.

Nella proposta di riforma, alcuni segnali positivi in tal senso si intravedono nel ruolo sempre più centrale che si intende attribuire ai *prosumer* attraverso il ricorso all'autoproduzione di energia e alle comunità di energia rinnovabile. Invero, le nuove previsioni in tema di condivisione dell'energia costituiscono un importante nuovo elemento per sostenere la diffusione decentralizzata dell'energia rinnovabile, attribuendo altresì ai consumatori un maggiore controllo sulle bollette energetiche.

Nell'ottica del conseguimento di tali obiettivi, è possibile richiamare il regolamento di emergenza (UE) 2577/2022⁴⁰ – entrato in vigore il 1° gennaio 2023 e di recente prorogato – volto a istituire un quadro di accelerazione per le fonti rinnovabili, il quale ha definito «la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rin-

³⁹ G. DE MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentralizzata: il ruolo delle politiche pubbliche in un'economia circolare*, in ID. (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, cit., p. 150 ss.

⁴⁰ Reg. (UE) n. 2022/2577 del Consiglio, del 22 dicembre 2022, che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili.

novabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa, gli impianti di stoccaggio» come opere d'interesse pubblico prevalente.

Il regolamento ha dettato nuove regole per accelerare le procedure autorizzative per i progetti di energia rinnovabile e la relativa infrastruttura di rete necessaria per integrare le energie rinnovabili nel sistema.

Tali previsioni rivestono un ruolo centrale in vista dell'adeguamento delle infrastrutture di rete alle nuove esigenze derivanti dal progressivo abbandono delle tradizionali centrali a combustibili fossili e, dunque, per garantire il successo degli obiettivi di decarbonizzazione.

Per stimolare poi i consumatori a divenire autoconsumatori di energia, investendo in piccoli impianti decentrati di energia solare – che consentono di ridurre le bollette e la loro esposizione alla volatilità dei prezzi – il regolamento ha snellito le procedure autorizzative per l'installazione di apparecchiature per l'energia solare⁴¹, introducendo delle deroghe all'obbligo di effettuare valutazioni di impatto ambientale ai sensi della direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Il raggiungimento di obiettivi così ambiziosi necessita, tuttavia, anche di un massiccio coordinamento delle politiche energetiche nazionali.

Invero, interventi statali concepiti in maniera non coordinata determinano distorsioni del mercato, con conseguenze negative per gli investimenti e gli scambi transfrontalieri. Del resto, tradizionalmente questo è il problema quando si discorre di politica energetica comune europea.

Problema derivante dallo stesso Trattato che, pur avendo introdotto, con l'articolo 194 TFUE, una solida base giuridica di una politica energetica dell'Unione, ha riconosciuto, allo stesso tempo, la sovranità degli Stati membri su alcuni profili importanti di questa. Sebbene, infatti, ai sensi del primo comma della citata disposizione il legislatore europeo sia chiamato a deliberare le misure necessarie per il raggiungimento degli obiettivi, l'articolo 194, paragrafo 2, specifica che gli atti dell'Unione non possono incidere «sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra le varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico». Situazione, questa, che alimenta la forte tensione tra l'idea di un comune approccio dell'Unione e quello nazionale basato sugli interessi dei singoli Stati.

Come sottolineato da autorevole dottrina⁴², è possibile ipotizzare che le

⁴¹ Reg. (UE) n. 2577/2022, cit., art. 4.

⁴² L. AMMANNATI, *La transizione dell'Unione Europea verso un nuovo modello energe-*

competenze in materia di energia si intersechino tra di loro e si connettano come i tasselli di un puzzle, ove gli interessi divergenti dei diversi attori si combinano tra di loro e producono una forte intersezione che rappresenta il tessuto di ogni politica, come quella delle rinnovabili, per l'efficienza energetica o per la sicurezza degli approvvigionamenti.

Anche la recente proposta di riforma – con la previsione di numerosi e diversi strumenti per rispondere ai divergenti interessi nazionali – lascia gli Stati membri liberi di scegliere, tra diverse opzioni, l'insieme di misure ritenute più adeguate al raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

Al considerando 36 si legge infatti: «[...] è opportuno lasciare gli Stati membri liberi di scegliere gli strumenti che intendono usare per centrare gli obiettivi di decarbonizzazione».

Ora, se è vero che gli Stati membri devono continuare a poter godere di un margine di discrezionalità per adattare la propria politica energetica e il relativo mix energetico alle specificità nazionali, è pur vero che questa discrezionalità potrebbe essere modulata in modo tale da risultare più compatibile, adeguata e funzionale alle necessità di integrazione del mercato, di rafforzamento della concorrenza e di conseguimento degli obiettivi energetici e climatici a livello europeo⁴³.

In un contesto in cui è ancora alto il tasso di dipendenza energetica dell'Unione, le scelte dei singoli Stati hanno infatti un impatto significativo sull'approvvigionamento di energia dell'Unione nel suo complesso⁴⁴. In tale prospettiva e, in particolare, nell'ottica di un ripensamento delle politiche dell'energia con una maggiore valorizzazione di un approccio comune europeo, è auspicabile l'adozione di misure che possano garantire un più intenso e stretto coordinamento tra le politiche degli Stati membri in materia di energia.

tico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato, in *Energia, ambiente e innovazione*, 2018, p. 86 ss.

⁴³ S. S. HAGHIGHI, *Energy security and the division of competences between the European Community and its Member States*, in *ELJ*, 2008, p. 461 ss.

⁴⁴ V. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in AA.VV., *Quaderno AISDUE*, Serie speciale, Atti del convegno "l'Unione europea dopo la pandemia", Bologna, 4-5 novembre 2021, Napoli, 2022, p. 119 ss., il quale ritiene in proposito che il riconoscimento della libertà di determinare la composizione delle proprie fonti energetiche lascia irrisolta la questione del nucleare e certifica la difficoltà di dare origine a un'armonizzazione, sia pure minima, delle normative nazionali in materia.

E, addirittura, approfittando delle imminenti elezioni europee, avviare una riflessione sull'opportunità di procedere ad una modifica dell'articolo 194 TFUE, al fine di diminuire gli spazi di discrezionalità degli Stati membri o, quantomeno, i casi in cui questi ultimi possono esercitare il potere di veto.

6. *Considerazioni conclusive*

Le misure attuate dalla Commissione europea per fronteggiare la crisi e, tra queste, la proposta di riforma, complessivamente considerate, appaiono un adeguato primo passo nella realizzazione del sistema energetico di domani, che dovrebbe essere incentrato sui consumatori, basato principalmente sulla produzione di energia da fonti rinnovabili e decarbonizzato.

Se, infatti, la riforma verrà approvata, ai consumatori sarà garantita una maggiore protezione grazie all'introduzione dei nuovi diritti e all'opportunità 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.

Essa potrebbe dunque offrire maggiori garanzie contro il rischio di oscillazioni dei prezzi dell'energia nei periodi di crisi e, parallelamente, incentivare lo sviluppo delle centrali alimentate da fonti rinnovabili.

Come sopra segnalato, i mercati dell'energia elettrica devono essere adattati a una quota elevata di energie rinnovabili e di conseguenza è necessario che siano fatti passi in avanti per adeguare il mercato alle nuove condizioni⁴⁵. In tale prospettiva, è importante che la Commissione monitori gradualmente e progressivamente gli effetti della riforma, che richiederà molto tempo per essere efficace.

Il mercato dell'energia elettrica si trova infatti al centro di un cambiamento di paradigma che è lontano dall'essere completo ed esigerà sicuramente ulteriori aggiornamenti nei prossimi anni, considerato che nel frattempo, presumibilmente, sopraggiungeranno ulteriori esigenze di cui il legislatore europeo sarà chiamato a farsi carico.

Evidente è la necessità di un impegno collettivo per un mercato unico

⁴⁵ V. S. MARINO, *La valorizzazione dello sviluppo sostenibile nella politica di concorrenza dell'Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2022, p. 633 ss.

dell'energia, fondato su un più stretto coordinamento e su una responsabilità congiunta degli Stati membri e dell'Unione, al fine di sfruttarne a pieno il potenziale.

A tal fine, un intervento dell'Unione più penetrante, per affrontare le carenze dell'attuale assetto del mercato dell'energia elettrica, appare necessario per evitare che gli interventi dei singoli Stati membri continuino a creare un sistema frammentato.

Ad oggi, la strada da percorrere per il *single market* nel settore dell'energia sembra tracciata, ma stenta a vedersi l'orizzonte, perlomeno nel futuro più prossimo.

LA DIGITALIZZAZIONE IN AMBITO SANITARIO: NUOVE PROSPETTIVE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rossella Benassai*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La nuova proposta di regolamento: “lo spazio europeo dei dati sanitari”. – 3. Il bilanciamento tra il diritto alla salute e la tutela della *privacy*: il RGPD e i principali riferimenti ai dati sanitari. – 4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul risarcimento dei danni per trattamento illecito di dati sanitari: due recenti pronunce. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

La digitalizzazione e la condivisione dei dati sanitari nell'Unione europea hanno assunto crescente importanza, in quanto è opinione oramai condivisa che possano migliorare l'efficienza dei servizi sanitari, la ricerca medica e la gestione delle malattie. Tant'è che lo scambio di informazioni con riferimento al trattamento sanitario ha creato non solo percorsi diagnostici e terapeutici più aderenti alle necessità dei pazienti, ma ha reso altresì più facile e veloce condurre progetti connessi allo studio delle patologie, nonché la ricerca e lo sviluppo di nuove cure.

Invero, l'accelerazione impressa dalla transizione digitale anche in questo settore ha portato in evidenza l'esigenza di oltrepassare i confini (e dunque i limiti) del singolo sistema informativo, basato sulla gestione di episodi clinici di uno specifico istituto o di una determinata azienda ospedaliera, per proiettare il trattamento di tali informazioni su larga scala. In tal modo, essi sono stati resi disponibili a un pubblico più ampio ed è stato anche possibile ammortizzare i costi di acquisto e manutenzione di talune sofisticate infrastrutture digitali per la raccolta, l'archiviazione e la gestione di esse.

In questa scia si inserisce la proposta della Commissione europea, del 3 maggio 2022, volta a creare uno “spazio europeo dei dati sanitari” (di seguito anche EHDS), che ha raggiunto in data 15 marzo 2024 l'accordo

* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Napoli “Federico II”.

politico tra Parlamento e Consiglio¹, prefiggendosi di rendere più semplice l'accesso e lo scambio dei dati sanitari a livello europeo². Più precisamente, tale iniziativa legislativa intende migliorare le funzioni del mercato interno, uniformando il più possibile il quadro normativo dei dati sanitari, principalmente in materia di sviluppo, commercializzazione e digitalizzazione dei sistemi di cartelle cliniche elettroniche. In questo spazio sarà promosso il flusso transfrontaliero dei dati sanitari elettronici e favorito un autentico mercato interno dei prodotti e dei servizi di sanità digitale. Le cartelle dei pazienti, le prescrizioni elettroniche, i risultati di laboratorio e le schede di dimissione saranno disponibili in un formato europeo comune, che potrà essere condiviso con gli operatori sanitari sul territorio nazionale e anche oltre confine.

Nondimeno, la realizzazione di uno spazio europeo dei dati sanitari deve fare i conti con le differenze tra i sistemi sanitari nazionali e con le preoccupazioni sulla sicurezza dei dati. Ciò significa che, per consentire la condivisione dei dati sanitari tra gli Stati membri, è essenziale garantire l'interoperabilità transfrontaliera, ovvero, i sistemi elettronici devono essere in grado di comunicare e scambiare informazioni in modo armonizzato. Ma soprattutto la priorità fondamentale, nell'ambito della digitalizzazione

¹ Comunicazione della Commissione europea sull'accordo politico tra Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea sul EHDS, del 15 marzo 2024, Bruxelles.

² L. UCCELLO BARRETTA, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *federalismi.it*, n. 19, 2014, p. 1 ss.; F. BESTAGNO, *Il "battesimo del fuoco" della direttiva sui prodotti del tabacco, tra esigenze di armonizzazione e di tutela della salute pubblica*, in *European Papers*, 2016, p. 1087 ss.; G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione Europea e salute principi, azioni, diritti e sicurezza*, Milano, 2019, p. 35 ss.; G. RICHTER, C. BORZIKOWSKY, B. FRANZISKA HOYER, M. LAUDES, M. KRAWCZAK, *Secondary research use of personal medical data: patient attitudes towards data donation*, in *BMC Medical Ethics*, 2021, p. 1 ss.; S. CORSI, *Lo spazio europeo dei dati sanitari: la Commissione Europea presenta la proposta di regolamento*, in *federalismi.it*, 2022; J. VUKOVIC, D. IVANKOVIC, C. HABL, J. DIMNJAKOVIC, *Enablers and barriers to the secondary use of health data in Europe: general data protection regulation perspective*, in *Archives of Public Health*, 2022, p. 1 ss.; V. CIMINA, *The Proposal for a European Health Data Space: between pursued objectives and data protection challenges*, in *ERA*, 2023, p. 341; R. VAN KESSEL, M. HAIG, E. MOSSIALOS, *Strengthening Cybersecurity for Patient Data Protection in Europe*, in *Journal of medical internet research*, 2023, p. 1 ss.; per maggiori approfondimenti si veda il testo della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, COM(2022) 197 final; allegati del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, COM(2022) 197 final.

sanitaria, concerne la protezione dei dati personali e la *privacy*, attualmente, affidate al Regolamento generale sulla protezione dei dati (RGPD) che, però, non offre un sistema di tutela sufficientemente concreto, efficace e interoperabile.

2. La nuova proposta di regolamento: “lo spazio europeo dei dati sanitari”

Come noto, il riparto delle competenze in ambito di salute pubblica oscilla tra quelle concorrenti e quelle complementari, a seconda degli aspetti a cui esse ineriscano. Segnatamente, alla luce dell’art. 4 par. 2, lett. *k*) del TFUE i «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica», come pandemie e bioterrorismo, rientrano nell’ambito delle competenze concorrenti. Diversamente, secondo quanto enunciato nell’art. 6 TFUE, tutte le ipotesi di «miglioramento della salute umana» rientrano nell’ambito delle competenze complementari, assegnando all’Unione un’azione soltanto integrativa ed eventuale rispetto all’attività svolta dai singoli Stati membri³.

In questo ambito, considerato per l’appunto debole, è testualmente esclusa, dagli artt. 2, par. 5, comma 2 e 168, par. 5, l’armonizzazione delle leggi nazionali in materia di salute pubblica, sebbene una giurisprudenza ormai consolidata consenta l’utilizzo dell’art. 114 TFUE⁴.

Ed è proprio su tale disposizione, oltre che sull’art. 16 TFUE, che trova la sua base giuridica l’EHDS. Tale duplicità è legittimata dal fatto che l’atto mira a raggiungere simultaneamente due scopi indissolubilmente collegati tra loro, senza che uno dei due svolga una funzione secondaria e ancillare rispetto all’altro.

Segnatamente, l’art. 16 TFUE inerisce alla tutela dei dati di carattere personale che riguardano ciascun individuo. In particolare, come noto, il Parlamento e il Consiglio possono fissare norme che garantiscono la protezione delle persone fisiche in riferimento al trattamento personale dei dati

³ P. DE PASQUALE, *Le competenze dell’Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, 2020, p. 2295; F. ROLANDO, *L’emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell’Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *Eurojus.it*, 2020, p. 1 ss. C. PESCE, *Sanità*, in *Manuale di diritto dell’Unione europea*, G. TESAURO (a cura di), vol. II, Napoli, 2021, p. 469 ss.

⁴ Corte giust., 5 ottobre 2000, C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, p.to 88.

da parte di istituzioni, organismi e organi dell'Unione, e anche da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati⁵.

L'utilizzo aggiuntivo dell'art. 114 TFUE⁶ si giustifica, invece, in virtù del fatto che lo spazio europeo dei dati sanitari è diretto a migliorare il funzionamento del mercato interno mediante il ravvicinamento delle norme nazionali. Difatti, numerose sono le difformità tra i vari Stati membri, poiché alcuni, diversamente da altri, hanno posto in essere sistemi di certificazione nazionale per l'accesso a cartelle cliniche elettroniche. Inevitabilmente tali differenze legislative hanno condotto ad una frammentazione normativa nel mercato interno e a prassi differenti tra gli Stati membri; pertanto, la scelta di armonizzare la normativa a livello europeo costituisce un'esigenza concreta e improcrastinabile⁷.

Sotto il profilo formale, va evidenziato che la scelta di introdurre tale proposta legislativa attraverso un regolamento è giustificata dalla necessità di costruire un'architettura normativa uniforme che tuteli direttamente i diritti delle persone fisiche e limiti al minimo la frammentazione nel mercato unico digitale⁸.

Sotto il profilo sostanziale, poi, le principali innovazioni di tale provvedimento sul mercato unico europeo concernono, in primo luogo, la realizzazione di un accesso più rapido e facile ai dati sanitari elettronici, indipendentemente dal luogo in cui si trovino le persone fisiche (nel proprio

⁵ Si veda l'art. 16 TFUE.

⁶ In tal senso si veda P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *Art. 114 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1262 ss.

⁷ COM(2022) 197 final, cit.: «A questo proposito, l'articolo 114, paragrafo 3, TFUE dispone esplicitamente che, nel realizzare l'armonizzazione, sia garantito un livello elevato di protezione della salute umana, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Tale base giuridica è pertanto appropriata anche ove ci fosse un'azione connessa all'ambito della protezione della salute pubblica. Ciò inoltre rispetta pienamente l'articolo 168, che stabilisce che deve essere conseguito un alto livello di protezione della salute umana in tutte le politiche dell'Unione, rispettando al contempo la responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica».

⁸ COM(2022) 197 final, cit.: «non si è optato per una direttiva, poiché tale strumento giuridico consentirebbe divergenze di attuazione e un mercato frammentato che potrebbero compromettere la protezione e la libera circolazione dei dati personali nel settore sanitario».

Paese o in un altro Stato membro). Ciò avvantaggerà i pazienti che, attraverso la fruibilità di informazioni più complete e immediate, potranno ottenere una migliore assistenza sanitaria e scegliere trattamenti medici più consapevoli.

Verrà altresì ampliata la piattaforma “MyHealth@EU”, ideata per incentivare lo scambio transfrontaliero di dati sanitari elettronici. Tale piattaforma, attualmente, fornisce soltanto due servizi: ricette elettroniche, consentendo ai cittadini dell’UE di ottenere medicinali in farmacie situate in un altro Stato membro, (grazie al trasferimento della ricetta elettronica dal Paese di residenza) e informazioni relative al profilo sanitario sintetico del paziente, rendendo noti importanti aspetti legati alla sua salute, come allergie, farmaci assunti, patologie preesistenti, interventi chirurgici, ecc.

Il nuovo regolamento consentirà ai cittadini dell’Unione di accedere e condividere i propri dati riguardanti anche i referti, i risultati di laboratorio e le lettere di dimissione ospedaliera che saranno poi integrati nella cartella clinica completa. Gli Stati membri, per dare adeguata attuazione alle nuove disposizioni, saranno tenuti ad istituire un’autorità di sanità digitale.

In secondo luogo, verrà implementato il settore della ricerca, mediante l’accesso a tipi specifici di dati sanitari sicuri anonimizzati, che sarà fornito agli studiosi tramite la nuova piattaforma “HealthData@EU”; questa consentirà loro, infatti, di sfruttare l’enorme potenziale dei dati sanitari dell’UE per orientare l’analisi scientifica, sviluppare cure più efficaci e migliorare l’assistenza ai pazienti. Il funzionamento della piattaforma verrà realizzato mediante un progetto biennale che faciliterà l’uso transfrontaliero dei dati sanitari per gli scopi secondari di ricerca⁹ e trarrà pieno vantaggio dai servizi “eDelivery Building Block”.

La Commissione europea fornirà i servizi centrali per tale progetto, mentre le autorità nazionali saranno chiamate a sovvenzionare gli utenti finali e gli organismi di accesso ai dati sanitari. Il progetto pilota svilupperà e gestirà una rete di cd. “nodi” che rappresentano diversi intermediari, titolari e consumatori di dati. Essa verrà supportata da servizi centrali garantiti dagli Stati membri e dalla Commissione europea.

⁹ I dati sanitari vengono classificati come primari e secondari a seconda che la necessità della raccolta e del trattamento sia eseguita per finalità di ricerca, esigenze strettamente mediche, quali la fornitura di servizi assistenziali, ovvero che l’utilizzo sia completamente estraneo a quello per cui tali dati erano stati originariamente raccolti.

3. *Il bilanciamento tra il diritto alla salute e la tutela della privacy: il RGPD e i principali riferimenti ai dati sanitari*

La proposta di regolamento EHDS si propone, dunque, l'ambizioso obiettivo di garantire che lo spazio europeo dei dati sanitari si sviluppi in un ambiente affidabile, con un accesso sicuro come punto centrale.

Infatti, tale spazio costituisce un ecosistema unico per la sua struttura, regole, norme e pratiche comuni, dove la fiducia tra gli attori coinvolti svolge un ruolo cruciale, ed è in quest'ottica che la proposta mira a rafforzare la tutela dei diritti già riconosciuti ai cittadini dal RGPD, in relazione al trattamento dei dati sanitari. Le norme della proposta di regolamento si incastrano così perfettamente con quelle del RGPD, riflettendo l'importanza di mantenere la coerenza normativa e la protezione della *privacy* all'interno di tale contesto. Esse garantiscono il diritto di accedere ai dati da parte degli interessati (art. 15 RGPD), ma altresì il diritto alla portabilità (art. 20 RGPD) che, anzi, risulta potenziato in virtù della rete che lo spazio unico sanitario è diretta a costruire e dell'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari che dovrà governarla. Peraltro, mira ad includere, nell'ambito di applicazione del diritto alla portabilità, i dati "desunti", esclusi ai sensi del RGPD che limita la possibilità di utilizzo di dati trattati sulla base del consenso o di un contratto. Molti dei dati relativi alla salute non rientrano, quindi, nell'ambito di applicazione del RGPD.

Così, il quadro di tutele dovrebbe rispondere ad esigenze "nuove" determinate, cioè, dall'applicazione sempre più diffusa della tecnologia digitale.

Il *corpus* normativo principale resta comunque quello ben delineato dal RGPD, a cui le disposizioni della proposta andrebbero a sommarsi in un'operazione di mero completamento.

Pertanto, il bilanciamento tra la libera circolazione dei dati sanitari e la tutela della *privacy* resta assicurato dal RGPD, che riserva un'attenzione specifica ai dati sanitari, classificandoli come "dati sensibili"¹⁰. Ai sensi

¹⁰ Art. 9 reg. (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sulla protezione dei dati, in GUUE L. 119, p. 1: «è vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dei dati personali biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita

dell'art. 4, n. 15, del suddetto regolamento, i dati sanitari sono tutti quei dati personali relativi ad un individuo e che ineriscono alla sua salute mentale e fisica. Rientrano in tale categoria anche le prestazioni di servizi e assistenza sanitaria che detengono informazioni sullo stato di salute del paziente.

Tale articolo va letto in combinato disposto con il considerando 35 RGPD che annovera tra i dati sensibili anche le informazioni passate e future sullo stato di salute del soggetto, quali una malattia o il semplice rischio della stessa, «una disabilità, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato»¹¹.

Purtuttavia, sebbene l'obiettivo del RGPD non sia (ovviamente) quella di rendere la condivisione dei dati e la ricerca più difficili, spesso la sua interpretazione e attuazione ne hanno rallentato il processo¹². Più precisamente, esso è stato considerato un fattore abilitante all'uso secondario dei dati sanitari in Europa, soprattutto con riferimento ai diritti degli utenti sui propri dati, alle leggi preesistenti in materia di *privacy*, alla condivisione dei dati e di statistiche anonime, o allo sviluppo di nuovi approcci di analisi dei dati. Ma altresì un ostacolo all'uso secondario degli stessi in relazione ai dati identificabili a livello individuale, che esporrebbero maggiormente il singolo, alla loro condivisione, ai tempi necessari per completarne il processo, alle differenze con le legislazioni locali, alle interpretazioni diverse (e più rigide) sull'accesso agli stessi¹³.

sessuale o all'orientamento sessuale della persona». Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi (...).

¹¹ Reg. (UE) 2016/67, cit., art. 4 n. 15.

¹² Dall'esame dell'articolo 14 della direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera si rileva che gli strumenti fino a questo momento adottati, non hanno prodotto i risultati desiderati, poiché non vincolanti dunque non determinando un certo grado di incisività. Invero, fino a questo momento l'accesso e l'utilizzo dei propri dati sanitari da parte delle persone fisiche presentano carenze nell'interoperabilità dei sistemi informativi utilizzati nel settore sanitario. Anche se sono disponibili in formato elettronico, i dati sanitari solitamente non accompagnano le persone fisiche quando queste ricorrono ai servizi di un prestatore di assistenza sanitaria differente.

¹³ L'attuazione del RGPD è stata resa più immediata e semplice nei Paesi che già presentavano una legislazione in materia di *privacy* e condivisione dei dati, mentre i Paesi non dotati di leggi preesistenti in materia di *privacy* e condivisione dei dati hanno implementato il nuovo regolamento. Il RGPD abilita, delimita ed incentiva attivamente la condivisione di statistiche anonime, mentre rende più difficoltosa la condivisione di dati identificabili. Il RGPD rende più difficile la condivisione dei dati per scopi scientifici, in quanto limita al-

Non stupiscono, pertanto, i problemi che sono sorti in fase ermeneutica, allorché gli Stati membri sono stati chiamati a darne attuazione corretta. Paradossalmente, gli Stati hanno fornito, talvolta, interpretazioni più severe di quanto invece è previsto dallo stesso regolamento, ponendosi addirittura in contrasto con lo stesso.

Numerose restano, dunque, le preoccupazioni sulla sicurezza dei dati, soprattutto a causa delle differenze tra i sistemi sanitari nazionali e della diversa interpretazione fornita dalle autorità nazionali.

4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul risarcimento dei danni per trattamento illecito di dati sanitari: due recenti pronunce

Non stupisce, quindi, che la proposta di regolamento EHDS si proponga di valorizzare e potenziare un sistema suscettibile di migliorare ancora sotto molteplici profili. Tra questi non vi è dubbio che un ruolo di primo piano è giocato dalle disposizioni sul risarcimento dei danni per trattamento illecito dei dati sanitari.

Se, invero, ai sensi dell'art. 9 RGPD, il trattamento di dati sanitari è consentito soltanto se ci sono basi giuridiche specifiche (come il consenso esplicito dell'interessato o la necessità di trattare tali dati per scopi medici) e i dati sanitari devono essere conservati in modo sicuro e solo per il tempo necessario a raggiungere gli scopi per cui sono stati raccolti, è chiaro che, qualora un individuo subisca danni a causa di una violazione della *privacy* dei dati sanitari, può avere il diritto di avanzare richieste di risarcimento danni al titolare del trattamento (o al responsabile del trattamento) che può essere riconosciuto responsabile dei danni materiali e morali subiti (art. 82 RGPD).

Si tratta di un terreno molto scivoloso, in cui molteplici sono gli elementi che vanno considerati (la natura, la gravità e la durata della violazione, il nesso di causalità tra violazione dell'obbligo e il danno subito dal soggetto leso, se ricorre dolo, quali erano le misure adottate per attenuare

cuni progetti a condividere solo i dati aggregati per evitare di condividere le informazioni individuali e le sfide che ne derivano. I soggetti terzi potranno utilizzare tali dati solo in forma aggregata, J. VUKOVIC, D. IVANKOVIC, C. HABL, J. DIMNJAKOVIC, *Enablers and barriers to the secondary use of health data in Europe: general data protection regulation perspective*, cit., 2022, p. 16 ss.

il danno, il grado di responsabilità o eventuali precedenti violazioni pertinenti) e che hanno già dato luogo a dibattiti dottrinali e a pronunce della Corte di giustizia, chiamata anche di recente a fornire chiarimenti sulla portata dell'art. 82 RGPD e sul diritto al risarcimento per danni subiti da un singolo a seguito del trattamento dei suoi dati sanitari.

In particolare, nella causa C-667/21, ZQ¹⁴, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul caso di un lavoratore che conveniva in giudizio il suo datore di lavoro richiedendogli un risarcimento del danno, giacché lamentava il trattamento illecito di suoi dati sensibili. Precisamente, egli riteneva che la perizia sul suo stato di inabilità dovesse essere svolta da un servizio medico e non direttamente dal suo datore di lavoro, ovvero dal servizio medico di una cassa di malattia che aveva a sua volta ricevuto tali informazioni dal medico curante. Il lavoratore voleva evitare, di fatto, che i colleghi potessero avere accesso immediato alle sue informazioni personali, considerate le inadeguate misure di sicurezza degli archivi.

La Corte, dopo aver ritenuto che l'ipotesi di specie rientrasse perfettamente nell'ambito di applicazione delle deroghe al divieto di utilizzo di dati sensibili prevista dall'art. 9, par. 2, lett. b)¹⁵, si è pronunciata sulla richiesta di definire il carattere preventivo speciale o generale dell'art. 82, valutando in caso affermativo anche la colpa dei responsabili del trattamento o del titolare dello stesso, al fine di quantificare il danno subito.

Essa ha posto l'accento sulla funzione compensativa e non più dissuasiva o punitiva del risarcimento, affermando che il regime di colpa presunta è a carico del titolare o responsabile del trattamento dei dati, non-

¹⁴ Corte giust., 21 dicembre 2023, C-667/21, ZQ., nel caso di specie: si riferiva ad un lavoratore tedesco che impegnato presso il servizio informatico MDK, aveva visto sospesa la propria attività lavorativa per motivi di inabilità al lavoro, continuando ovviamente a percepire retribuzione. Al termine dei primi sei mesi, al fine di potergli attribuire determinate indennità di malattia, la cassa di assicurazione malattia obbligatoria richiedeva al MDK (datore di lavoro del richiedente) una perizia sul suo stato di salute. Quest'ultimo era così riuscito ad effettuarla mediante un colloquio col medico curante del signor ZQ. Lo stesso era però riuscito ad ottenere, da un'amica del servizio informatico del MDK, le prove fotografiche della relazione della perizia contenute negli archivi dello stesso.

¹⁵ Art. 9 par. 2, lett. b): «Il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3».

ché ha precisato che il grado di colpa non rileva per la quantificazione del danno.

In sostanza, la Corte ha ampliato la nozione di danno, ritenendo che esso non riguardi soltanto la perdita economica, ma comprenda anche aspetti immateriali, come lo stress psicologico, la violazione della dignità personale o la perdita del controllo sui propri dati personali.

È evidente che tale orientamento, invertendo l'ordinario onere della prova – nel senso che il soggetto danneggiato deve provare esclusivamente la violazione e il danno, mentre il titolare (o responsabile) deve provare di non essere responsabile di quanto accaduto¹⁶ – presta il fianco ad un ampliamento dello spettro di richieste di risarcimento che graveranno numerose sui titolari dei dati.

Un altro profilo sul quale è stata richiamata l'attenzione della Corte, strettamente collegato a quello appena esaminato, riguarda il diritto di ottenere gratuitamente una prima copia dei dati oggetto di trattamento.

Specificatamente, nel caso *FT (Copies du dossier médical)*¹⁷, la Corte ha chiarito che il RGPD sancisce il diritto del paziente di ottenere copia della cartella per la prima volta senza che ciò comporti spese e senza che il paziente sia tenuto a motivare la propria richiesta. E ha pure stabilito che il medico può esigere il pagamento soltanto se il paziente fa richiesta di una seconda copia.

In particolare, la Corte ha affermato che le norme nazionali, in questo caso contenute nell'art. 630g, par. 2, del codice civile tedesco (*BGB*), non possono porre a carico di un paziente le spese della prima copia della sua cartella medica, nemmeno per tutelare gli interessi economici dei professionisti. Il medico deve essere considerato titolare del trattamento dei dati personali del suo paziente e, in quanto tale, dovrà fornire gratuitamente tutti i dati sanitari comprensivi di informazioni quali le diagnosi, gli esiti degli esami, i pareri dei medici curanti, nonché eventuali terapie o interventi praticati.

È opportuno specificare che la paziente aveva richiesto l'accesso alla sua cartella clinica, al fine di far valere la responsabilità del medico per un presunto danno ortodontico; dunque, si trattava di un utilizzo secondario dei dati sanitari.

Invero, la sentenza supera un certo scetticismo nell'utilizzo di tale cate-

¹⁶ *ZQ*, cit., p.to 93.

¹⁷ Corte giust., 26 ottobre 2023, C-307/22.

goria di dati che, ai sensi dell'art. 63 RGPD, è consentito esclusivamente per essere consapevole del trattamento e verificarne la liceità. Ma la Corte, attraverso un'interpretazione estensiva, ne ha esteso l'ambito di applicazione, stabilendo che gli artt. 12 par. 5, 15 par. 1 e 3, RGPD devono essere letti nel senso che «l'obbligo di fornire all'interessato, a titolo gratuito, la prima copia dei suoi dati personali oggetto di trattamento grava sul titolare dello stesso, anche qualora tale richiesta (nel caso di specie di natura secondaria), sia motivata da uno scopo estraneo a quelli indicati al considerando 63 del GDPR¹⁸».

5. Conclusioni

Alla luce delle brevi considerazioni svolte, risulta evidente che l'idea di istituire uno spazio comune europeo in materia di dati nasce, principalmente, dall'esigenza di tutelare maggiormente le persone fisiche nell'utilizzo dei propri dati sanitari. Difatti, nonostante molte garanzie siano già assicurate dalle disposizioni del RGPD, queste non sembrano sufficientemente adeguate, poiché gli Stati membri le hanno interpretate e attuate in maniera disomogenea.

Al di là dell'incertezza giuridica, che ha creato ostacoli anche nell'uso secondario dei dati sanitari elettronici, tale disomogeneità è risultata grave sia per i pazienti che non hanno potuto beneficiare di cure innovative, sia per gli Stati membri che non hanno potuto reagire in modo efficace alla pandemia da Covid-19. Oltretutto, le norme differenziate e le limitazioni di interoperabilità delle disposizioni del RGPD comportano costi aggiuntivi per gli utenti di servizi di sanità digitale che operano in uno Stato membro e che vogliono accedere a servizi sanitari di un altro Stato.

Ne consegue che grandi aspettative sono riposte nell'entrata in vigore del regolamento EHDS, al fine di uniformare il livello di digitalizzazione dei dati sanitari europei, che ne favorirà lo scambio ancora molto limitato.

Purtuttavia, numerose rimangono le questioni ancora da risolvere.

In realtà, la realizzazione della sanità digitale dovrebbe essere integrata

¹⁸ Corte giust., 12 gennaio 2023, C-154/21, *Österreichische Post*, p.to 29: «al fine di interpretare una disposizione del diritto dell'Unione occorre tener conto non soltanto della sua formulazione, ma anche del contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte».

in un piano globale e prospettico di gestione sanitaria, finalizzato a ridurre al minimo i pericoli legati alla sicurezza informatica e a favorire una condivisione selettiva delle informazioni per sostenere la ricerca. Il piano dovrebbe essere accompagnato e sostenuto da precauzioni adeguate a prevenire qualsiasi rischio di riconoscimento dei soggetti interessati. In questo contesto ancora indefinito, è innegabile che il rispetto delle normative sulla *privacy* e dei suoi principi fondamentali possa costituire il fulcro centrale attorno al quale può evolversi uno spazio europeo dei dati sanitari. Questo spazio dovrebbe coniugare la tutela della salute, quale diritto fondamentale individuale, con l'interesse collettivo a fornire risposte immediate a situazioni comuni nell'ambito della sanità pubblica, come è avvenuto durante l'emergenza pandemica, nel rispetto costante della centralità della persona e della sua dignità.

Non va comunque sottovalutata l'accelerazione che lo spazio europeo dei dati sanitari potrà imprimere all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali e all'agenda digitale dell'UE, migliorando complessivamente il funzionamento del mercato interno.

VALORIZZAZIONE DEL BENE DEMANIALE E INDENNIZZO DEI CONCESSIONARI BALNEARI

Andrea Circolo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'indennizzo a favore dei concessionari "prorogati". – 3. La previsione di un indennizzo nei bandi di gara: possibili soluzioni. – 4. Una riflessione conclusiva.

1. *Introduzione*

Il tema delle concessioni demaniali marittime rappresenta ancora una fonte di interrogativi più che di risposte esaustive, ancorché sia, da tempo, oggetto di importanti pronunce giurisprudenziali e di un acceso dibattito scientifico. Difatti, malgrado sia oramai indiscussa la necessità di adattare l'ordinamento interno alle regole di concorrenza imposte dal diritto dell'Unione, il legislatore continua a ritardare l'adozione di un modello normativo che consenta alle imprese di settore di competere a parità di condizioni nel mercato comune.

L'individuazione di un quadro di criteri chiaro e coerente per l'affidamento competitivo delle spiagge italiane non è, però, l'unico nodo ancora da sciogliere. L'apertura del mercato balneare alle dinamiche concorrenziali ha messo sin da subito in rilievo l'urgenza di affrontare un'ulteriore questione; vale a dire la possibilità di riconoscere (o meno) un indennizzo a favore dei concessionari uscenti per gli investimenti effettuati allo scopo di valorizzare il bene demaniale. Questione molto spinosa, dal momento che l'art. 49 del codice della navigazione prevede che all'atto di cessazione della concessione «tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso».

Nel breve commento che segue, la tematica sarà esaminata sotto due profili differenti, ovvero se sia possibile vantare una pretesa all'indennizzo, e in che modo esso vada parametrato, tenendo ben distinta la diversa posizione dei concessionari "prorogati" – la gran parte di quelli attualmente

* Ricercatore di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli "Federico II".

uscenti – da quella dei futuri affidatari che si aggiudicheranno il titolo dietro procedura competitiva.

2. *L'indennizzo a favore dei concessionari "prorogati"*

Non c'è da stupirsi che il problema dell'indennizzo sia stato sollevato dai concessionari solamente di recente, nonostante il codice della navigazione e, con esso l'art. 49, siano stati introdotti nel lontano 1942. Invero, la ragione di questa discrasia temporale è da rinvenirsi nella durata delle concessioni, generalmente molto lunga, e nell'affidamento che i concessionari fanno nelle proroghe – costantemente accordate nel tempo – che, sinora, hanno costituito tacitamente il contraltare degli investimenti per la valorizzazione del bene demaniale.

Sul punto, è opportuno rammentare che è compito del legislatore statale definire un meccanismo indennitario che sia efficace e coerente. Invero, diversamente da quanto accade per la definizione dei criteri volti a guidare la selezione dei concessionari, che rientra tra le competenze legislative attribuite alle Regioni, la Corte costituzionale ha più volte precisato che spetta «unicamente allo Stato [...] disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni»¹.

La Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 si è limitata a ravvisare l'esigenza di fissare «criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante»²; nessun decreto attuativo, tuttavia, è stato adottato da allora, abbandonando i concessionari ad una situazione di notevole incertezza.

Nel silenzio normativo, nemmeno la giurisprudenza interna ha potuto fornire utili soluzioni suppletive. Anzi, va rilevato come il suo indirizzo sia apparso tutt'altro che univoco.

Una posizione inizialmente attendista è stata assunta dal Consiglio di

¹ Corte cost., 23 ottobre 2020, n. 222, p.to 3.4 del considerato in diritto. L'intervento del legislatore regionale non è in questa circostanza consentito neppure in caso di inerzia del legislatore statale, giacché invaderebbe la competenza legata alla tutela della concorrenza, la quale è di dominio riservato di quest'ultimo e viene in rilievo con riferimento alla tutela degli investimenti realizzati dal concessionario.

² Art. 4, par. 2, lett. i), l. n. 118/2022, cit.

Stato, il quale, con l'ordinanza n. 8010 del 15 settembre 2022, ha richiesto l'intervento pregiudiziale della Corte di giustizia (causa C-598/22, *Società Italiana Imprese Balneari*)³, domandando, nello specifico, se «gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza Laezza (C-375/14) ove ritenuti applicabili, ostino all'interpretazione di una disposizione nazionale quale l'art. 49 cod. nav. nel senso di determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo da parte del concessionario alla scadenza della concessione [...] delle opere edilizie realizzate sull'area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa balneare [...]»⁴. Si ricordi che, nella pronuncia *Laezza*, la Corte di giustizia aveva ritenuto incompatibile con gli artt. 49 e 56 TFUE una normativa nazionale che imponeva al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della scadenza della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà inerenti all'attività⁵.

Nondimeno, va notato che, in risposta alla richiesta di chiarimenti formulata dalla Corte *ex art.* 94 reg. proc., i giudici di Palazzo Spada sono sembrati propensi alla soluzione dell'indennizzo⁶. In più, in una recentissima ordinanza cautelare, la stessa sez. VII ha ribadito che «l'ordinamento nazionale appare decisamente orientato a salvaguardare le ragioni giuridiche ed economiche dei soggetti che hanno realizzato investimenti nelle aree demaniali in concessione, mediante la corresponsione di un indennizzo, [tenuto conto del] rilievo degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali facenti parte del compendio aziendale del concessionario»⁷.

D'altra parte, vanno pure segnalate, nelle more del procedimento pregiudiziale, alcune pronunce del giudice amministrativo di primo grado di senso opposto. Il TAR Marche ha dichiarato inammissibile i ricorsi proposti dai concessionari per l'ottenimento dell'indennizzo, sul presupposto che tale diritto potrebbe integrarsi soltanto qualora siano stati definiti i criteri per la relativa quantificazione e se il concessionario uscente non doves-

³ Attualmente pendente.

⁴ Cons. St., sez. VII, ord. 15 settembre 2022, n. 8010, su cui v. M. CALABRÒ, *L'acquisizione gratuita al demanio statale delle opere realizzate dai concessionari uscenti: un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia per le concessioni "balneari" (nota a Cons. Stato, Sez. VII, 15 settembre 2022, n. 8010)*, in *Giustizia insieme*, 16 febbraio 2023.

⁵ Corte giust., 28 gennaio 2016, C-375/14.

⁶ Cons. St., sez. VII, ord. 6 settembre 2023, p.to IV.

⁷ Cons. St., sez. VII, ord. 17 gennaio 2024, n. 138.

se risultare aggiudicatario della nuova gara⁸. In precedenza, invece, il TAR Liguria aveva addirittura respinto integralmente la pretesa indennitaria del ricorrente, ritenendo inapplicabile per analogia la giurisprudenza *Laezza* e, perciò, infondato il dubbio di compatibilità dell'art. 49 cod. nav. con il diritto dell'Unione⁹.

Atteso che il legislatore ha affermato espressamente di voler definire un sistema compensativo, il riconoscimento di un indennizzo nei confronti degli attuali concessionari "prorogati" sembra fuori discussione.

Le questioni restano aperte, invece, con riguardo alle modalità di determinazione dell'indennizzo.

Anzitutto, il Consiglio di Stato ha di recente ribadito – se ce ne fosse ancora il bisogno¹⁰ – che l'esigenza di ammortamento degli investimenti effettuati non può giustificare l'ottenimento di ulteriori proroghe, anche perché, così facendo, il concessionario potrebbe investire "all'infinito" per garantirsi una proroga *sine die* del titolo¹¹.

In via ulteriore, neppure la soluzione normativa deducibile dalla succitata l. 118/2022 sembra compatibile con le esigenze imposte dalla libera concorrenza. Già in tempi risalenti, infatti, la Corte costituzionale aveva stabilito che l'indennizzo non può ricadere sul nuovo concessionario, dal momento che una tale circostanza «influisce sensibilmente sulle prospettive di acquisizione della concessione, [...] potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento»¹². E aveva poi dichiarato incostituzio-

⁸ V., tra le tante, TAR Marche, sez. I, 10 luglio 2023, n. 452.

⁹ TAR Liguria, sez. I, 4 aprile 2022, n. 253, p.to 34: «[...] il dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione non appare fondato, dato che l'art. 49 cod. nav. costituisce specificazione di una norma generale di diritto comune, ossia l'art. 934 cod. civ.: è dunque nella proprietà pubblica del bene cui "accedono" le opere "non amovibili" realizzate dal privato che se ne giustifica l'acquisto gratuito e di diritto (la situazione è dunque diversa da quella della sentenza citata, che riguardava l'attività di giochi e scommesse svolta dal privato nei propri locali)».

¹⁰ V., ad es., Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180, con la quale, pur riconoscendo come attuale l'esigenza di garantire un'adeguata remunerazione del concessionario uscente, il giudice delle leggi ha precisato che il rilascio di una nuova proroga non può in ogni caso rientrare tra le forme legittime di compensazione (spec. p.to 2.1 del considerato in diritto).

¹¹ Cons. St., sez. VII, 3 novembre 2023, n. 9493, spec. p.ti 8.1 e 10.1.

¹² Corte cost., 7 luglio 2017, n. 157, p.to 6.4.1 del considerato in diritto. In dottrina, v. M. CARLIN, *Le regole per le gare tra tutela della concorrenza e salvaguardia delle aziende insediate*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni*

nale persino una disposizione che prevedeva che l'indennizzo fosse determinato dall'amministrazione concedente sulla base di una perizia: a) asseverata da un professionista abilitato; b) redatta a spese del concessionario uscente; c) sottoposta al parere di congruità di un Comitato tecnico; d) il cui valore fosse reso pubblico in occasione della indizione della procedura comparativa di selezione¹³.

Sebbene la voce indennitaria, per sua natura, tenda a non corrispondere integralmente al sacrificio sostenuto, pare logico pretendere che tale operazione non conduca, nei limiti del possibile, ad un eccessivo arricchimento dell'amministrazione e ad un altrettanto depauperamento del concessionario, o viceversa. Per tale ragione, la sua quantificazione dovrà essere parametrata a numerosi fattori, tra i quali si segnalano la continuità della concessione e la sua durata nel tempo, l'ammontare del canone concessorio, il margine di profitto conseguito durante la concessione, le migliorie apportate al bene demaniale, il deterioramento causato dal suo sfruttamento, il costo per riportare il demanio pubblico alle condizioni originarie (ad es., per la demolizione delle opere non amovibili costruite durante la concessione), *etc.*

Senza sovrapporre e/o confondere le due fattispecie applicative, il legislatore potrebbe prendere in considerazione lo schema e la prassi consolidata in materia di indennizzo espropriativo, ove, sulla base della nozione di «serio ristoro»¹⁴, il valore del bene ablato viene ridotto in ragione della pubblica utilità. A più riprese, i giudici della Consulta hanno ritenuto legittima in via astratta la decurtazione subita dagli espropriati, sostenendo che il legislatore «non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato», a patto che il legittimo sacrificio a cui sono chiamati i proprietari non comporti una «vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà»¹⁵.

Il riconoscimento di un'indennità che non sia «irrisoria o simbolica», ma «congrua, seria ed adeguata»¹⁶ sembra, dunque, la soluzione da percorrere anche per i concessionari.

balneari, Macerata, 2022, spec. p. 239.

¹³ Corte cost., 30 maggio 2018, n. 109, p.to 11.3.2.

¹⁴ V. l'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 dell'11 luglio 1992 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica).

¹⁵ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, p.to 5.7 del considerato in diritto.

¹⁶ Corte cost., 16 giugno 1993, n. 283, p.to 6.2 del considerato in diritto.

Va comunque detto che molto dipende dall'inquadramento della pretesa all'indennizzo in termini giuridici o politici. Difatti, anche se la Corte di giustizia dovesse dichiarare, nella causa *Società Italiana Imprese Balneari*, che una normativa come l'art. 49 del cod. nav. è incompatibile con la tutela della proprietà garantita dagli artt. 49 e 56 TFUE¹⁷, ribadendo nel settore delle concessioni balneari l'orientamento affermato in *Laezza*¹⁸, i concessionari non potrebbero, in ogni caso, lamentare un ingiustificato arricchimento nei confronti dello Stato e richiedere il valore integrale delle opere non amovibili cedute gratuitamente alla scadenza del titolo. La restrizione del diritto di proprietà va, malgrado ciò, valutata alla luce del contesto specifico in cui essa viene attuata, potendone derivare, addirittura, una totale assenza dei presupposti per un diritto all'indennizzo. Nello specifico, la cessione gratuita dell'opere amovibili è necessariamente riconducibile ad un assetto contrattuale più ampio tra Stato e concessionario, nel quale essa rappresenta, assieme al pagamento di canoni spesso irrisori, parte della controprestazione dovuta in cambio della concessione.

Argomentazioni utili in tal senso sembrano potersi ricavare altresì dalle conclusioni depositate di recente dall'Avv. gen. Čapeta nella causa in questione. Partendo dal presupposto che la sentenza *Laezza* «sia troppo distante dalle circostanze del procedimento principale per essere applicabile, *mutatis mutandis*, alla presente causa»¹⁹, l'avv. gen. ha sostenuto che l'assenza di un indennizzo non dissuade un investitore dallo stabilire la sua

¹⁷ Sul rapporto tra il diritto di proprietà *ex art. 17* della Carta e l'art. 49 TFUE in base alle restrizioni imposte da una normativa interna, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, dell'8 febbraio 2024, alla causa in questione, par. 103: «[...] la Corte ha già spiegato che l'esame delle restrizioni rappresentate da normative nazionali sulla scorta dell'articolo 49 TFUE comprende anche le eventuali restrizioni dell'esercizio dei diritti e delle libertà previsti dagli articoli da 15 a 17 della Carta, di modo che un esame separato del diritto di proprietà sancito nell'articolo 17 della Carta non è necessario [Corte giust., 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*, p.to 50]».

¹⁸ Sopra citata. Cfr. anche Corte giust., 21 maggio 2019, C-235/17, *Commissione c. Ungheria* (Usufrutti su terreni agricoli), ove il giudice dell'Unione ha stabilito che l'art. 17 della Carta, «benché non vieti, in modo assoluto, privazioni della proprietà, prevede, tuttavia, che queste ultime possano intervenire soltanto per motivi di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti da una legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita di tale proprietà» (p.to 87). Nella giurisprudenza della Corte EDU, v., per analogia, 12 giugno 2003, ric. n. 46044/99, *Lallement c. Francia*.

¹⁹ Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta alla causa *Società Italiana Imprese Balneari*, cit., par. 83.

attività economica sulle spiagge italiane «se la durata della concessione [è] sufficientemente lunga da consentire l'ammortamento di un investimento, e se il concessionario [conosce] in anticipo che le opere non amovibili che realizza nell'area demaniale marittima rimarranno di proprietà dello Stato al termine della concessione»²⁰.

Ciò detto, il governo potrebbe sempre riservarsi – come pare abbia già fatto – l'opportunità di intervenire con un atto di natura puramente politica, determinando la misura dell'indennizzo a prescindere da qualsivoglia ragione giuridica legata alla tutela della proprietà e con il solo limite del criterio della ragionevolezza costituzionale²¹. Già nel 2017, infatti, intervenendo nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale di una legge regionale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva sostenuto come non fosse da escludere in linea di principio «che, allo spirare del termine della concessione, sia possibile riconoscere, entro certi limiti, una tutela degli investimenti realizzati dal concessionario, a maggior ragione se effettuati in un periodo nel quale si poteva confidare sulla stabilità del titolo conferita dal diritto di insistenza o dalle proroghe dettate *ope legis*»²².

3. La previsione di un indennizzo nei bandi di gara: possibili soluzioni

Come anticipato in premessa, le valutazioni relative all'indennizzo da riconoscere a favore dei concessionari “prorogati” vanno tenute opportunamente distinte da quelle che concernono l'indennizzo che le amministrazioni concedenti potranno prevedere nei futuri bandi di gara per l'assegnazione competitiva delle spiagge²³. Allo stato, nulla sembra escludere tale ipotesi, sempre e comunque nei limiti e nelle forme stabilite dalla legge. Difatti, anche in questa circostanza, è compito preciso del legislatore

²⁰ *Ivi*, par. 53.

²¹ Cfr., *ivi*, il par. 99: «[...] erogare al concessionario uscente un indennizzo di importo superiore all'investimento nel bene ceduto allo Stato non è un'opzione prevista dal diritto dell'Unione».

²² Corte cost., 23 maggio 2017, n. 157, p.to 4 del ritenuto in fatto. Gli indennizzi potrebbero essere finanziati dall'aumento dei canoni concessori che, in vista delle gare pubbliche, sarà certamente di rilievo.

²³ Sul punto, sia consentito rinviare altresì a A. CIRCOLO, *L'epilogo della proroga ex lege delle concessioni balnearie*, in *St. int. eur.*, 2021, spec. p. 585 ss.

individuare un meccanismo di ristoro che sia in grado di coordinare il rispetto della *par condicio* e la tutela del concessionario uscente²⁴.

Sulla scorta di tali premesse, è possibile immaginare due differenti soluzioni normative. Nella prima ipotesi, all'amministrazione potrebbe essere lasciata libera scelta sull'opportunità di stabilire o meno un indennizzo per gli investimenti effettuati dal concessionario. Evidentemente, l'assenza di una previsione *ad hoc* e la mancata fissazione nel bando dei relativi criteri di calcolo impedirebbe (legittimamente) di garantire qualunque tipo di compensazione. In uno scenario simile, difatti, l'offerente sarebbe da subito a conoscenza che nessun indennizzo sarà riconosciuto e, dunque, potrebbe commisurare la propria offerta su queste basi (ad es., impegnandosi a effettuare pochi investimenti sul presupposto che il profitto calcolato è basso, oppure, offrendo maggiori investimenti per assicurarsi ugualmente la concessione).

Di questo avviso sembra essere anche l'Avv. gen. Čapeta che, nelle già citate conclusioni alla causa *Società Italiana Imprese Balneari*, osserva che il mancato riconoscimento di un indennizzo per la cessione gratuita delle opere inamovibili alla scadenza della concessione è compatibile con il Trattato, nella misura in cui tale circostanza rappresenta semplicemente «uno degli elementi da considerare nell'effettuare i calcoli economici per stabilire se intraprendere l'attività economica di gestione di uno stabilimento balneare su una spiaggia italiana»²⁵. Ciò sta a significare che, laddove lo Stato si impegni previamente a indennizzare il concessionario per le opere che dovessero rimanere sul territorio demaniale alla scadenza del titolo, l'investimento potrebbe rivelarsi ancor più attrattivo per i soggetti interessati; viceversa, se il potenziale concessionario conosce in anticipo che l'amministrazione non riconoscerà alcun indennizzo, egli è comunque nella posizione di valutare se sia ugualmente conveniente aggiudicarsi la concessione da un punto di vista economico²⁶.

Una seconda soluzione potrebbe invece consistere nell'obbligo dell'amministrazione di fissare un indennizzo per il concessionario uscente,

²⁴ Pare appena il caso di precisare che, alla scadenza del titolo, il concessionario va considerato in ogni caso "uscente", anche se la sua posizione dovesse risultare confermata dall'aggiudicazione di una nuova gara per lo stesso bene demaniale.

²⁵ Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta alla causa *Società Italiana Imprese Balneari*, cit., par. 51.

²⁶ *Ivi*, par. 52.

nella misura e nelle modalità fissate nel bando di gara e sulla base degli investimenti realizzati.

In entrambi i casi, l'auspicio è che l'intervento legislativo si occupi di determinare in via astratta le percentuali dell'indennizzo, parametrando alla quantità e alla qualità degli investimenti effettuati (riconoscendo, ad esempio, un indennizzo maggiore in caso di spese "green" o legate all'innovazione).

Sembra superfluo precisare, infine, che, anche in questa circostanza, debba essere l'amministrazione a sostenere il costo degli indennizzi e non l'eventuale nuovo concessionario, che sarebbe altrimenti scoraggiato dal partecipare alla relativa gara per l'assegnazione della concessione.

4. *Una riflessione conclusiva*

Dalle brevi considerazioni sinora formulate, è facile intuire come la questione dell'indennizzo dei concessionari non sia di pronta soluzione, in quanto presenta forti risvolti politici e si intreccia con posizioni di interesse radicate nel tempo; le stesse che hanno contribuito ad impedire, fino ad oggi, l'adeguamento del mercato balneare italiano agli obblighi di concorrenza contenuti nella direttiva Bolkestein.

Certamente, non può negarsi che l'indennizzo sia uno strumento indispensabile per tutelare l'iniziativa economica di coloro che abbiano acquisito il titolo concessorio solo di recente e che abbiano investito ingenti somme, facendo affidamento sulla prassi delle proroghe automatiche.

Al di là della soluzione che sarà individuata, l'auspicio è che ciò accada in tempi ragionevoli. La lacuna normativa che caratterizza l'attuale momento produce una situazione di precarietà che ricade anzitutto sui concessionari uscenti, ma che non agevola nemmeno gli investimenti futuri, visto che, come risaputo, non c'è crescita economica laddove non ci sia certezza del diritto.

PROPRIETÀ INTELLETTUALE, MERCATO INTERNO E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Andrea Lottini*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’armonizzazione della disciplina brevettuale: Il Brevetto europeo ad effetto unitario. – 3. *Le invenzioni dell’intelligenza artificiale: i computer generated programs*. – 4. La posizione dell’ordinamento europeo rispetto alle invenzioni dell’AI: prime soluzioni interpretative e il caso DABUS. – 5. La brevettabilità delle invenzioni dell’IA. – 6. Pubblico dominio o tutela brevettuale, possibili soluzioni *de iure condendo* alla questione delle invenzioni *computer generated*. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

La proprietà intellettuale e il mercato unico sono legati da un doppio filo a causa del rapido e incessante sviluppo tecnologico. Difatti, le attività immateriali, quali invenzioni, opere artistiche e culturali, marchi registrati, software, know-how, raccolta dati, costituiscono la base dell’economia contemporanea. Nell’arco degli ultimi vent’anni, la quantità di investimenti annuali nei prodotti proprietà intellettuale ha registrato un incremento dell’87% nell’Unione europea, a fronte di un aumento del solo 30% per gli investimenti in beni fisici (non residenziali)¹.

La connessione tra mercato unico e proprietà intellettuale non è mai stata così intensa, come è stato recentemente sottolineato da uno studio congiunto tra l’Ufficio dell’Unione europea per la Proprietà intellettuale (EUIPO) e l’Ufficio europeo dei Brevetti (EPO)².

* Dottorando di ricerca in diritto dell’Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

¹ Comunicazione della Commissione, del 25 novembre 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell’UE. Piano d’azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell’UE*, COM(2020) 760 final.

² Ufficio dell’Unione europea per la Proprietà intellettuale (EUIPO), *press release* dell’11 ottobre 2022. Disponibile su: euiipo.europa.eu/ohimportal/it/web/observatory/ip-contribution#ip-contribution_1.

In tale contesto, un ruolo importante è giocato dalle industrie ad alta intensità di diritti di proprietà intellettuale³, sia perché generano una parte significativa dei posti di lavoro nell'UE (quasi quattro su dieci), sia perché offrono retribuzioni maggiori rispetto ad altri settori. Basti pensare che il loro peso sul PIL dell'Unione europea ammonta al 47,1% del totale, equivalente a circa 6.400 miliardi di euro.

Alla luce di questi dati, risulta evidente (e condivisibile) la necessità, per qualsiasi ordinamento e dunque anche per l'UE, di creare un ambiente giuridico adatto ad attrarre investimenti in ricerca e sviluppo, garantendone una tutela efficace⁴.

Tale esigenza è rafforzata, da un lato, dai progetti europei di transizione ecologica, che determinano un rafforzamento significativo della presenza sul mercato di imprese focalizzate sullo sviluppo di tecnologie per la mitigazione dei cambiamenti climatici (CCMT) e sull'impiego di marchi verdi⁵, e, dall'altro, dalla pandemia da COVID-19 che ha evidenziato la dipendenza dell'UE dalle innovazioni tecnologiche chiave. Sotto quest'ultimo profilo, occorre mettere in risalto che i diritti proprietà intellettuale e il loro ruolo per un'industria farmaceutica europea competitiva e innovativa sono anche parte della *Strategia farmaceutica per l'Europa*⁶.

In estrema sintesi, quindi, la rivoluzione tecnologica, con l'economia e la società basate sui dati, il passaggio all'intelligenza artificiale, l'importanza crescente di nuove tecnologie come la *blockchain*, la stampa 3D,

³ Le industrie ad alta intensità di diritti di proprietà intellettuale sono definite come quelle che, rispetto ad altre industrie, detengono una titolarità di diritti di proprietà intellettuale superiore alla media per dipendente.

⁴ Le richieste di registrazione di proprietà intellettuale stanno aumentando in tutto il mondo, tendenza che si verifica anche nel vecchio continente. Dal 2010 al 2019, il numero di brevetti concessi in Europa è cresciuto da circa 58.000 a 137.000, sebbene questo incremento sia meno evidente rispetto ad altre regioni del mondo, in particolare l'Asia, dove le economie stanno rapidamente guadagnando terreno nella creazione di proprietà intellettuale. Si pensi che già nel 2018 la Cina ha registrato il maggior numero di brevetti nel mondo, con una percentuale del 46,4% del totale. *World Intellectual Property Indicators 2019* (WIPO), wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2019.pdf.

⁵ Marchi che contengono termini relativi all'ambiente e alla sostenibilità nelle loro specifiche di prodotti e servizi.

⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia farmaceutica per l'Europa*, del 25 novembre 2020, COM(2020) 761 final.

l'*Internet of Things* (IoT), e lo sviluppo di nuovi modelli commerciali⁷ richiedono una modernizzazione dell'approccio alla tutela delle risorse immateriali.

Ed invero, negli ultimi decenni si sono registrati progressi significativi nella creazione di un mercato unico per la proprietà intellettuale, con molti vantaggi per l'economia dell'UE. A titolo esemplificativo, si ricorda che, oggi, è possibile ottenere una protezione in tutti e ventisette gli Stati membri di un marchio, di un disegno, o di un modello, attraverso il deposito di un'unica domanda di registrazione.

Tuttavia, permangono numerose lacune e inefficienze nell'ordinamento dell'Unione europea (si pensi, ad es., al sistema brevettuale), che non consentono uno sfruttamento pieno del potenziale dell'industria europea della proprietà intellettuale.

In questo senso la Commissione europea ha pubblicato, nel 2020, il *Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*⁸, a cui hanno fatto seguito diverse proposte legislative, al fine di mantenere (o più realisticamente a riconquistare) un ruolo europeo di primo piano nello sviluppo e nell'innovazione tecnologica a livello mondiale.

Il raggiungimento di tale obiettivo richiede l'adozione di un'efficace e armonizzata disciplina europea della Proprietà intellettuale, in particolare del campo di essa maggiormente legato all'innovazione tecnologica: la tutela brevettuale.

Il rapido sviluppo dell'intelligenza artificiale (di seguito "IA") pone problematiche giuridiche del tutto nuove, che i tradizionali istituti della disciplina brevettuale faticano a risolvere. Infatti, oggi l'essere umano non è più l'unico soggetto capace di inventare, in quanto alcune IA particolarmente evolute sono programmate per generare nuove idee e anche proporre i modi per realizzarle. Si tratta di uno scenario non contemplato dall'ordinamento giuridico europeo, che rappresenterà uno dei temi fondamentali su cui dovrà pronunciarsi il nuovo Tribunale Unificato dei Brevetti (TUB), operativo da giugno 2023.

⁷ V. M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020.

⁸ Comunicazione della Commissione, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE. Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*, cit.

Tanto premesso, il presente contributo intende soffermarsi sul tema del rapporto tra proprietà intellettuale e intelligenza artificiale nell'ambito del mercato interno, evidenziandone le maggiori criticità e proponendo le possibili soluzioni interpretative e legislative al problema della brevettabilità delle invenzioni dell'IA⁹.

2. L'armonizzazione della disciplina brevettuale: il Brevetto europeo ad effetto unitario

Occorre innanzitutto ricordare che nel 2012, attraverso il regolamento (UE) 1257/2012¹⁰, si è avviata l'attuazione di un regime di cooperazione rafforzata tra molteplici Stati membri dell'Unione europea, finalizzato all'istituzione di una tutela brevettuale unitaria¹¹.

Tale progetto normativo, conosciuto come "*Patent package*"¹², comprende sia la creazione di un nuovo titolo brevettuale, il Brevetto europeo ad effetto unitario (di seguito "Brevetto unitario") che l'istituzione di un nuovo tribunale, il Tribunale unificato dei brevetti (di seguito "TUB")¹³.

⁹ Sulla definizione dell'IA, v. J. MCCARTHY, *What is Artificial Intelligence?*, Stanford, 2007.

¹⁰ Regolamento (UE) n. 1257/2012 del Parlamento europeo del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in *GUUE* L 361.

¹¹ La base giuridica per la creazione di titoli europei di proprietà intellettuale è l'articolo 118 TFUE, il cui primo comma stabilisce: «Nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione».

¹² Il *Patent package* comprende: il regolamento (UE) n. 1257/2012, cit.; il regolamento del Consiglio (UE) n. 1260/2012 del 17 dicembre 2012, che attua la cooperazione rafforzata nell'ambito della creazione della protezione brevettuale unitaria in relazione alle disposizioni in materia di traduzione applicabili; e l'Accordo del Consiglio su un Tribunale Unificato dei Brevetti.

¹³ La letteratura sul tema è vasta, fra gli altri, si v. G. CAGGIANO, *Il pacchetto normativo del "Brevetto Europeo Unitario"*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, p. 683 ss.; T. JAEGER, *What's in the Unitary Patent Package*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research*, 2014; H. ULLRICH, *Le futur système de protection des inventions par brevet dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-)poussée?*, in *Proprietà intellettuale*, 2014,

Ai sensi dell'art. 89 dell'Accordo per l'istituzione del TUB¹⁴, per entrare in vigore il nuovo sistema brevettuale previsto dalla cooperazione rafforzata necessitava il deposito della ratifica da parte di almeno tredici Stati ad essa partecipanti, inclusi i tre di essi dove ci fosse stato il maggior numero di brevetti europei validi nell'anno precedente (storicamente Regno Unito, Francia e Germania).

Nel febbraio 2023 è stata depositata la ratifica dell'Accordo da parte della Germania¹⁵, facendo così entrare il vigore, a partire dal 1° giugno 2023, sia il nuovo Brevetto unitario che il TUB nei diciassette Stati membri partecipanti¹⁶.

Inizialmente l'Italia (insieme alla Spagna) aveva rifiutato di partecipare alla cooperazione, principalmente a causa della mancata introduzione della lingua italiana (e spagnola) fra le lingue ufficiali del Brevetto Unitario (francese, inglese e tedesco). I due Stati hanno quindi depositato un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia, lamentando una serie di motivi di illegittimità della decisione, relativi (anche) all'incompetenza del Consiglio ad autorizzare la cooperazione rafforzata, lo sviamento di potere, la violazione dei requisiti prescritti dal Trattato per l'avvio di una cooperazione rafforzata e la violazione del sistema giurisdizionale dell'Unione. I ricorsi, poi riuniti, sono stati respinti dalla Corte¹⁷. Successivamente, l'Italia ha deciso

p. 382 ss.; C. MAYR, *L'Accordo istitutivo del Tribunale dei brevetti*, in *Studium iuris*, 2017, p. 815 ss.

¹⁴ L'accordo è in GUUE C 175 del 20 giugno 2013.

¹⁵ Al 2022, la Germania è il secondo paese al mondo per deposito di brevetti dopo gli Stati Uniti, v. <https://www.wired.it/article/brevetti-italia-aziende-cina/>.

¹⁶ Attualmente gli Stati che hanno depositato la ratifica dell'Accordo TUB sono: Belgio, Bulgaria, Danimarca, Germania, Estonia, Francia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovenia, Finlandia, Svezia. Tra i maggiori Stati europei che hanno deciso di non partecipare figurano Spagna e Polonia.

¹⁷ Corte giust., 16 aprile 2013, C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*. In estrema sintesi, i giudici hanno respinto i ricorsi di Italia e Spagna, che avevano contestato l'incompetenza del Consiglio ad autorizzare la cooperazione, in virtù del fatto che la competenza a istituire titoli europei rientrerebbe nella competenza esclusiva dell'Unione ex art. 3.1 lett. b) TFUE, relativa alla definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno. Pertanto, secondo i due Stati l'autorizzazione del Consiglio era viziata di incompetenza in quanto l'art. 20.1 TFUE esclude la possibilità di istituire cooperazioni rafforzate in materie di competenza esclusiva dell'Unione.

Tuttavia, secondo la Corte, le norme in materia di proprietà intellettuale, seppur essenziali per la tutela della concorrenza nel mercato unico, non costituiscono "regole di

di partecipare alla cooperazione nel 2015¹⁸ e di ratificare l'Accordo nel 2017¹⁹, mentre la Spagna è rimasta sulle sue posizioni, scegliendo tutt'ora di non prendere parte al nuovo sistema brevettuale.

Il Brevetto unitario si affianca al precedente e diverso "Brevetto europeo", istituito in forza della Convenzione sul Brevetto europeo del 1973²⁰, alla quale hanno aderito trentotto paesi, tra cui tutti e ventisette gli Stati membri.

Scopo del Brevetto unitario è creare una protezione uniforme con un titolo brevettuale efficace in tutti gli Stati membri aderenti alla cooperazione rafforzata, che non richiede la validazione dei brevetti da parte degli uffici dei singoli Stati Membri, come invece avviene per il precedente Brevetto europeo.

Ciò differenzia il Brevetto unitario dal Brevetto europeo, la cui domanda, a seguito di un esame formale e sostanziale da parte dell'*European Patent Office* (di seguito "EPO")²¹, deve essere convalidata in tutti gli Stati in cui si desidera ottenere la tutela brevettuale.

In sostanza, il Brevetto europeo conferisce al titolare un fascio di brevetti nazionali piuttosto che un unico brevetto valido in molteplici Stati.

Inoltre, se la lingua della domanda per il Brevetto europeo non è una lingua ufficiale dello Stato in cui si chiede la convalida, il titolare dovrà

concorrenza" ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE. V., Osservatorio sulle fonti, *UE - La sentenza nelle cause riunite C-274/11 e C-295/11, Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio* (2/2013), disponibile su osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-rubriche/archivio-rubriche-2013/259-fonti-dellunione-europea-e-internazionali/770-ue-la-sentenza-nelle-cause-riunite-c-27411-e-c-29511-regno-di-spagna-e-repubblica-italiana-c-consiglio.

¹⁸ Decisione (UE) 2015/1753 della Commissione, del 30 settembre 2015, che conferma la partecipazione dell'Italia alla cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria.

¹⁹ V. M. TAVASSI, *Una doppia conquista: la ratifica dell'Italia all'Accordo sul brevetto europeo ad effetti unitari e la sede della divisione locale della Corte europea a Milano*, in *La Rivista del Consiglio*, 2016-2017, p. 41 ss.

²⁰ La Convenzione sulla concessione dei brevetti europei, più comunemente conosciuta come *European Patent Convention* (EPC), è il trattato internazionale che ha istituito l'Organizzazione europea dei brevetti al fine di offrire un brevetto unico valido in tutti gli Stati sottoscriventi. La convenzione è stata stilata 5 ottobre 1973 a Monaco di Baviera, ed entrata in vigore il 7 ottobre 1977, riprendendo le indicazioni della Convenzione di Strasburgo del 1963. È stata riformata il 29 novembre 2000.

²¹ L'EPO ha sede a L'Aia, Monaco e Berlino.

provvedere al deposito della relativa traduzione, pena l'inefficacia del brevetto in tale Stato. A seguito della convalida in ciascun Paese, il brevetto viene tutelato come un brevetto nazionale, anche sotto il profilo della tutela giurisdizionale.

Si tratta di un processo evidentemente complesso e potenzialmente molto costoso: i requisiti di convalida, infatti, differiscono tra i vari Paesi e possono condurre a sostenere elevati costi diretti e indiretti, compresi i costi di traduzione e relativi al pagamento delle tasse di rinnovo nazionali. Secondo la Commissione, la complessità e i costi elevati dell'attuale sistema brevettuale determinano un notevole svantaggio competitivo per le imprese europee: l'ottenimento di un Brevetto europeo valido nei ventisette Stati Membri dell'Unione costerebbe circa € 36.000, di cui 23.000 solo per i costi di traduzione²².

Tale sistema finisce con l'avvantaggiare le macro-imprese rispetto alle piccole e medie imprese (PMI). Infatti, uno dei principali problemi della tutela brevettuale è legata ai costi della procedura che, essendo particolarmente elevati, disincentivano il ricorso alla registrazione brevettuale da parte dei soggetti con una capacità economica più limitata.

L'introduzione del Brevetto unitario ha inteso ovviare a tali inconvenienze. A livello procedurale, infatti, il Brevetto unitario consente al titolare di ottenere, con un'unica procedura centralizzata presso l'EPO, una tutela uniforme in tutti i diciassette Paesi partecipanti all'Accordo, senza la necessità, quindi, di ottenere la convalida in ciascuna giurisdizione.

Secondo la Commissione, i costi di traduzione e amministrativi dovrebbero così ridursi fino all'80%, con una singola tassa annuale di rinnovo da corrispondere direttamente all'EPO in sostituzione delle numerose tasse di rinnovo da pagare ai diversi uffici nazionali previste nell'ambito del precedente Brevetto europeo²³.

²² Dati consultabili su camera.it/leg17/465?tema=il_brevetto_unitario_europeo.

²³ Si pensi che i costi complessivi sostenuti per convalidare e mantenere in vita i classici Brevetti Europei per dodici anni nei quattro Paesi in cui attualmente sono più spesso convalidati (ossia Germania, Francia, Regno Unito e Italia) possono ammontare a circa 11.580 euro; dalle fonti ufficiali si evince che il costo complessivo per un Brevetto Unitario per dodici anni sarebbe di circa 11.260 euro, però con una tutela estesa a tutti i Paesi che hanno aderito alla convenzione. Inoltre, il risparmio aumenterebbe ulteriormente per i brevetti mantenuti più a lungo, per quindici o vent'anni. Commissione europea, *press release* del 1° giugno 2023 ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/ip_23_3004, e Camera dei deputati, *Il brevetto unitario europeo*. [emi.camera.it /leg17/temi/il](https://emi.camera.it/leg17/temi/il)

Il sistema brevettuale europeo è stato semplificato anche dal punto di vista della tutela giurisdizionale, attraverso l'entrata in vigore del Tribunale Unificato dei Brevetti (TUB), competente a dirimere tutte le controversie relative al Brevetto unitario, sia in materia di validità che di contraffazione²⁴.

Per quanto riguarda invece i Brevetti europei già registrati nei paesi aderenti al Brevetto unitario, cadono anch'essi sotto la giurisdizione unica del TUB, salvo l'esercizio della clausola di *opt-out* nei sette anni successivi all'entrata in vigore del nuovo Tribunale (estendibili per altri sette). Pertanto, per i Brevetti europei per cui viene esercitata tale clausola, continueranno ad avere giurisdizione i singoli uffici (ed eventualmente i tribunali) degli Stati membri.

È proprio l'elevato numero di clausole di *opt-out* esercitate in pochi mesi ad evidenziare le maggiori criticità del nuovo sistema brevettuale. Si pensi che sono già usciti dal sistema del Brevetto unitario circa cinquecentomila brevetti, rappresentanti il 40% del totale.

Il motivo principale alla base di queste scelte strategiche dei titolari delle privative è dovuto, paradossalmente, proprio all'unitarietà della disciplina garantita dal Brevetto unitario. Invero, una volta che un brevetto viene assoggettato al sistema del Brevetto unitario, per far venir meno la privativa basterebbe un'unica pronuncia del TUB, con enormi danni economici per il titolare del diritto. Pertanto, soprattutto le imprese di grandi dimensioni, non essendo particolarmente sensibili alla (pur importante) riduzione dei costi della procedura di registrazione, preferiscono, almeno per ora, evitare un c.d. attacco centrale, operando su più giurisdizioni ed

[_brevetto_unitario_europeo#:~:text=Secondo%20la%20Commissione%20europea%2C%20la,per%20i%20costi%20di%20traduzione.](#)

²⁴ Tale Tribunale, con sede centrale a Parigi, ha giurisdizione per tutte le controversie inerenti ai Brevetti unitari rendendone più semplice ed economica la tutela in un territorio molto ampio e istituendo un unico foro competente. Il Tribunale Unificato dei Brevetti, autorità giudiziaria a composizione multinazionale, è composto da giudici specializzati e ha competenza esclusiva in relazione a tutte le controversie che coinvolgono il Brevetto Unitario (ad esempio, violazione, accertamento negativo, misure cautelari e ingiunzioni, revoca, nullità del brevetto, risarcimento dei danni, etc.). V. per un approfondimento sul tema del rapporto tra il nuovo tribunale e la Corte di giustizia, B. NASCIMBENE, *Il ruolo della Corte di giustizia nel nuovo sistema creato dall'accordo su un Tribunale unificato dei brevetti*, in *atsdue.eu*, 31 maggio 2023.

eventualmente accettando di sostenere i costi delle controversie in ognuna di esse separatamente.

Si tratta di un problema non di poco conto, dato che uno degli obiettivi fondamentali del nuovo Piano d'azione sulla proprietà intellettuale emanato dalla Commissione²⁵ è proprio quello di rendere accessibili i diritti proprietà intellettuale alle imprese di minori dimensioni²⁶, riducendo i costi ed efficientando le procedure.

Ciononostante, l'istituzione del Brevetto unitario non può che essere vista favorevolmente, rappresentando un'importante passo in avanti sia dal punto di vista dell'avanzamento del processo di armonizzazione europeo in ambito proprietà intellettuale che, consequenzialmente, dell'impulso all'innovazione che ne può derivare.

3. *Le invenzioni dell'intelligenza artificiale: i computer generated programs*

Dopo aver esposto la normativa sul Brevetto unitario, occorre interrogarsi sull'idoneità dell'ordinamento brevettuale europeo a rispondere alle esigenze delle nuove tecnologie, specificatamente dell'IA. Anzi, più nello specifico, va fatto riferimento ad un tipo particolare di IA, che in molti ordinamenti ha messo in discussione i tradizionali istituti della disciplina brevettuale: le c.d. Intelligenze artificiali creative (o generative)²⁷.

Si tratta di tecnologie in grado di generare un c.d. *output creativo*, capacità che finora era associata esclusivamente all'intelletto umano, ma che è ormai anche nella disponibilità delle macchine. Tali sistemi, attraverso algoritmi estremamente elaborati e sistemi *hardware* all'avanguardia, sono capaci di *creare*, come fossero esseri umani, un dipinto, un'opera musicale o, appunto, un'invenzione.

A titolo esemplificativo, nel 2023 un gruppo di ricercatori della McMaster University in Canada tramite un'IA creativa ha scoperto – in sole due

²⁵ Comunicazione della Commissione, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE*, cit.

²⁶ Le piccole e medie imprese (PMI) rappresentano circa la metà del PIL europeo, ma solo il 9% di esse è titolare di diritti proprietà intellettuale. Parlamento europeo, *Stato dell'Unione delle PMI*, del giugno 2021, [europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/690633/EPRS_ATA\(2021\)690633_IT.pdf](http://europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/690633/EPRS_ATA(2021)690633_IT.pdf).

²⁷ Per un approfondimento del tema delle intelligenze artificiali creative, e del problema della loro brevettabilità, v. M. SOCCI, *Intelligenza artificiale e brevetto*, Roma, 2021.

ore – un antibiotico efficace nei confronti dell'*Acinetobacter baumannii*, considerato uno dei batteri più pericolosi al mondo secondo l'Organizzazione mondiale della sanità²⁸.

In precedenza, un gruppo di musei olandesi, in collaborazione con Microsoft e ING, aveva sviluppato un'IA capace di generare dipinti riproducenti lo stile tipico del pittore olandese Rembrandt. Attraverso algoritmi di *deep learning* e di analisi facciale, la macchina ha analizzato tutte le caratteristiche delle opere, e ha poi generato dei dipinti del tutto nuovi, indistinguibili dagli originali del diciassettesimo secolo²⁹.

Ci sono poi casi di IA creative anche nel campo della composizione musicale, come AIVA³⁰, o l'IA sviluppata dall'azienda cinese HUAWEI, in grado di completare l'ottava sinfonia di Schubert³¹. Ancora, alcune IA sono in grado di creare opere letterarie, poesie³² e articoli giornalistici, generati a partire da un semplice titolo³³.

²⁸ V. wired.it/article/intelligenza-artificiale-nuovo-antibiotico-scoperto-super-batterio-acinetobacter-baumannii/.

²⁹ Una volta analizzati i 346 dipinti del famoso pittore, i dati raccolti sono stati inviati a una stampante 3D che, seguendo i comandi dell'IA, ha applicato quindici strati di pittura e realizzato un'opera del tutto nuova, praticamente indistinguibile dagli originali. Non si è trattato di una fedele copia di un'originale, ma di un'opera effettivamente mai esistita che si confonde perfettamente con i quadri del pittore del diciassettesimo secolo. V. Y. R. SHLOMIT, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era - The Human-Like Authors Are Already Here - A New Model*, in *Michigan State Law Review*, 2017, pp. 664 e 665.

³⁰ AIVA (*Artificial Intelligence Virtual Artist*) è un programma di intelligenza artificiale focalizzato sulla composizione musicale. Si tratta di un progetto lanciato dalla società lussemburghese AIVA Technologies, nato con l'obiettivo di esplorare le capacità creative dell'intelligenza artificiale e di valutare a che punto una macchina può essere creativa in un campo tradizionalmente dominato dall'espressione umana come la musica.

³¹ G. STOLYAROV, *Empowering Musical Creation through Machines, Algorithms, and Artificial Intelligence*, in *INSAM Journal of Contemporary Music, Art and Technology*, 2019, p. 93 ss.

³² Si pensi a XIAOICE, intelligenza artificiale sviluppata da Microsoft in Cina capace, oltre che di creare poesie, di condurre conversazioni emotive e socialmente coinvolgenti. Disponibile su: <https://news.microsoft.com/apac/features/much-more-than-a-chatbot-chinas-xiaoice-mixes-ai-with-emotions-and-wins-over-millions-of-fans/>.

³³ La disciplina del diritto d'autore condivide alcune problematiche di fondo con quella brevettuale. Chi è il titolare del diritto d'autore su un articolo di giornale scritto interamente da una macchina? Magari capace di scrivere migliaia di articoli al giorno? Si tratta di problematiche affrontate dal Tribunale di Shenzhen nel 2020, che si è pronunciato per la

Dal punto di vista del diritto industriale, esistono IA definibili “*multi-purpose*” che, grazie all’utilizzo di software altamente elaborati, sono capaci di generare un numero indefinito di soluzioni tecniche potenzialmente tutelabili attraverso un brevetto. Si tratta di uno scenario inedito per il panorama giuridico mondiale, che contempla la “produzione di invenzioni a mezzo di invenzioni”.

Esempio emblematico, al riguardo, è l’Intelligenza artificiale DABUS, sviluppata dall’ingegnere informatico statunitense Stephen Thaler (DABUS è l’acronimo di *Device autonomously bootstrapping uniform sensitive*), capace di generare invenzioni brevettabili in modo autonomo³⁴.

È necessario chiedersi se allo stato attuale l’ordinamento giuridico europeo consenta di brevettare un’invenzione indicando quale inventore della stessa una macchina. Questa è sostanzialmente la domanda a cui ha risposto negativamente l’Ufficio brevetti europeo (EPO) e su cui dovrà, con tutta probabilità, pronunciarsi anche il nuovo Tribunale unificato dei brevetti (TUB).

prima volta a favore della protezione autorale alle opere generate dall’intelligenza artificiale *DreamWriter*. V. Z. BO, *Artificial Intelligence and Copyright Protection, Judicial Practice in Chinese Courts*, World Intellectual Property Organization (WIPO), 2020, pp. 3 e 4. Non solo l’intelligenza artificiale, ma anche le altre nuove tecnologie stanno impattando sul sistema del diritto d’autore. Si pensi alla diffusione della *blockchain*, che ha consentito lo sviluppo e il diffondersi della c.d. *crypto-art*, mettendo sotto stress i tradizionali istituti della materia. Sul tema, v. P. DE PASQUALE, *Crypto art e NFT nell’Unione europea: aporie sistemiche e ragioni di una (dis)attesa disciplina*, in *Dir. Un. eur.*, 2022, p. 607 ss.

³⁴La macchina denominata DABUS è stata oggetto del primo brevetto del Dr. Thaler. U.S. Patent No. 5,659,666, registrata nell’Ottobre del 1994. Visualizzabile su patents.google.com/patent/US5659666A/en. Nel corso degli anni DABUS ha generato decine di migliaia di canzoni uniche, un programma che cerca messaggi terratici sul web e una sostanza più dura del diamante, rendendo Stephen Thaler uno degli inventori più prolifici del ventunesimo secolo.

4. *La posizione dell'ordinamento europeo rispetto alle invenzioni dell'AI: prime soluzioni interpretative e il caso DABUS*

In ambito europeo la disciplina di riferimento in termini di brevetti è la citata Convenzione sul brevetto europeo del 1973 (CBE); accordo internazionale al quale partecipano i ventisette Stati membri, insieme ad altri dieci stati europei.

Secondo tale convenzione, per ottenere la privativa brevettuale è necessario effettuare la c.d. “Designazione dell’inventore” ex art. 81 CBE, indicando la persona fisica titolare dell’invenzione³⁵. Più esplicitamente, la regola 19 comma 1 del regolamento di esecuzione della convenzione richiede, ai fini dell’ammissibilità della domanda, l’indicazione del nome e del cognome dell’inventore³⁶.

Si tratta di un requisito che, all’epoca in cui è stata introdotta, pareva del tutto pacifico. Infatti, anche solo pochi anni fa era inimmaginabile che ad inventare fosse qualcosa di diverso dall’essere umano. Tuttavia, in un contesto in cui le modalità di innovazione si sono profondamente trasformate, questa sorta di «antropocentrismo brevettuale³⁷» appare non più attuale, e si è aperta la strada a possibili interpretazioni evolutive in materia.

Pertanto, se un’invenzione è totalmente generata dall’IA e non dall’essere umano, a chi attribuirne la titolarità?

³⁵ L’art. 81 della Convenzione stabilisce «La domanda di brevetto europeo deve comprendere la designazione dell’inventore. Se il richiedente non è l’inventore o l’unico inventore, la designazione deve contenere una dichiarazione indicante in qual modo il richiedente ha acquisito il diritto al brevetto».

³⁶ La regola 19.1 del Regolamento di esecuzione della Convenzione stabilisce «La menzione dell’inventore deve essere fatta nella richiesta di concessione del brevetto europeo. Tuttavia, se il richiedente non è l’inventore o l’unico inventore, questa menzione deve essere fatta in un documento distinto. Essa deve contenere il cognome, i nomi, lo Stato sul cui territorio egli risiede e il domicilio dell’inventore, la dichiarazione di cui all’articolo 81 e la firma del richiedente o quella del suo mandatario».

³⁷ G. CAVANI, *La brevettabilità delle invenzioni frutto di IA*, intervento del 3 aprile 2023, in *Intelligenza artificiale e profili di proprietà intellettuale – Presentazione di uno studio UIBM-LUISS*, disponibile su: uibm.mise.gov.it/images/La_brevettabilita_delle_invenzioni_frutto_di_IA.pdf.

Al riguardo è necessario effettuare una premessa: la problematica riguarda solo le c.d. invenzioni *computer-generated*, ossia quelle totalmente generate dalle macchine, e non quelle *computer-assisted*, dove invece le macchine svolgono un ruolo secondario e di assistenza. Infatti, in quest'ultimo caso, è agevole identificare l'uomo come il reale inventore dell'opera, poiché a lui si riconosce il contributo intellettuale fondamentale per la creazione della stessa, anche se prodotta con l'ausilio di una macchina.

Invece, il problema ancora irrisolto è individuare l'autore di un'invenzione nei casi in cui il risultato creativo originale è raggiunto in modo totalmente autonomo dall'IA.

La soluzione più ovvia sarebbe attribuire la paternità dell'invenzione al programmatore dell'IA, ovvero colui che rappresenta l'antecedente logico-causale dell'invenzione che, dando vita alla macchina, le ha consentito di inventare.

Tuttavia, tale soluzione è criticabile in quanto, come il genitore dell'inventore non può ritenersi autore dell'invenzione per il sol fatto che senza di lui l'invenzione non sarebbe stata creata³⁸, così sarebbe opinabile considerare inventore chi si è limitato a definire un obiettivo per una macchina e a fornirle i dati necessari per l'addestramento, senza alcun altro coinvolgimento creativo.

Tali questioni erano rimaste puramente ipotetiche fino al caso DABUS quando, nel 2018 Stephen Thaler, inventore dell'IA creativa DABUS, ha depositato due domande di brevetto presso l'EPO per altrettante invenzioni generate da tale IA³⁹, ottenendo però un rigetto dall'ufficio. Nella sua domanda di Brevetto europeo, infatti, Thaler aveva designato l'IA come soggetto inventore ai sensi dell'art. 81 CBE, in quanto sosteneva che le invenzioni erano state generate in completa autonomia da tale algoritmo.

Secondo il richiedente, la macchina non solo aveva di fatto inventato l'oggetto delle domande di brevetto, ma ne aveva anche riconosciuto per prima il carattere di novità *ex art.* 54 CBE. Di conseguenza, doveva essere

³⁸ Sul punto, v. R. B. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, in *Boston College Law Review*, 2016, p. 36 ss.; M. SOCCI, *op. cit.*, p. 31.

³⁹ Domande di brevetto europeo EP 18275163 e EP 18275174. Le domande avevano ad oggetto un contenitore per alimenti impilabile ed un dispositivo luminoso utile alla segnalazione.

il sistema AI ad essere riconosciuto quale inventore, mentre il richiedente, in quanto proprietario della macchina, doveva essere il beneficiario dei diritti economici derivanti dall'invenzione, trasferitigli in qualità di *legal successor* ex art. 60, comma 1, CBE⁴⁰.

Tuttavia, l'EPO ha rigettato tali richieste, sottolineando l'art. 81 CBE va letto in combinato disposto con la regola 19 del regolamento di esecuzione della convenzione, la quale prevede esplicitamente che «[la menzione dell'inventore] deve contenere il cognome, i nomi, lo Stato sul cui territorio egli risiede e il domicilio dell'inventore, la dichiarazione di cui all'articolo 81 e la firma del richiedente o quella del suo mandatario»⁴¹.

Inoltre, una macchina, in quanto soggetto privo di personalità giuridica, non può né essere riconosciuta come inventore né, tantomeno, trasferire i diritti patrimoniali derivanti dall'eventuale registrazione del brevetto⁴².

Decisioni simili sono state prese anche dagli Uffici dei brevetti di altri Paesi. Negli Stati Uniti, l'USPTO (*United States Patent and Trademark Office*) ha ribadito la necessità di inserire il nome di una persona fisica quale inventore⁴³, decisione la cui validità è stata confermata (in secondo grado) dalla *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* (CAFC)⁴⁴.

⁴⁰ Così si legge nei *Grounds for the EPO decision* del 27 gennaio 2020, riguardanti la richiesta EP 18 275 163, File: 18275163.6, p.to 5.

⁴¹ Regola n. 19 del regolamento di esecuzione della Convenzione sul brevetto europeo.

⁴² In conclusione, l'ufficio ha stabilito che la designazione dell'inventore è un requisito formale indispensabile per la richiesta di brevetto, ribadendo come si tratti di una valutazione indipendente dalla verifica della presenza dei requisiti necessari dell'invenzione stabiliti dalla Convenzione. Il richiedente ha poi fatto appello alla Commissione dei ricorsi dell'EPO, ma la decisione originale è stata confermata, ribadendo la necessità di indicare un soggetto dotato di personalità giuridica come inventore.

⁴³ V. US Patent and Trademark Office (USPTO), *In re of Application No.: 16/524,350*. Più nello specifico, viene ribadito che la legislazione americana, a differenza di quella della Convenzione europea sui brevetti, prevede espressamente che l'invenzione e il brevetto siano sempre riferibili, a titolo originario, a una persona fisica. Per un approfondimento sul caso DABUS negli Stati Uniti, v. K. TAYLOR, *The Patentability of Inventions with Artificial Intelligence Listed as an Inventor Following Thaler v. Hirschfeld*, in *The University of Cincinnati Intellectual Property and Computer Law Journal*, 2022, disponibile su: scholarship.law.uc.edu/ipclj/vol6/iss2/1.

⁴⁴ *Thaler v Vidal*, *US Court of Appeals for the Federal Circuit*, No. 21-2347, del 5 Agosto 2022.

Nello stesso senso si sono pronunciati gli Uffici brevetti (ed eventualmente i tribunali) degli altri Paesi in cui Thaler ha presentato analoga domanda, tra cui Regno Unito⁴⁵ e Australia⁴⁶, con l'unica eccezione dell'ufficio brevetti del Sudafrica⁴⁷.

Pertanto, rimangono aperte diverse questioni: chi dovrebbe essere riconosciuto come inventore delle invenzioni generate dai computer? Qual è la soluzione ottimale per il sistema brevettuale, il cui scopo è promuovere l'innovazione? Inoltre, la concessione del brevetto è la strategia migliore per le invenzioni originate dall'IA, o dovrebbero esse essere lasciate nel pubblico dominio? Si tratta di quesiti dalla risposta non agevole, che verranno approfonditi nei prossimi due paragrafi.

5. La brevettabilità delle invenzioni dell'IA

Si è avuto modo di vedere come, ad oggi, l'ordinamento europeo non consenta la possibilità di designare un'IA come inventore ai sensi dell'art. 81 CBE.

Per consentire una tale possibilità, basterebbe una lieve modifica alla disciplina (se non un'interpretazione estensiva), in grado di ampliare la nozione di "inventore" all'IA.

In Europa questa modifica non è avvenuta, ma è opportuno chiedersi se la brevettabilità delle invenzioni dell'intelligenza artificiale sia compati-

⁴⁵ United Kingdom Supreme Court, *Thaler (Appellant) v Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks (Respondent)*, [2023] UKSC 49, del 20 dicembre 2023.

⁴⁶ In realtà, inizialmente anche il giudice australiano aveva deciso a favore della brevettabilità dell'invenzione di DABUS, invertendo il segno della decisione precedente del *Deputy Commissioner of Patents*. Nonostante poi la decisione sia stata di nuovo modificata dalla Corte federale in ultimo grado, rimane invariato il ragionamento dei giudici, i quali avevano affermato «I need to grapple with the underlying idea, recognising the evolving nature of patentable inventions and their creators. We are both created and create. Why cannot our own creations also create?». *Federal Court of Australia, Thaler v Commissioner of Patents*, 2021, FCA 879, p.to 15.

⁴⁷ *South African Companies and Intellectual Property Commission (CIPC)*, Decision on the patent application No. 2021/03242, del 24 giugno 2021. La decisione riconosce l'IA DABUS come l'inventore e sottolinea come l'invenzione sia stata generata autonomamente da un'IA. V. L. DI GIACOMO, *Intelligenza artificiale generativa e diritti di proprietà intellettuale: riflessioni e giurisprudenza*, in *Diritto.it*, disponibile su www.diritto.it/intelligenza-artificiale-generativa-proprietà/.

bile con la disciplina europea della tutela brevettuale, e quali possano essere le conseguenze giuridiche derivanti dalla loro diffusione.

Da un punto di vista giuridico, l'EPO ha ribadito che l'IA è considerata una branca della *computer science* e, pertanto, le invenzioni generate attraverso essa sono considerate *computer implemented inventions* (CII)⁴⁸. Ai sensi dell'art. 52 comma 2 lett. c) EPC, gli algoritmi di IA, essendo di natura astrattamente matematica, non sono brevettabili «as such»⁴⁹. Tuttavia, può essere brevettabile un *metodo* che comporti l'utilizzazione di un tale algoritmo, purché venga usato per risolvere un problema tecnico.

L'Ufficio ha quindi ribadito che, come per ogni altra invenzione, le invenzioni create dall'IA possono ottenere la privativa brevettuale a condizione che rispettino sia i requisiti previsti dall'art. 52, comma 1, EPC, ossia novità, applicabilità industriale e attività inventiva⁵⁰, che quelli di chiarezza e sufficiente determinatezza previsti dall'art. 83 EPC⁵¹.

Ne consegue che un'invenzione generata dall'IA, sempre che risolva un problema tecnico e che nella domanda di brevetto venga designato un essere umano, può ottenere la privativa brevettuale.

Tuttavia, è opportuno valutare le possibili conseguenze per l'ordinamento derivanti dal diffondersi delle invenzioni *AI generated*. Si tratta di una questione di particolare importanza, dato che solo dal 2016 al 2022 le invenzioni generate dall'IA sono aumentate del 718%⁵².

In primo luogo, con riguardo al requisito della novità *ex art. 54 EPC*, una domanda di brevetto può ottenere la privativa solo se il suo oggetto non è compreso nello stato della tecnica. È il caso di aggiungere che l'art. 54, comma 2, CBE stabilisce che costituisce stato della tecnica «tutto ciò che è stato reso accessibile al pubblico prima della data di deposito della

⁴⁸ V. European Patent Office, *Artificial Intelligence*, disponibile su: www.epo.org/en/news-events/in-focus/ict/artificial-intelligence.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ L'art. 52.1 CBE stabilisce: «I brevetti europei sono concessi per le invenzioni in ogni campo tecnologico, a condizione che siano nuove, implicino un'attività inventiva e siano atte ad avere un'applicazione industriale».

⁵¹ Ai sensi dell'art. 83 EPC «L'invenzione deve essere esposta nella domanda di brevetto europeo in modo sufficientemente chiaro e completo affinché un esperto del ramo possa attuarla».

⁵² World Intellectual Property Organization (WIPO), *AI Inventions*, disponibile su wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/frontier_technologies/pdf/wipo-ai-inventions-factsheet.pdf.

domanda di brevetto europeo mediante una descrizione scritta o orale, un'utilizzazione o un qualsiasi altro mezzo». Per accertare il rispetto di tale requisito è quindi necessario valutare l'esistenza di eventuali predivulgazioni, ossia quei casi in cui l'oggetto della domanda è già stato divulgato attraverso pubblicazioni scientifiche, conferenze, dimostrazioni pubbliche, o qualunque altra ipotesi che abbia già reso l'invenzione accessibile al pubblico.

A questo proposito, il diffondersi di IA particolarmente evolute potrebbe produrre un numero così elevato di predivulgazioni da portare alla conseguenza estrema di rendere estremamente difficile trovare qualcosa che non sia stato già acquisito allo stato della tecnica, e quindi considerabile effettivamente *nuovo*.

Si pensi all'intelligenza artificiale Cloem, che impiega una tecnica di manipolazione linguistica accoppiata al c.d. *brute force computing*. Tale IA può, partendo da una o più domande di brevetto esistenti, generare il testo di migliaia di nuove richieste introducendo piccole variazioni nel contenuto originale⁵³. Se tale macchina iniziasse a pubblicare in massa sul web tutti i suoi risultati, facendoli entrare in questo modo a far parte dello stato della tecnica, vi sarebbe un numero così elevato di predivulgazioni *ex art.* 54, comma 2 CBE, che sarebbe molto difficile riconoscere il requisito della novità per le future domande brevettuali⁵⁴.

Si tratta di scenari tutt'altro che remoti, in virtù del fatto che il *Board of Appeal* dell'EPO si è già pronunciato favorevolmente all'idoneità delle

⁵³ Sebbene questa tecnologia non sia ancora perfetta, come dimostrato dal fatto che molte delle richieste prodotte in questo modo risultano prive di senso, alcune di esse sono grammaticalmente corrette e logicamente sensate, offrendo variazioni interessanti, innovative e non banali rispetto al contenuto delle domande brevettuali iniziali. V. B. HATTENBACH, J. GLUCOFT, *Patents in an Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence*, in *Stanford Technology Law Review*, 2015, p. 41. Sul tema, v. anche E. FRASER, *Computers as Inventors - Legal and Policy Implications of Artificial Intelligence on Patent Law*, in *Scriptorium*, 2016, pp. 307 e 308; M. SOCCI, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁴ Ancora, un'impresa titolare di un tale programma potrebbe utilizzarlo per effettuare predivulgazioni web a tappeto, con l'obiettivo di saturare lo spazio tecnico intorno ad un'invenzione brevettata da un concorrente, attuando così dei comportamenti potenzialmente rilevanti dal punto di vista della disciplina della concorrenza sleale. Sul tema, v. B. HATTENBACH, J. GLUCOFT, *Patents in an era of infinite monkeys and artificial intelligence*, in *Stanford Technology Law Review*, 2015, p. 32 ss., disponibile su: law.stanford.edu/publications/patents-in-an-era-of-infinite-monkeys-and-artificial-intelligence/.

pubblicazioni *web* ad essere considerate valide predivulgazioni ostative al riconoscimento della novità di un'invenzione⁵⁵.

Il requisito della novità e la nozione di predivulgazione non sono stati pensati tenendo in considerazione tali scenari. Pertanto, bisognerebbe valutare quali siano le modifiche più opportune a livello interpretativo e giurisprudenziale che consentano di adattare l'ordinamento brevettuale a questo nuovo contesto. In tal senso, si potrebbe considerare di inserire all'interno della normativa un criterio qualitativo, che neghi la concessione della privativa solo quando ci sia un *significativo* livello di connessione tra il contenuto della predivulgazione e l'oggetto della domanda brevettuale.

In secondo luogo, anche il requisito della capacità inventiva *ex art. 56 CBE* potrebbe essere stravolto dal diffondersi dell'IA. Secondo tale norma, un'invenzione, per ottenere la tutela brevettuale, non deve risultare ovvia agli occhi di un esperto medio del ramo.

La previsione serve a mantenere un equilibrio tra, da un lato, l'offerta di incentivi agli inventori per la creazione e la divulgazione di nuove invenzioni e, dall'altro, la prevenzione di una restrizione indebita sulla libera concorrenza e sull'innovazione, che potrebbe derivare dalla concessione di diritti esclusivi per idee che sono considerate un progresso tecnico banale o ovvio.

Oggi, tale controllo sulla non ovvietà dell'invenzione viene effettuato da esseri umani, ma sarà sempre più necessario coinvolgere l'IA. Infatti, oramai il processo inventivo coinvolge sempre più le intelligenze artificiali, ed è difficile che un'invenzione non sia, seppur parzialmente, generata attraverso una di esse. Pertanto, questo "squilibrio" tra i mezzi utilizzati da-

⁵⁵ V. T 1553/06 (*Public availability of documents on the World Wide Web/PHILIPS*), del 12 marzo 2012, disponibile su epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t061553eu1, dove si legge che: «it can be safely concluded that a document stored on the World Wide Web was made available to the public: If, before the filing or priority date of the patent or patent application, a document stored on the World Wide Web and accessible via a specific URL (1) could be found with the help of a public web search engine by using one or more keywords all related to the essence of the content of that document and (2) remained accessible at that URL for a period of time long enough for a member of the public, i.e. someone under no obligation to keep the content of the document secret, to have direct and unambiguous access to the document, then the document was made available to the public in the sense of Article 54(2) EPC 1973. If any of conditions (1) and (2) is not met, the above test does not permit to conclude whether or not the document in question was made available to the public».

gli inventori e quelli a disposizione dei commissari dell'EPO dovrebbe essere eliminato attraverso l'adozione di AI anche nella fase della verifica della non ovvietà dell'invenzione.

Tuttavia, l'evoluzione tecnologica potrebbe portare al risultato paradossale per cui, per l'IA "esaminatrice", capace di elaborare un numero estremamente elevato di dati, niente sarebbe *realmente* innovativo; al contrario, agli occhi della macchina tutto risulterebbe ovvio e non ci sarebbe spazio per nuove invenzioni registrabili, facendo venire meno l'utilità del sistema brevettuale nella sua interezza⁵⁶. Anche qui, il controllo circa l'*an* della concessione della privativa brevettuale dovrebbe essere in qualche modo riconsiderato, individuando una soglia qualitativa al di sopra della quale si possa ritenere che ci sia stata effettivamente un'innovazione⁵⁷.

Il caso DABUS ha reso evidente la necessità di adattare l'ordinamento alle nuove esigenze derivanti dal diffondersi delle IA creative. Tuttavia, l'importanza della controversia non deriva tanto dalla (pur rilevante) problematica giuridica su cui si è centrata, ossia l'impossibilità di designare un'AI quale inventore di una domanda brevettuale⁵⁸, bensì dall'essere stata la causa scatenante che ha stimolato il dibattito giuridico su questioni ben più complesse, potenzialmente capaci di costringere l'ordinamento brevettuale a mettere in discussione alcuni dei suoi istituti fondamentali.

Il legislatore sembra essere posto dinanzi a un bivio: da un lato, valutare gli accorgimenti necessari per adattare il sistema brevettuale alle invenzioni delle IA creative, dall'altro, prediligere altre soluzioni, ad esempio differenziando la disciplina brevettuale in base all'origine, umana o artificiale, del processo creativo, e scegliendo di precludere la possibilità di ottenere la privativa brevettuale alle invenzioni create dall'IA, facendo sì che il loro creato ricada nel pubblico dominio.

⁵⁶ V. R. B. ABBOTT, *Everything is Obvious*, in *UCLA Law Review*, 2018.

⁵⁷ Il requisito dell'applicabilità industriale, invece, non incontra particolari problematiche dettate dal diffondersi dell'IA.

⁵⁸ Infatti, anche se tale possibilità continuasse ad essere negata, come è avvenuto per Thaler, le invenzioni continuerebbero comunque ad essere generate dall'IA, con la sola differenza che ad essere designato inventore rimarrebbe il titolare della macchina.

6. *Pubblico dominio o tutela brevettuale, possibili soluzioni de iure condendo alla questione delle invenzioni computer generated*

Si è pervenuti alla conclusione che, a condizione di designare un essere umano quale inventore, un'invenzione generata da un'IA che risolva un problema tecnico è di per sé brevettabile. Allo stesso tempo, se si dovessero sviluppare gli scenari prospettati nel paragrafo precedente, allora si dovrebbero riconsiderare alcuni degli istituti tradizionali della disciplina brevettuale.

Rimane però irrisolto un quesito: come dovrebbe comportarsi il legislatore *medio tempore*? Se l'obiettivo ultimo della disciplina brevettuale è promuovere l'innovazione, è più opportuno coinvolgere l'IA in tale disciplina, oppure dovrebbe rimanerne esclusa, facendo sì che le sue creazioni rimangano nel pubblico dominio?

Secondo una parte della dottrina⁵⁹, non sarebbe condivisibile consentire la brevettabilità delle invenzioni generate dall'IA. Una delle motivazioni principali è che una tale invenzione, se da essa autonomamente e unicamente creata⁶⁰, non dovrebbe godere della tutela concessa dalla registrazione brevettuale, principalmente per ragioni di carattere economico.

In primo luogo, si ritiene che l'IA, a differenza degli esseri umani, non ha bisogno di incentivi, e quindi inventa a prescindere dalla prospettiva dell'ottenimento della privativa brevettuale.

In secondo luogo, la presenza di incentivi alternativi alle privative brevettuali, come il c.d. *First-mover advantage*, costituirebbero motivazioni sufficienti a spingere le imprese ad innovare, senza dover necessariamente ottenere l'esclusiva sulle invenzioni generate.

In merito alla prima questione, anche se è innegabile che le IA non hanno nessuna necessità di essere incentivate ad inventare, così non è per gli esseri umani che le utilizzano. Si pensi allo scenario di un'impresa farmaceutica che volesse investire in ricerca e sviluppo, se le fosse prospettata

⁵⁹ V. Y. SHLOMIT, L. J. XIAOJONG, *When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: The 3A Era and an Alternative Model for Patent Law*, in *Cardozo Law Review*, 2018, p. 2227; M. McLAUGHLIN, *Computer-generated inventions*, in *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 2019, p. 28, secondo cui «If a nexus to human inventorship is lacking, the resulting invention should enter the public domain».

⁶⁰ Escludendo quindi le invenzioni *computer assisted*. Ciò creerebbe ulteriori problematiche: dove tracciare la linea di confine tra invenzioni *computer assisted* e *computer generated*?

l'impossibilità di ottenere la tutela brevettuale di un'invenzione di una sua IA, potrebbe optare per la scelta prudenziale di investire in un team di ricercatori, potenzialmente meno efficienti, con conseguenze negative per la generalità in termini di innovazione e progresso.

Allo stesso modo, il vantaggio competitivo dettato dall'essere la prima impresa ad entrare nel mercato, seppur influente, non è necessariamente determinante. Infatti, anche se è vero che nei mercati altamente tecnologici c'è spazio per un numero ristretto di imprese, e che normalmente ci sono consistenti barriere all'ingresso, la scelta sul se tutelarsi o meno attraverso la privativa dovrebbe rimanere nel ventaglio delle scelte strategiche di un'impresa⁶¹.

Ad avviso di chi scrive, appaiono più condivisibili le posizioni degli autori favorevoli alla brevettabilità delle invenzioni dell'IA⁶².

In primo luogo, una tale scelta potrebbe generare un importante stimolo all'innovazione, dato che l'utilizzo di sistemi di IA sembra essere ormai il futuro della ricerca in diversi campi. Al contrario, il permanere di uno stato di incertezza giuridica in materia, e l'assenza di regole armonizzate a livello europeo, potrebbero creare importanti ostacoli all'innovazione in Europa. Giustificare grandi investimenti in ricerca e sviluppo potrebbe essere molto complicato senza la prospettiva di poter garantire gli eventuali frutti attraverso una privativa brevettuale. D'altro canto, la ratio della disciplina brevettuale è quella di promuovere il generale progresso tecnico *attraverso* la tutela dell'inventore. Quest'ultima, infatti, non è il fine della protezione, ma il mezzo attraverso cui l'innovazione tecnica può essere conseguita, e ciò a prescindere dall'origine umana o non umana della stessa⁶³.

Riconoscere la brevettabilità delle invenzioni dell'IA sarebbe importante anche da un punto di vista della sicurezza. Poter monitorare l'andamento dello sviluppo tecnologico in Europa e nel mondo, attraverso una disamina delle privative brevettuali rilasciate, consentirebbe di tenere più

⁶¹ In effetti, le stesse imprese sono spesso interessate ad ottenere la privativa di un'invenzione. V. R. ABBOTT, *The Reasonable Robot, Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge, 2020.

⁶² V. F. BANTERLE, *Ownership of inventions created by Artificial Intelligence*, in L. G. UMBERTAZZI, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, Milano, 2016, p. 69 ss.; E. FRASER, *op. cit.*, p. 325; R. B. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, cit.

⁶³ «Parafrasando Mao, e ancor prima Confucio, si potrebbe dire: non importa di che colore sia il gatto ma solo che prenda i topi». G. CAVANI, *op. cit.*, p. 5.

facilmente sotto controllo lo sviluppo tecnologico, specie in un mondo caratterizzato da un'ipertrofia di invenzioni.

In ultima istanza, occorre quindi chiedersi in che modo bisognerebbe procedere alla regolamentazione brevettuale delle invenzioni dell'IA. Anche qui la dottrina è divisa.

Sono state espresse posizioni diverse, che vanno dalla semplice eliminazione per via legislativa del riferimento all'inventore nel sistema brevettuale, al considerare anche le IA creative come uno strumento a disposizione dell'essere umano⁶⁴, fino al ritenere "inventore" il programmatore della macchina che ha creato l'invenzione⁶⁵.

A prescindere dalla soluzione scelta, in alcuni casi è incontestabile che l'IA sia la vera creatrice di un'invenzione⁶⁶. Ciò che è però realmente dirimente, sia sotto l'aspetto giuridico che economico, è l'assegnazione dei diritti patrimoniali che derivano dallo sfruttamento della privativa. A chi spetterebbero tali diritti? Al proprietario della macchina o a chi se ne è servito?

Secondo parte della dottrina bisognerebbe, da un lato consentire la designazione della macchina quale inventore *ex art.* 81 CBE, così da garantire maggiore trasparenza e da riconoscere esplicitamente il ruolo da esse rivestito nel progredire dello sviluppo tecnologico⁶⁷, e dall'altro, attribuire i diritti patrimoniali derivanti dallo sfruttamento della privativa al proprietario dell'IA⁶⁸.

Tale soluzione potrebbe tuttavia non essere completamente adatta alle caratteristiche delle invenzioni generate dalle IA creative.

Infatti, l'algoritmo alla base di tali macchine le consente di generare un'estrema varietà di *output*, così da poter essere utilizzate nei modi più

⁶⁴ Tale soluzione non sembra soddisfacente (v. esempio del genitore nel par. 4). Tuttavia, presenterebbe quantomeno il vantaggio di risolvere a monte il problema della distinzione, assai ardua da effettuare nei casi concreti, tra invenzioni *computer assisted* e *computer generated*.

⁶⁵ Sull'inopportunità di una tale soluzione, v. par. 4.

⁶⁶ Ci si riferisce alle invenzioni *computer generated*, escludendo quelle *computer assisted*.

⁶⁷ Chiaramente ciò richiederebbe una rivisitazione degli istituti giuridici tradizionali, in quanto le IA, essendo prive di personalità giuridica, non potrebbero essere titolari di una situazione giuridica soggettiva.

⁶⁸ V. R. B. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, cit.

disparati. Non necessariamente l'impresa che ha effettivamente sviluppato l'algoritmo di una tale IA è in grado di operare, o opera, in tutti i settori in cui essa viene utilizzata. Infatti, in molti casi sono gli utilizzatori di tali tecnologie, i c.d. "*AI users*" che, sfruttando i *know-how* posseduti in un determinato campo, riescono ad indirizzare la macchina verso la realizzazione dell'invenzione.

Pertanto, in casi del genere sarebbe più condivisibile indicare tali soggetti come i titolari dei diritti patrimoniali dell'invenzione, in quanto lo stesso risultato non sarebbe stato raggiunto dall'impresa produttrice dell'IA⁶⁹.

Accettando tale tesi, sorgerebbe un ulteriore problema di difficile soluzione; come si individua la soglia, qualitativa e quantitativa, necessaria affinché il contributo degli utilizzatori della macchina sia ritenuto abbastanza significativo da giustificare l'assegnazione a loro (e non al creatore dell'IA) dei diritti patrimoniali legati all'invenzione? In altri termini, come si dovrebbe quantificare l'apporto dei c.d. *AI users*?

Per risolvere tali ipotesi si potrebbe utilizzare un criterio simile a quello dell'esperto medio del ramo utilizzato per accertare la non ovvietà di una domanda brevettuale *ex art.* 56 CBE. In tal modo, e magari utilizzando proprio un'IA, si potrebbe identificare la soglia al di sopra della quale l'intervento dell'*AI user*, valutato sulla base degli *input* e dei dati forniti all'IA, possa considerarsi sufficientemente significativo da garantire all'utilizzatore (e non al creatore) il riconoscimento dei diritti patrimoniali derivanti dalla concessione della privativa.

7. Conclusioni

È dunque evidente che la disciplina brevettuale, nata e sviluppatasi sulla base dell'assunto, non più attuale, per cui ad inventare è solo l'essere

⁶⁹ Secondo Michael Schuster, le invenzioni delle IA potrebbero essere considerate delle esternalità positive, da allocare nel migliore dei modi. Utilizzando il teorema economico di Coase, l'autore ritiene che per assicurare l'efficienza economica sia necessario attribuire i diritti brevettuali di un'invenzione dell'IA non al produttore della macchina, ma a colui che l'ha utilizzata per ottenere l'invenzione. V. W. M. SCHUSTER, *Artificial Intelligence and Patent Ownership*, in *Washington and Lee Law Review*, 2018, p. 1945 ss.

umano, necessita di essere riformata alla luce delle nuove esigenze dettate dal diffondersi dell'IA.

In tal senso, se l'Unione europea intervenisse al riguardo, potrebbe sfruttare il c.d. *Effetto Bruxelles*, individuando degli standard di tutela a cui potrebbero conformarsi gli altri ordinamenti, così come è già avvenuto in altri campi del diritto⁷⁰.

Il primo passo potrebbe essere quello di riconoscere la possibilità di designare come soggetto inventore un'IA. Chiaramente ciò implicherebbe il riconoscimento dei diritti morali a una macchina, che è però chiaramente priva di soggettività giuridica. Pertanto, a breve termine, la soluzione più semplice potrebbe essere quella di eliminare *in toto* il riconoscimento di tali diritti nei casi di invenzioni *AI generated*.

Ulteriore problema, ben più rilevante sotto l'aspetto economico, è quello relativo alla ripartizione dei diritti patrimoniali di un'invenzione dell'IA, potenzialmente risolvibile attraverso l'introduzione di un criterio simile a quello dell'esperto medio del ramo utilizzato per valutare la non ovvietà di un'invenzione *ex art. 56 CBE*.

Infine, nel lungo termine il diffondersi delle IA creative potrebbe costringere l'ordinamento a riconsiderare alcuni degli istituti fondamentali della disciplina, come i requisiti della novità e della capacità inventiva.

In conclusione, disciplinare le invenzioni *AI generated* è un'esigenza pressante. Si tratta di una priorità di tutti gli ordinamenti⁷¹ e l'Unione si trova in prima linea a seguito della pubblicazione dell'*AI Act*⁷². Tuttavia,

⁷⁰ V. A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles: Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021. Più nello specifico, per quanto riguarda la capacità dell'Unione europea di sfruttare l'effetto Bruxelles in ambito ambientale, settore fortemente connesso allo sviluppo tecnologico e la tutela brevettuale, v. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, p. 777 ss.

⁷¹ V. A. BRADFORD, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford, 2023.

⁷² L'*AI Act* nasce dalla proposta della Commissione, del 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, COM(2021) 216 final. Sul punto, v., tra gli altri, M. ALMADA, N. PETIT, *The EU AI Act: A Medley of Product Safety and Fundamental Rights?*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2023. Per una ricostruzione della posizione del Parlamento europeo sull'*AI Act*, v. G. RUGANI, *The European Parliament's Position on the AI Act: a human rights-oriented approach and an attempt to regulate generative AI systems*, in *BlogDUE*, del 5 luglio 2023.

sono ancora numerose le sfide legislative da affrontare, tra cui proprio quella della brevettabilità delle invenzioni dell'Intelligenza artificiale.

Oggi è difficile individuare anche un solo settore del diritto europeo che non venga più o meno direttamente intaccato dagli sviluppi dell'IA ed è pertanto auspicabile che proprio quello ad essa più vicino, ossia la proprietà intellettuale, sia uno dei primi ad essere adeguato alle nuove esigenze.

Parte seconda

Profili di diritto finanziario e tributario

ARMONIZZAZIONE DELL'IVA E FUNZIONAMENTO DEL MERCATO INTERNO

Fabrizio Amatucci*

SOMMARIO: 1. La interdipendenza tra armonizzazione fiscale ed instaurazione del mercato interno UE. – 2 La rilevanza dell'IVA armonizzata ed il perseguimento dell'interesse finanziario UE controbilanciato dai diritti fondamentali. – 3. La necessaria attuazione congiunta da parte dei Paesi membri dei diversi interessi nazionali e dell'UE a tutela del mercato interno. – 4. Prospettive future dell'IVA come tributo armonizzato nel mercato digitale europeo.

1. La interdipendenza tra armonizzazione fiscale ed instaurazione del mercato interno UE

Con l'avvio del mercato interno, i Paesi membri dell'UE si impegnavano ad eliminare definitivamente le barriere poste alla libera circolazione di beni, servizi e fattori produttivi ed a garantire gli operatori economici da misure protezionistiche anticoncorrenziali.

A tal fine risultava fondamentale il processo di armonizzazione delle norme che stabiliscono standard di tutela e che consentono di superare qualsiasi forma di restrizione, di evitare distorsioni economiche e realizzare un fine comune.

A livello fiscale il fenomeno meglio conosciuto in ambito UE come integrazione fiscale positiva, con riguardo alle imposte sui consumi e sui beni e sulla cifra d'affari, che nel caso dell'IVA, risale a quasi cinquant'anni fa', favorisce il perseguimento di tali obiettivi fissati dalla Commissione UE in quanto è volto a rendere alcuni tributi nazionali meno disomogenei e più convergenti e coordinati tra loro per favorire le libertà di circolazione di merci e servizi e l'instaurazione ed il corretto funzionamento del mercato interno.

Ciò, pur determinando forti limitazioni della sovranità nazionale, in particolare nel settore delle imposte indirette e dell'IVA, ha consentito uno

* Professore ordinario di diritto tributario e finanziario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli "Federico II".

stato molto avanzato di ravvicinamento delle singole legislazioni dei Paesi membri¹.

Non vi è dubbio che la base giuridica comune (*ex art. 113 TFUE*) di tale imposta, che deriva dalla sua maggiore e diretta incidenza sulla libera circolazione delle merci, ha favorito tale evoluzione.

Inoltre, la natura di risorsa propria confluyente nel bilancio UE dell'IVA, garantendo in parte l'interesse finanziario sovranazionale, ha giustificato spesso l'intangibilità quasi assoluta di tale imposta c.d. armonizzata a livello nazionale.

Ciò si è reso particolarmente evidente in periodi più recenti post crisi finanziaria e pandemica, legittimando maggiori interventi e vincoli UE nei confronti dei Paesi membri.

Tali caratteristiche dell'IVA hanno consentito il superamento della mancanza di democraticità e di partecipazione dei cittadini al processo decisionale sovranazionale e del limite dell'unanimità deliberativa sancito dall'art. 113 TFUE che hanno sempre rappresentato uno dei principali ostacoli agli interventi UE in materia fiscale.

Nonostante tali limiti, si è tuttavia andata definendo nel tempo progressivamente una disciplina comune che riguarda, non solo gli elementi fondamentali dell'IVA, ma anche quelli procedimentali e sanzionatori.

Tale procedimento di armonizzazione fiscale è risultato tuttavia asimmetrico ed ha portato ad uno sdoppiamento interno degli ordinamenti tributari nazionali ove solo alcuni tributi indiretti (IVA e dazi doganali) diversamente dagli altri (imposte sul reddito), sono divenuti quasi interamente di competenza UE, con implicazioni notevoli ed impatto non indifferente sul mercato interno, che potrà funzionare correttamente se sono assicurate tutte le libertà fondamentali².

¹ S. QUADRI, *Armonizzazione fiscale europea*, Torino, 2003; C. SACCHETTO, *Armonizzazione e coordinamento fiscale nell'UE*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2010, p. 3; A. COMELLI, *L'armonizzazione ed il ravvicinamento fiscale tra lo spazio unico europeo dell'IVA*, in *Dir. prat. trib.*, 2018, p. 1397; G. ROSSILLO, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2018, p. 121 ss.; F. AMATUCCI, *La sovranità fiscale nazionale. Tra erosione e consolidamento*, Torino, 2022. L'armonizzazione fiscale consente l'identificazione di punti di partenza comuni e la determinazione del rapporto in cui vari gruppi di norme appartenenti a vari ordinamenti devono trovarsi.

² Il Libro Bianco del 1985 prevedeva già le misure volte ad assicurare la libertà di circolazione. L'Atto unico del 1987 conteneva la definizione del mercato interno come uno

Inoltre, dopo molti anni dall'introduzione dell'IVA quale tributo comune fondato sulla neutralità, nei sistemi fiscali dei Paesi membri e dopo un radicale mutamento dei sistemi di produzione di beni e degli scambi commerciali con l'avvento di nuove logiche dettate dall'economia digitale, è opportuno chiedersi e verificare se l'armonizzazione delle imposte indirette è in grado di favorire le relazioni economiche e commerciali tra Stati e se la neutralità non rischia di incrementare eccessivamente le frodi ed attività illecite.

Il percorso dell'armonizzazione di tale imposta ha visto infatti l'alternarsi di diverse fasi in cui si è passati dall'iniziale tentativo di superamento del sistema transitorio di tassazione nel Paese di destinazione introdotto nel 1993 attraverso il passaggio a quello di origine, alla necessità successiva, dopo il tentativo di rifusione delle precedenti disposizioni e di razionalizzazione³ ad opera della direttiva del 2006/112⁴, di semplificazione degli adempimenti formali⁵, che richiede l'applicazione di tale tributo e che consente di superare le incertezze (Libro verde del 2011 e proposta di

spazio senza frontiere nel quale assicurare la libera circolazione di persone, merci, capitali e servizi. Sul rafforzamento del sistema IVA in ambito UE e sul passaggio al sistema definitivo di tassazione del merci all'origine: cfr. M. LEHNER, *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non discrimination clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Review*, 2000; B. TERRA, *Leviying VAT in EU Custom Union: towards a sinble indirect tax are?*, in *Erasmus Law Review*, 2020.

³ Diverse sono le direttive emanate al fine di disciplinare ed armonizzare l'IVA tra i Paesi membri UE e quelle volte all'armonizzazione imposte indirette. Le prime direttive (67/227/CEE e 67/228/CE) hanno delineato principi e funzionamento dell'IVA nei Paesi membri. Ma il procedimento di armonizzazione è stato avviato con l'emanazione della sesta direttiva introdotta il 17 maggio 1977, alla quale hanno fatto seguito una serie di altre direttive.

⁴ Le precedenti e numerose direttive in materia sono state raccolte nella direttiva 2006/112, del 28 novembre 2006, che rappresenta una sorta di Testo Unico che ha razionalizzato e coordinato le diverse modifiche intervenute in vista di un sufficiente livello di armonizzazione dell'imposta sul valore aggiunto in ambito comunitario. La direttiva del 2006 ha rafforzato gli approdi ai quali era pervenuto il legislatore europeo.

⁵ Nel 2021 è stata prevista l'introduzione della dichiarazione unica IVA a livello UE e la semplificazione degli adempimenti formali (EURO 23), attraverso un Piano d'Azione e una proposta di direttiva. La semplificazione ha consentito anche l'introduzione dal 2024 della partita IVA unica per favorire gli scambi intra UE e per verificarne la validità e le relative informazioni presenti in Anagrafe tributaria sullo stato di attività e sulla denominazione o sul cognome e nome del titolare. Senza la preventiva richiesta di autorizzazione all'Agenzia dell'Entrate non sarà possibile effettuare gli scambi all'interno della UE.

direttiva 407/2022), tenendo conto più di recente della digitalizzazione dell'economia dei mercati (Piano di Azione del 2016). Ciò ha progressivamente portato in alcuni casi alla necessità di un ripensamento del concetto di territorialità ed all'imposizione nello Stato del consumo⁶.

Tale avanzamento dell'attività di integrazione è stato realizzato anche attraverso una costante attività interpretativa della giurisprudenza della CGUE che ha consentito parallelamente in tale settore, un rafforzamento dei diritti fondamentali dei contribuenti soggetti passivi IVA (contraddittorio, trasparenza, irretroattività, effettività del sistema probatorio e diritto di difesa), nel rispetto della neutralità ed effettività che restano i principi guida comuni dell'IVA in ambito UE.

Tuttavia, nonostante molti degli interventi normativi sovranazionali e delle innovazioni previste a livello UE siano volte a migliorare il sistema dei controlli e repressione illeciti nei diversi Paesi membri⁷, non si è riusciti ad arginare, se non limitatamente, il fenomeno della sottrazione fraudolenta al versamento di tale imposta/risorsa propria, caratterizzato dallo svolgimento di operazioni inesistenti in particolare nell'ambito delle attività intracomunitaria di cessioni di beni⁸.

Ciò incide negativamente sul mercato interno creando distorsioni ed è anche riconducibile all'attuale sistema IVA intra-UE (ancora provvisorio) di tassazione nel Paese di destinazione.

Per tale motivo si è verificato nell'ultimo decennio un cambio radicale di rotta del processo di armonizzazione dell'IVA in ambito UE, anche se la finalità principale è sempre stata la realizzazione di una integrazione fiscale positiva fondata sulla neutralità impositiva e sull'abolizione di ostacoli anche fiscali alla crescita economica ed all'intensificazione dei rapporti commerciali.

L'obiettivo dell'integrazione dei sistemi fiscali sembra infatti essere non più rappresentato in via principale dalla liberalizzazione degli scambi commerciali, ma dal ridimensionamento dei fenomeni fraudolenti e dalla

⁶ Si pensi al sistema c.d. *one stop shop* per le vendite a distanza previsto dalla direttiva n. 2455/2017. V. oltre.

⁷ Diverse sono le direttive emanate per fare fronte a tale fenomeno e contrastare a livello UE le frodi IVA (nn. 2016/1164 e 2017/952) ed i regolamenti (nn. 1541 del 2018 e 904/2020, 1798/2003, 904/2010, 79/2012) oltre alla creazione della procura europea EP-PO.

⁸ Il fenomeno ha raggiunto cifre preoccupanti negli ultimi anni in ambito UE, essendo stato stimato in un ammontare intorno ai 7 – 10 miliardi di euro.

regolamentazione dei sistemi di controllo e sanzionatori necessari per assicurare l'effettivo recupero da parte degli Stati di quelle risorse che confluiscono nel bilancio UE e che risultano essenziali per l'espletamento di politiche finanziarie redistributive particolarmente importanti in periodi di crisi economiche.

Si è determinata parallelamente una europeizzazione dell'imposta sul valore aggiunto che è stata qualificata per le sue peculiarità il "tributo armonizzato".

2. La rilevanza dell'IVA armonizzata ed il perseguimento dell'interesse finanziario UE controbilanciato dai diritti fondamentali

Il sistema di trasferimento di entrate da parte dei Paesi membri, compresa una quota di gettito IVA nazionale, che confluiscono nel bilancio UE come Risorse proprie, deriva dalla perdurante e prevalente assenza di una struttura giuridica unica, adeguata e coordinata, volta al reperimento del finanziamento necessario e fondato su principi specifici ed omogenei che regolano l'intera materia tributaria nel contesto UE e dal mantenimento di autonomia procedimentale se pur condizionata e vincolata da parte dei Paesi membri.

Ciò rende non autosufficiente il sistema finanziario UE. Manca una chiara ripartizione di competenze tra Stati membri e istituzioni in materia tributaria, ed una definizione nel dettaglio della capacità di spesa a livello sovranazionale, oltre alla previsione di un potere impositivo e di riscossione diretta autonomo sovranazionale di entrate proprie.

Tale situazione non consente di soddisfare⁹ pienamente le esigenze

⁹ Cfr. G. ROSSOLILLO, *Il finanziamento dell'UE*, in www.mfe.it/port/index.php, 2020. Per creare una capacità fiscale europea che comporterebbe il potere di decidere su entrate e spese in maniera autonoma e la tassazione diretta nei confronti di persone fisiche e giuridiche senza passare dagli Stati, sarebbe necessario modificare gli articoli 310, 311 e 312 TFUE che disciplinano il bilancio UE e sarebbe necessaria una riforma che comporti l'abolizione del voto all'unanimità del Consiglio dei veti nazionali. Il Parlamento UE nella risoluzione sul sistema delle risorse proprie, del 15 settembre 2020, ha ritenuto che sia opportuno rafforzare la legittimità democratica, la rendicontabilità e la resilienza, oltre all'allineamento delle entrate di bilancio ai suoi obiettivi politici. Cfr. S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 2, ritiene la possibilità che l'UE diventi uno Stato federale desti-

principali che possono manifestarsi, attraverso interventi di riequilibrio territoriale e di salvaguardia dell'interesse economico comune, evitando disparità tra i protagonisti ed attori del mercato interno mediante un adeguato sistema di redistribuzione e di incentivi finanziari ed il trasferimento di maggiori competenze all'UE.

Il TFUE, pur riconoscendo ed attribuendo alle istituzioni dell'UE il potere di istituzione di un sistema di risorse proprie¹⁰ attraverso l'art. 311, e pur assicurando l'intangibilità in termini agevolativi di tributi armonizzati come l'IVA, non prevede ancora un sistema di finanziamento del bilancio UE fondato su regole comuni per l'accertamento e la riscossione di tali entrate e ciò non consente di assicurare l'efficacia dell'attività di recupero¹¹. Diversamente, per i dazi doganali, la regolamentazione procedurale avviene direttamente ad opera delle istituzioni UE.

I diritti doganali rappresentano infatti l'unico settore delle entrate pubbliche trasferito in via esclusiva dai Paesi membri all'UE, ove è esclusa *ex art. 3 TFUE* del tutto la potestà tributaria degli Stati membri ed il potere impositivo esercitato dalle autorità nazionali, e che dunque risulta completamente europeizzato e interamente disciplinato da un testo unico europeo come il codice doganale UE¹².

Per quanto riguarda l'IVA, sebbene il potere impositivo appartenga

nato a coesistere con gli altri Stati indipendenti e sovrano, non, allo stato, uno scenario probabile.

¹⁰ La Commissione UE, con la comunicazione COM(2020) 442, del 27 maggio 2020, nonché il Consiglio europeo, nella riunione del 21 luglio 2020 (con nota EUCO 10/20), hanno evidenziato la necessità di politiche fiscali coordinate fondate sulla solidarietà, sull'assistenza finanziaria tra gli Stati membri e di criteri per un'equa redistribuzione nel contesto unionale per garantire il superamento di una serie di criticità che rendono non efficiente l'attuale sistema. Cfr. P. SELICATO, *Accordi europei e sovranità fiscale nazionale*, in *federalismi.it*, 2021.

¹¹ Al concetto di fiscalità europea corrisponde oggi, piuttosto che un ordinamento fiscale vero e proprio, un sistema di regole finanziarie europee aventi portata anche fiscale che hanno una incidenza sulla struttura degli ordinamenti nazionali. Cfr. C. SCIANCALEPORE, *Le risorse proprie nella finanza pubblica UE*, Bari, 2021, p. 185. L'incompletezza e la natura ibrida della fiscalità europea, sono più che mai attuali nella perdurante assenza di una struttura costituzionale e di principi in materia tributaria.

¹² I dazi doganali sono percepiti dall'UE a seguito delle importazioni di merci provenienti da Paesi terzi da parte dei Paesi membri e sono interamente disciplinati da regolamenti UE. Cfr. sul tema M. SCUFFI, *Diritto doganale dell'UE*, in F. AMATUCCI (a cura di), *Diritto processuale tributario*, Torino, 2020.

formalmente ai singoli Stati¹³ ed il gettito che confluisce nel bilancio UE è limitato allo 0,30% di quello nazionale, il regime risulta fortemente e maggiormente influenzato e vincolato dal diritto UE¹⁴.

La competenza concorrente prevista dal TFUE ha condizionato ed accelerato il suo processo di armonizzazione in ambito UE, legittimando maggiori interventi sui sistemi nazionali, maggiori vincoli per i legislatori dei Paesi membri ed anche un rafforzamento della tutela del contribuente in fase di riscossione e rimborso, attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali dei contribuenti.

L'incidenza dei principi UE nei confronti dei tributi armonizzati come IVA e dazi doganali si manifesta come esaminato anche sulle regole le e tutele compensative dell'interesse finanziario prioritario dell'UE, come quelle volte ad assicurare e rafforzare il contraddittorio, l'effettività del diritto di difesa ed a prevedere la ragionevole durata dei termini di decadenza e di prescrizione in materia di rimborso¹⁵.

In particolare, la Corte di giustizia ha evidenziato ad esempio che il termine previsto dagli Stati membri per esercitare le azioni di restituzione di tributi indebitamente versati, deve essere ragionevole e congruo¹⁶.

¹³ Pur essendo prevista l'istituzione e la previsione degli elementi fondamentali dell'imposta sulla cifra d'affari direttamente da organi ed istituzioni UE attraverso direttive e regolamenti, il potere impositivo, quello di controllo e sanzionatorio risultano ancora formalmente in buona parte subordinati alla manifestazione di sovranità nazionale.

¹⁴ Le attuali forme di finanziamento delle organizzazioni UE, pur avvicinandosi a quelle dei singoli bilanci dei Paesi membri, non determinano ancora una sovranità fiscale delle principali Istituzioni in grado di collocarsi affianco a quella degli Stati membri.

¹⁵ Cfr. Corte giust., 14 febbraio 2019, C-562/17, *Nestrade*, p.ti 41 e 42, ove è stato affermato dalla Corte che il principio di effettività osta a una normativa o a una prassi amministrativa nazionali nei limiti in cui esse sono idonee a privare un soggetto passivo della possibilità di rettificare le fatture relative ad alcune delle sue operazioni e di avvalersene ai fini del rimborso dell'iva indebitamente fatturata e assolta da tale soggetto passivo, se il termine di decadenza di cinque anni fissato da detta normativa non è ancora scaduto. V. per analogia, Corte giust., 26 aprile 2018, C-81/17, *Zabrus Siret*, p.to 40. Con la sentenza del 2 luglio 2020, C-835/18, *Terracult srl*, è stato riconosciuto, per assicurare la neutralità dell'IVA, il superamento della definitività degli atti impositivi.

¹⁶ In tal senso, Corte giust., 17 novembre 1998, C-228/96, *Aprile*; 9 febbraio 1999, C-343/96, *Dilexport*; 15 settembre 1998, C-231/96, *Edis*; 10 settembre 2002, C-216/99 e C-222/99, *Prisco*; Corte giust., 29 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italian*. Cfr. inoltre Corte giust., 21 giugno 2012, C-294/11, *Elsacom*, p.ti 26 e 33. Nella sentenza della Corte del 2 maggio 2019, C-133/19, *Sea Chef*, il termine di un mese previsto dalla direttiva 2008/9 per l'integrazione delle informazioni aggiuntive per accertare diritto al rimborso

Tali termini non possono infatti rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti dei contribuenti (compreso quelli di rettifica di errori e di rimborso tributi indebitamente versati) conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, anche se, per definizione, il loro spirare comporta la preclusione dell'azione di recupero¹⁷.

Inoltre, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha sempre assicurato il rispetto della neutralità dell'IVA ed il riconoscimento della detraibilità di tale imposta, soprattutto qualora tale disconoscimento risulti di tipo sanzionatorio (sanzioni improprie)¹⁸.

Anche i principi europei del *ne bis in idem*¹⁹ e della proporzionalità hanno inoltre fortemente condizionato il sistema sanzionatorio in particolare dei tributi armonizzati come l'IVA, consentendo di contrastare effettivamente il cumulo e l'afflittività che può scaturire dal sistema complessivo delle sanzioni tributarie.

A livello europeo si è cercato di assicurare attraverso il rispetto di tali principi, la mancanza di sproporzioni o incoerenze in particolare del sistema sanzionatorio IVA e di garantire l'adeguatezza delle modalità dissuasive degli illeciti tributari nel loro complesso, nel rispetto dei diritti e delle libertà degli individui come sancito a livello convenzionale²⁰.

IVA da parte di A.F. francese (il cui mancato rispetto implicava il venir meno di tale diritto) è stato ad es. considerato non di decadenza in caso di tardiva risposta del contribuente.

¹⁷ *Nestrade*, cit.

¹⁸ Corte giust., 17 luglio 2014, C-272/03, *Equoland*. Ciò è accaduto anche nel caso *Rudopi* del 20 giugno 2013 ove si annullava a titolo sanzionatorio una fattura ad un soggetto che non aveva adempiuto nei termini previsti all'obbligo di contabilizzazione e dichiarazione. Cfr. F. AMATUCCI, *Il superamento dei limiti di decadenza e prescrizione in materia tributaria secondo gli orientamenti della Corte di giustizia UE*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, p. 5.

¹⁹ Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*, p.to 20; 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*. Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; C. SILVA, *La deriva del ne bis idem verso la proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, p. 16.

²⁰ La Corte di giustizia, nella sentenza *Ecotrade*, del 8 maggio 2008, C-96/07, esaminava se la inosservanza di obblighi contabili ai fini dell'inversione contabile IVA potesse essere validamente sanzionata col diniego del diritto a detrazione in caso di applicazione del regime dell'inversione contabile ai sensi degli articoli 18, n. 1, lett. d), e 22 della sesta direttiva 77/388, come modificata dalla direttiva 2000/1. La Corte riteneva in proposito che osta alla sesta direttiva, per violazione della proporzionalità, una prassi di rettifica delle dichiarazioni e di accertamento dell'imposta sul valore aggiunto che sanzionava un'inos-

Il potere riscossivo-esattivo è esercitato dagli Stati quasi interamente in base a quanto previsto dai regolamenti, come quelli contro le frodi IVA, e soprattutto nel rispetto assoluto dei principi giurisprudenziali UE.

Si è determinata indubbiamente un'evoluzione del sistema di regolamentazione dell'IVA, che ha reso tale imposta l'unico vero tributo UE, nonostante la ridotta partecipazione dei cittadini europei alle scelte sovranazionali in materia fiscale.

Da tale assetto particolare sono scaturite notevoli implicazioni in termini di eguaglianza e di uniformità e coerenza del sistema di garanzie dei cittadini contribuenti dell'UE.

I tributi armonizzati (IVA, dazi e imposte doganali), proprio in quanto risorse proprie, hanno dunque giustificato alcuni interventi UE in grado di limitare eccessivamente la sovranità fiscale in vari ambiti degli ordinamenti dei Paesi membri²¹ riguardanti in particolare la potestà agevolativa e forme di definizione dei carichi tributari in diversi casi relativi al nostro ordinamento²².

servanza dell'inversione contabile, in quanto eccedeva quanto necessario per conseguire l'obiettivo del corretto adempimento degli obblighi previsti dall'art. 22 n. 7 della sesta direttiva. Anche nella sent. del 16 ottobre 2003, C-91/02, *Hannl Hofstetter*, è attribuita rilevanza al carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni. Inoltre, con la sentenza della Corte del 17 luglio 2014, C-272/03, *Equoland*, veniva sollevata la questione di incompatibilità UE della sanzione ex art. 13 del d. lgs. n. 471/97 che prevede il versamento del 30% di ogni importo non versato alla scadenza e, nel caso in esame, una maggiorazione dell'IVA all'importazione che già era stata regolarizzata e versata attraverso inversione contabile a titolo sanzionatorio per mancata introduzione delle merci nel deposito fiscale.

²¹ L. DEL FEDERICO, *Le controversie sul recupero degli aiuti di Stato nella giustizia tributaria italiana*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, p. 626, ricorda che oltre ai rigori della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato, si può pensare ai condoni, all'IVA, al divieto di abuso del diritto e alla disapplicazione del giudicato. Sono diversi i casi in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che la natura di risorsa propria dell'IVA rappresenta una valida giustificazione della sua indisponibilità. Con sent. del 12 settembre 2000, C-276/97, *Commissione c. Francia*, è stata prevista l'impossibilità di prevedere condoni o transazioni in materia di IVA. Con sent. del 17 luglio 2008, C-132/06, *Commissione c. Italia*, la Corte si è pronunciata sull'incompatibilità con i principi di neutralità e con gli obblighi di pagamento dell'imposta (riscossione effettiva di una risorsa propria) nell'arco di un certo periodo di tempo, previsto dagli artt. 2 e 22 della sesta direttiva, del condono previsto dalla legge n. 289/2002.

²² L' art. 9 della legge n. 289/2002 consentiva, secondo la Corte, ai contribuenti che non hanno osservato gli obblighi in materia di IVA relativi agli esercizi d'imposta compresi tra il 1998 ed il 2001, di sottrarsi definitivamente a questi ultimi e alle sanzioni dovute per il mancato rispetto degli stessi, versando una somma forfettaria invece di un importo pro-

Sull'intangibilità dell'IVA sancita a livello UE si è pronunciata anche la nostra giurisprudenza in diverse occasioni²³.

Ciò ha creato forti squilibri e disequaglianze all'interno degli ordinamenti tributari che rischiano di influire negativamente sul funzionamento del mercato interno, compromettendo il ricorso a strumenti fiscali incentivanti e rendendo meno attrattivi gli investimenti in altri stati membri.

L'orientamento giurisprudenziale nel tempo è stato tuttavia per tali ragioni in parte ridimensionato da parte della stessa Corte di giustizia, che ha ritenuto incompatibile soltanto quelle forme di rinuncia indiscriminata o generale al gettito proveniente da tale imposta da parte degli Stati, escludendo da tale vincolo ad es. la definizione delle liti pendenti²⁴, e superando parzialmente il limite della infalciabilità dell'IVA.

La natura particolare di tale tributo armonizzato o fortemente europeizzato, non rende pienamente condivisibile, né giustifica, la tesi giurisprudenziale della Corte di giustizia a sostegno dell'intangibilità IVA, in base alla quale si considerava riconosciuta ai fini dell'incompatibilità con il

porzionale al fatturato realizzato. Sostituendo, appena dopo la scadenza dei termini assegnati ai soggetti passivi per corrispondere gli importi dell'IVA normalmente dovuti, gli obblighi degli interessati risultanti dagli articoli 2 e 22 della sesta direttiva con altri obblighi che non richiedono il pagamento dei suddetti importi, gli articoli 8 e 9 della legge n. 289/2002 svuotano di contenuto questi articoli della sesta direttiva, che sono tuttavia alla base del sistema comune dell'IVA e incidono, pertanto, sulla struttura stessa di questa imposta. Lo squilibrio significativo esistente tra gli importi effettivamente dovuti e quelli corrisposti dai contribuenti che intendono beneficiare del condono in questione conduce "ad una quasi-esenzione fiscale". Ne deriva che la legge n. 289/2002 pregiudica seriamente il corretto funzionamento del sistema comune dell'IVA. Le disposizioni di detta legge, introducendo rilevanti differenze di trattamento tra i soggetti passivi sul territorio italiano, alterano il principio di neutralità fiscale.

²³ Il nostro giudice nazionale ha riconosciuto (sentenza Cass. del 18 settembre 2009, n. 20068) tale potere di disapplicazione in materia tributaria con riguardo all'IVA ed a norme interne come quelle condonistiche in grado di porsi in contrasto con l'interesse finanziario UE. Cfr. Corte cost., sent. 15 luglio 2014, n. 225.

²⁴ Corte giust., 29 marzo 2012, C-500/10, *Belvedere costruzioni*, 7 aprile 2016, C-546/14, *Degano*. La misura agevolativa (definizione liti pendenti) contenuta all'art. 3, comma 2 *bis*, del decreto legge n. 40/2010 non costituiva secondo la Corte una rinuncia generale alla riscossione dell'IVA per un dato periodo, bensì una disposizione eccezionale diretta a far osservare il principio del termine ragionevole, estinguendo le procedure più vecchie pendenti dinanzi al giudice tributario di terzo grado, con la conseguenza che la decisione di secondo grado passasse in giudicato.

diritto UE, l'esclusività dell'interesse finanziario²⁵, la sua indisponibilità a livello nazionale e la piena riconducibilità nella sfera di appartenenza del diritto europeo, quasi in contrapposizione a quella nazionale.

Il rischio che scaturisce da tale ultimo orientamento è quello di una limitazione eccessiva delle politiche fiscali agevolative e incentivanti da parte dei Paesi membri, essenziali nel mercato interno nel rispetto delle regole a tutela della concorrenza.

3. La necessaria attuazione congiunta da parte dei Paesi membri dei diversi interessi nazionali e dell'UE a tutela del mercato interno

Nei casi relativi ai tributi armonizzati, spesso in virtù di una competenza di fatto quasi esclusiva UE (con riguardo ad IVA e dazi), si è proceduto a livello UE per assicurare contestualmente, sia la neutralità dell'imposta, che gli interessi finanziari.

Sulla base di tali due contrapposti interessi, si è proceduto a disapplicare le norme restrittive procedurali e processuali e sanzionatorie nazionali incompatibili con i principi UE secondo il principio di proporzionalità.

Tale disapplicazione prevista dalla Corte di giustizia ha riguardato, sempre nel settore dei tributi armonizzati ed in particolare quello dell'IVA, anche quegli ostacoli al riconoscimento effettivo di una serie di garanzie dei soggetti passivi riconosciute pienamente dalla giurisprudenza europea, come il diritto a non essere assoggettati a duplicazioni di sanzioni per analogia fattispecie²⁶. Ciò ha rappresentato un rafforzamento generalizzato, sia del principio dell'effettività dell'interesse fiscale che dei diritti fondamentali all'interno dei singoli ordinamenti tributari nazionali²⁷.

In generale, la nostra giurisprudenza nazionale si è adeguata a tali orientamenti delle Corti UE ed europee, condividendo la maggiore portata vincolante dei principi sovranazionali operanti in prevalenza in casi aventi

²⁵ Cfr. *Commissione c. Francia*, cit., sull'impossibilità di transigere in materia di IVA, per lungo tempo supportata dagli orientamenti della Corte di giustizia nella sent. del 17 luglio 2008, *Commissione c. Italia*, cit.

²⁶ Sui limiti alla disapplicazione da parte delle corti nazionali e internazionali e sulla mancanza di criteri precisi sui cui fonda tale potere, cfr. F. AMATUCCI, *La sovranità fiscale nazionale*, cit., p. 44.

²⁷ G. TINELLI, R. SCALESE, S. MENCARELLI, *Introduzione allo studio giuridico dell'imposta sul valore aggiunto*, Torino, 2022.

ad oggetto tributi armonizzati ed in particolare per l'IVA, intervenendo su quei limiti procedurali e temporali riguardanti il diritto di difesa ritenuti restrittivi e sul cumulo sanzionatorio, che non consentono ancora la piena attuazione dell'effettività dei diritti fondamentali europei.

I rapporti esauriti diversamente dal diritto UE sono stati considerati, tuttavia, dal nostro ordinamento e dalla giurisprudenza, fondamentali per garantire la certezza dei rapporti tributari.

La giurisprudenza della Cassazione ed il nostro legislatore, nonostante una certa flessibilità ed apertura nel condividere principi non scritti come abuso diritto, proporzionalità e contraddittorio, elaborati dalla Corte di giustizia in relazione a casi IVA nel rispetto soprattutto della neutralità che caratterizza tale imposta, hanno tuttavia spesso ritenuto inderogabili i termini nazionali di decadenza se favorevoli al contribuente, e limitati i principi e diritti riconosciuti dalla giurisprudenza UE senza effettuare la ponderazione necessaria tra i diversi interessi, come certezza e affidamento da un lato ed esigenze finanziarie, neutralità e mercato interno dall'altro.

Si pensi all'azione di rimborso IVA indebitamente versata contemplata nella ordinanza della Cassazione n. 1440 del 2016 nei casi di *overruling*, ove si poneva il problema dell'identificazione del *dies a quo* per le azioni di recupero IVA a seguito di pronuncia giurisprudenziale o amministrativa di incompatibilità con il diritto UE, che ribalta i precedenti orientamenti successivamente al versamento dell'imposta²⁸.

La nostra Corte Suprema ha ritenuto che, a livello nazionale, non sono invalicabili principi elaborati dalla giurisprudenza UE che non prevalgono sulla certezza del diritto sancita a livello nazionale.

Anche sull'effettività del riconoscimento dei diritti fondamentali, il diritto ad essere ascoltato o al contraddittorio *ex art. 41 Carta UE*, più volte ribadito dalla Corte di giustizia (nelle sentenze *Sopropè* del 18 dicembre 2008 e *Kamino* del 3 luglio 2014), è stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁹ e a livello normativo dall'art. 5-ter del d.lgs.

²⁸ La Corte di giustizia UE, nella sent. del 15 dicembre 2011, C-427/10, *BAPV*, si era pronunciata sulle garanzie poste ai fini del diritto al rimborso IVA in caso di *overruling* interpretativo ministeriale e giurisdizionale.

²⁹ Il contraddittorio preventivo è stato considerato dunque invocabile nei soli casi degli accertamenti sui tributi armonizzati (es. IVA), con l'ulteriore limite della c.d. "prova di resistenza". In tal senso, Cass. sentt. n. 7137/2016; ord. 14 marzo 2018, n. 6219; 16 febbraio 2018, n. 3900; 9 gennaio 2018, n. 310 ed ord., 16 aprile 2019, n. 10652 ove è stato chiarito che l'annullamento deriverebbe solo dal mancato contraddittorio per i tributi armonizzati.

218/1997 del 2019 (invito obbligatorio), fissando una serie di esclusioni di tali diritti e loro effettività (contraddittorio) e non considerando sempre l'interesse finanziario UE prevalente rispetto alla certezza del diritto.

Tale principio è stato inoltre irragionevolmente disconosciuto dalla giurisprudenza per le imposte sul reddito, pur non essendo prevista tale esclusione dal diritto UE.

Nel nostro sistema sanzionatorio tributario, caratterizzato dall'afflittività delle misure punitive anche amministrative, la proporzionalità in materia sanzionatoria è stata spesso considerata dalla giurisprudenza interna un parametro in grado di consentire la valutazione sull' idoneità della sanzione al raggiungimento dell'obiettivo e l'esatta riscossione dell'imposta (ed in particolare di tributi armonizzati come l'IVA) e di bilanciare interessi contrapposti³⁰.

La ponderazione di interessi (finanziario e di neutralità e funzionamento del mercato UE) a livello amministrativo e giurisprudenziale, resta ancora fondamentale per il corretto recepimento dei principi sovranazionali, tenendo anche presente che il mancato perseguimento di uno dei due interessi può avere forti ripercussioni sul commercio e sull'economia dell'UE, con effetti vantaggiosi per i Paesi terzi.

4. Prospettive future dell'IVA come tributo armonizzato nel mercato digitale europeo

La Commissione europea ha rilevato l'obsolescenza del funzionamento dell'IVA, oramai risalente e non in grado di stare al passo con le nuove sfide dell'economia³¹.

³⁰ In tal senso Cass. n. 15507 del 15 luglio 2020, ove è riconosciuto tale principio quale limite al disconoscimento del diritto di detrazione. La proporzionalità rappresenta un criterio di portata generale che permette di bilanciare interessi contrapposti: esso è un canone di giustizia che consente di misurare e limitare l'arbitrarietà del potere esercitato da parte dell'Amministrazione. Sicché l'azione amministrativa in materia di IVA, anche sanzionatoria, deve essere adeguata e congrua. binario e l'irrogazione immediata di sanzioni amministrative in presenza di procedimento penale, prevedono nei confronti di alcuni soggetti la sospensione dell'irrogazione di quelle amministrative in attesa di archiviazione e proscioglimento in sede penale.

³¹ G. MARINO, *L'iva nel contesto dell'economia digitale: eterogenesi di una imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, p. 47. Il fenomeno della digitalizzazione ha incrementato l'esigenza di

Pertanto, è stato varato un ambizioso piano d'azione³², volto alla definizione di un percorso ed azioni che portassero alla creazione di uno spazio unico europeo in grado di incentivare l'occupazione, la crescita, gli investimenti e la concorrenza.

L'introduzione del sistema OSS (*one stop shop*) o sportello unico del 2021³³, che prevede un regime opzionale di addebito dell'imposta nello stesso Stato di consumo solo per le vendite a distanza online verso consumatori privati, unitamente ad i nuovi adempimenti come la partita IVA unica UE dal 2024 ed alla fatturazione elettronica. Sono obblighi previsti per garantire la semplificazione degli adempimenti e per favorire lo scambio dei dati fondati su standard comuni, consentendo allo stesso tempo di accelerare ancor di più l'armonizzazione dei sistemi nazionali prevenendo le frodi³⁴.

La maggiore condivisione di informazioni, che dovrebbe derivare da tale trasformazione digitale, può consentire una piena conoscenza ed un più facile accesso ai dati utili anche per la diligenza dei diversi soggetti passivi operanti nei Paesi membri.

un sistema fiscale semplice, stabile e prevedibile, che non ponga ostacoli all'accesso delle piccole e medie imprese al mercato unico, accesso favorito proprio dalla digitalizzazione, ma che al tempo stesso sia cauto nell'uso di incentivi e crediti fiscali per il rischio di violazione della neutralità fiscale. Proprio l'esigenza di garantire la neutralità del tributo armonizzato ha portato l'Unione europea a riscontrare nell'applicazione del principio di destinazione, per tutte le fattispecie di cessioni di beni e prestazione di servizi, il sistema più efficace al perseguimento di tale obiettivo.

³² Comunicazione della Commissione, del 7 aprile 2016, al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo su un piano d'azione sull'IVA, *Verso uno spazio unico europeo dell'IVA - Il momento delle scelte*, COM(2016) 148 final.

³³ Il sistema OSS, introdotto nel nostro ordinamento con d. lgs. n. 83/2021, consente agli operatori soggetti passivi di registrarsi ai fini dell'IVA, presentare le dichiarazioni IVA ed effettuare i pagamenti in un solo luogo, senza bisogno di registrarsi presso le autorità fiscali di ciascun paese in cui si opera. Il soggetto che aderisce risulta esonerato dalla fatturazione, registrazione e dichiarazione IVA. Occorre applicare le regole del sistema OSS ai clienti di tutti i paesi dell'UE in cui si effettuano le forniture. Il sistema OSS prevede due tipi di regimi: il regime UE, per le imprese con sede nell'Unione europea o con almeno una filiale con sede in un paese dell'UE; il regime non UE, per le imprese che non hanno sede o filiali nell'Unione europea. Il venditore attraverso tale nuovo sistema evita di doversi identificare (o nominare un proprio rappresentante fiscale) in ogni Stato membro ove si trovi ad operare, ma può utilizzare un unico numero identificativo valido in tutta la UE.

³⁴ Cfr. N. GALLEANI D'AGLIANO *Prospettive evolutive dell'IVA negli scambi internazionali, Fiscalità e commercio internazionale*, 2023, p. 26.

Tali nuovi adempimenti e opportunità per i soggetti passivi che operano in ambito intra-unionale, si aggiungono a quei vincoli ed a quelle maggiori garanzie sancite a livello europeo e dalla giurisprudenza delle corti europee, volte a favorire l'armonizzazione procedimentale tributaria, che si trova già in fase avanzata in materia di IVA.

Il nuovo mercato digitale determina un ripensamento del principio della territorialità³⁵, che non è più adeguato ad un sistema comune dell'IVA che regola gli scambi transnazionali, tenendo conto di una realtà economica che va scomparendo³⁶.

La ripartizione convenzionale del gettito tra Stati, ed il trasferimento di quote a bilancio UE, deve essere fondato su regole più precise e su una maggiore trasparenza.

La mancanza di un approccio condiviso da parte dei Paesi membri per lungo periodo ha determinato un riconoscimento di fatto della piena autonomia e della sovranità legislativa in capo ai singoli Stati membri che hanno introdotto soluzioni normative provvisorie e non omogenee volte spesso a garantire isolatamente gli interessi dei singoli Stati³⁷.

I rischi di un mancato coordinamento dei sistemi impostivi del mercato digitale sono stati messi ben in evidenza in ambito UE in maniera significativa dalla comunicazione della Commissione UE al Parlamento europeo e al Consiglio denominata “*A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*” del 21 settembre 2017 COM 2017(547)³⁸. Il pacchetto della Commissione “*VAT in Digital age*” dell'8

³⁵ A. GIOVANNINI, *Territorio invisibile e capacità contributiva nella Digital Economy*, in *Riv. dir. trib.*, n. 5, 2022.

³⁶ In relazione alla legge delega per la riforma fiscale n. 111 del 9 agosto 2023 è prevista la ridefinizione dei presupposti dell'imposta al fine di renderli più aderenti alla normativa dell'Unione europea. Inoltre, nel preambolo è proposta la riforma dell'art. 7-bis, del d.p.r. n. 633/1972, rispetto all'art. 32 (ma anche al 31) della direttiva 112 del 2016 UE, che distingue tra le cessioni di beni con o senza trasporto, collocando la territorialità rispettivamente nel luogo di inizio del trasporto o in quello dove il bene si trova al momento della cessione. A proposito di territorialità sarebbe da riscrivere anche l'art. 7-ter, criterio *default* per le prestazioni di servizi.

³⁷ Cfr. L. DEL FEDERICO, C. RICCI (a cura di), *Le nuove forme di tassazione della digital economy*, Roma, 2018; A. PURPURA, *Tassazione dell'economia digitale*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, p. 1939. Cfr. A. URICCHIO, W. SPINAPOLICE, *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in *Rass. trib.*, 2018, p. 469. Cfr. A. PERRONE, *L'equa tassazione delle multinazionali in Europa*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, p. 239.

³⁸ In alcune proposte di direttiva ai fini delle imposte sul reddito, per individuare la

dicembre 2022 ha come obiettivo quello della modernizzazione e della digitalizzazione del sistema IVA a livello UE e la sua resistenza alle frodi³⁹.

Il sistema fiscale dell'economia digitale (come l'OSS) tende in generale a privilegiare il luogo di presunto acquisto-consumo, tenendo allo stesso tempo conto della presenza digitale sul territorio, ed appare diverso dai tradizionali criteri e certamente più idoneo alla nuova realtà digitale ed alla necessità di una diversa localizzazione ai fini fiscali fondata su piattaforme e strutture immateriali.

Sarebbe necessario stabilire in che misura tale metodologia svincolata dai confini territoriali dei Paesi membri possa stravolgere il sistema comune IVA, che si applica sempre più sugli scambi di beni attraverso il canale digitale, travalicando le barriere del mercato interno UE con rischi sempre maggiori di occultamento o difficile localizzazione della base imponibile e dunque di forte compromissione dell'interesse finanziario UE.

Il passaggio definitivo al regime IVA del Paese di origine⁴⁰, tanto auspicato negli anni 1990, ma ancora molto difficile da attuare, andrebbe definitivamente superato dall'imposizione nel Paese del consumo o della prestazione del servizio per tutti i soggetti passivi, attraverso la condivisione

parte di ricchezza tassabile nell'ambito territoriale nazionale, si prende inoltre in considerazione l'intero fatturato digitale ripartito per tutti gli accessi degli utenti ovunque situati per ottenere il fatturato che scaturisce dal singolo accesso. In attesa di soluzioni definitive a livello internazionale, il 21 marzo 2018, la Commissione UE, sulla base di tali concetti, ha infatti emanato due proposte di direttive che disciplinano in generale la tassazione delle imprese che operano nell'economia digitale. Mentre la prima (COM 147 *final*), diretta a proporre una soluzione strutturale è denominata "norme per la tassazione armonizzata delle società che hanno una presenza digitale significativa", la seconda (COM 148 *final*), offre una soluzione di tassazione relativamente più semplice da implementare riguardante un "sistema comune di imposta sui servizi digitali". La presenza digitale significativa, secondo l'art. 5 della prima direttiva (COM 147), si verifica quando in uno Stato avvenga la fornitura di servizi digitali e siano riscontrabili alcuni requisiti (ricavi, numero utenti, ecc.). V. *Service Tax*.

³⁹ La necessità di consentire il miglioramento dell'attività di riscossione e contrastare le frodi carousel è stata più volte evidenziata. Cfr. *VAT in Digital age*. L'8 dicembre 2022 la Commissione UE ha proposto una serie di misure per modernizzare il Sistema IVA per renderlo più resistente alle frodi, oltre a promuovere la digitalizzazione.

⁴⁰ L'obiettivo del mercato interno era quello di porre in essere una sola operazione, fatturando all'origine con l'imposta del Paese di destinazione della merce. Con le regole sin qui vigenti le fatture intra-UE sono cartacee, e il sistema definitivo non potrà partire prima che si possa verificare che l'emittente del documento lo abbia liquidato a debito, procedendo poi alle dichiarazioni ed ai versamenti.

degli stessi adempimenti formali e la loro gestione e regolamentazione centralizzata a livello UE per assicurare un efficiente sistema a monitoraggio digitalizzato⁴¹, che risulta agevolato dall'esistenza di un sistema avanzato di garanzie e diritti comuni.

La convergenza degli interessi finanziari degli Stati membri e dell'Unione europea, che è alla base di tal riforme, non può prescindere infine da una maggiore uniformità di aliquote IVA e dei sistemi agevolativi adottati dai vari ordinamenti, necessaria ad evitare un effetto negativo e distorsivo sulla concorrenza tra Stati membri in grado di vanificare ogni tentativo di ravvicinamento proposto dall'UE.

⁴¹ Il sistema di monitoraggio dei soggetti passivi IVA noto come *Digital reporting requirements*, introdotto da alcuni Paesi in UE nel 2021, prevede un controllo continuo digitale di tutte le transazioni economiche e di contrastare le frodi IVA anche a livello nazionale.

LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CAPITALI: LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI RESTRIZIONI DI NATURA FISCALE AI MOVIMENTI DI CAPITALI FRA STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA E PAESI TERZI

Enrico Traversa*

SOMMARIO: 1. La libera circolazione dei capitali nel contesto delle quattro libertà fondamentali del mercato unico. – 2. Il contenuto dell'art. 63 TFUE: il principio della libera circolazione dei capitali e il suo ambito di applicazione. – 2.1. La definizione di “*movimenti di capitali*” e quella di “*pagamenti*”. – 3. L'applicazione del principio della libera circolazione dei capitali ai rapporti con i Paesi terzi. – 3.1. L'applicazione dell'art. 63 TFUE a restrizioni di natura fiscale relative a movimenti di capitale da e verso Paesi terzi. – 3.2. I motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare restrizioni alla libera circolazione dei capitali. – 3.3. Le cosiddette “cause danesi” *N Luxembourg e altre 1 c. Skatteministeriet*. – 3.4. La deroga prevista dall'art. 64 TFUE riguardante le restrizioni ai movimenti di capitale da e verso i Paesi terzi, esistenti alla data del 31 dicembre 1993. – 4. Conclusioni.

1. *La libera circolazione dei capitali nel contesto delle quattro libertà fondamentali del mercato unico*

L'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che disciplina la libera circolazione dei capitali all'interno del mercato unico¹, vale a dire una delle quattro libertà economiche fondamentali dell'U-

* Professore a contratto di European Labour Law, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università di Bologna, già Direttore del Servizio giuridico della Commissione europea.

¹ Secondo M. MONTI, «Il Mercato Unico Europeo è un'idea semplice di difficilissima realizzazione, che si fonda su quattro libertà di movimento relative alle persone, alle merci, ai servizi, ai capitali ed ancora: uso il termine “Mercato Unico” perché il Mercato Unico Europeo nasce su un concetto di apertura verso l'estero, mentre il Mercato Interno evoca ai nostri partner una qualche idea di maggiore chiusura»: *Mercato unico europeo, regolamentazione e concorrenza*, disponibile online [/www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tpES01S3.PDF](http://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tpES01S3.PDF).

nione (libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali), è una delle quattro disposizioni del Trattato che sono state espressamente definite dalla Corte di giustizia «norme fondamentali per la Comunità»². Già nel Trattato di Roma istitutivo della CEE era previsto, sia pure *in nuce*, il principio della libera circolazione dei capitali e dei pagamenti. Tuttavia, soltanto con l'avvio, a metà degli anni ottanta e ad opera del Presidente della Commissione europea Jacques Delors, del grande progetto volto al completamento del mercato interno, è stata adottata dal Consiglio la direttiva 88/361/CEE che ha attuato il principio della liberalizzazione totale dei movimenti di capitali tra gli Stati membri³. È stato successivamente con il Trattato di Maastricht o Trattato sull'Unione europea ("TUE"), che a partire dal 1992 la suddetta libertà di circolazione è stata prevista direttamente ed espressamente dal Trattato stesso ed è stata estesa anche ai movimenti di capitali e ai pagamenti fra Stati membri dell'Unione e Paesi terzi⁴. La disciplina di diritto primario ha subito altre modifiche⁵ con il Trattato di

² Corte giust., 13 dicembre 1989, C-49/89, *Corsica Ferries France*, p.to 8: «[...] gli articoli del trattato CEE sulla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali sono norme fondamentali per la Comunità ed è vietato qualsiasi ostacolo, anche di minore importanza, a detta libertà» (corsivo aggiunto).

³ Direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato CEE, in GUCE L 178 del 8.7.1988.

⁴ R. BARATTA, *Circolazione dei capitali e dei pagamenti*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2010, p. 271 ss.; ID, *La libera circolazione dei capitali*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Milano, 2018, p. 105 ss.

⁵ Le prime normative comunitarie erano di portata ridotta. Il Trattato di Roma (1957) prevedeva che le restrizioni fossero eliminate limitatamente a quanto necessario ai fini del funzionamento del mercato comune. La "Prima direttiva sui movimenti di capitale" del 1960, modificata nel 1962, ha posto fine alle restrizioni su certi tipi di movimenti di capitale pubblici e privati, quali gli acquisti immobiliari, i crediti a breve o medio termine per operazioni commerciali nonché gli acquisti di valori mobiliari negoziati in borsa. Nel 1972 è stata adottata un'altra direttiva (direttiva 72/156/CEE del Consiglio, del 21 marzo 1972, per la regolazione dei flussi finanziari internazionali e la neutralizzazione dei loro effetti indesiderabili sulla liquidità interna, in GUCE L 91 del 18 aprile 1972, p. 13), sui flussi finanziari internazionali. Per la ripresa del processo di liberalizzazione, iniziato nel 1960, si è dovuto attendere la prima realizzazione del mercato unico (1° gennaio 1993). Le modifiche apportate alla prima direttiva sui movimenti di capitali nel 1985 e 1986 hanno esteso ulteriormente la liberalizzazione ad altri settori quali i crediti a lungo termine per operazioni commerciali e gli acquisti di valori mobiliari non negoziati in borsa. Nel contesto del completamento del mercato unico, dell'istituzione dell'Unione economica e monetaria e

Lisbona, e più precisamente con il TFUE⁶, che al suo Titolo IV, capo IV “Capitali e pagamenti”, contiene attualmente tutte le norme aventi ad oggetto sia la libera circolazione dei capitali, che l’abolizione di tutte le restrizioni ai pagamenti correnti, completando in tal modo il processo di liberalizzazione delle operazioni finanziarie all’interno dell’Unione europea finalizzato alla creazione dell’Unione economica e monetaria (“UEM”). Esiste pertanto un legame inscindibile tra la realizzazione del mercato interno e le quattro libertà fondamentali di circolazione, com’è dimostrato dal fatto che le disposizioni disciplinanti tali medesime libertà, ed in particolare la libertà di circolazione dei capitali, si situano al livello più alto nel sistema delle fonti dell’ordinamento giuridico dell’Unione, vale a dire il Trattato.

2. Il contenuto dell’art. 63 TFUE: il principio di libera circolazione dei capitali e il suo ambito di applicazione

La libera circolazione dei capitali⁷ è attualmente disciplinata dagli arti-

della prevista introduzione dell’euro, la liberalizzazione dei movimenti di capitale è stata pienamente conseguita con l’adozione da parte del Consiglio della precitata direttiva 88/361/CEE avente ad oggetto l’attuazione dell’articolo 67 del Trattato CE, che ha abolito tutte le rimanenti restrizioni relative ai movimenti di capitale tra residenti degli Stati membri a decorrere dal 1° luglio 1990.

⁶ Nell’ultima versione, attualmente in vigore, dei Trattati dell’Unione europea (TUE e TFUE) è scomparso il riferimento alle quattro libertà fondamentali nella parte introduttiva riguardante la definizione degli obiettivi dell’Unione, riferimento sostituito da generici accenni alla garanzia della libera circolazione delle persone e all’instaurazione del mercato interno (art. 3 TUE e art. 26, par. 2, TFUE: «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati»). La specifica disciplina di ciascuna delle quattro libertà fondamentali di circolazione è contenuta nella Parte terza, Titoli II e IV del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.

⁷ Per un commento agli articoli da 63 a 66 TFUE, v. U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *op. cit.*; e soprattutto il monumentale M. KELLERBAUER, M. KLAMER, J. TOMKIN (eds.), *Commentary on the EU Treaties*, Oxford (ult. ed. in corso di pubblicazione). Il commento agli artt. 63-66 TFUE è di A. STEIBLYTE, J. TOMKIN. Inoltre, v. P. PRATANGELO, *La libera circolazione dei capitali*, in M. COLUCCI, S. SICA (a cura di), *L’Unione europea, Principi-Istituzioni-Politiche*, Bologna, 2009, p. 280; C. BARNARD *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford, 2019, in particolare *Part IV: free movement of capital*; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, V ed., Milano, 2021, in particolare il capitolo quinto *La libera circolazione dei capitali e dei pagamenti*, p. 241.

coli da 63 a 66 del TFUE. Il nucleo essenziale di tale libertà si trova all'art. 63⁸ che vieta tutte le restrizioni ai movimenti di capitali, tanto tra Stati membri, quanto, sia pure con alcune limitazioni, tra Stati membri e Paesi terzi. Per restrizioni vietate si devono intendere in primo luogo, in base alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia che verrà più oltre esaminata⁹, le discriminazioni fondate, o sulla nazionalità o la residenza degli operatori, o sul luogo di destinazione o di collocamento dei capitali.

Della libera circolazione di capitali meritano di essere posti in evidenza *in limine* due principali aspetti. Il primo riguarda l'efficacia diretta del divieto di restrizioni di cui all'art. 63 del Trattato, ovvero la non necessità di ulteriori interventi normativi per la sua attuazione, né da parte del legislatore dell'Unione, né da parte dei legislatori degli Stati membri. Il secondo aspetto consiste nella dimensione esterna della libera circolazione dei capitali, vale a dire la dimensione inerente ai rapporti fra Unione europea e Paesi terzi. Quest'ultima caratteristica rappresenta un *unicum* rispetto alle altre tre libertà fondamentali del Trattato UE, caratteristica tanto più degna di nota in quanto il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali opera nei rapporti con i Paesi terzi anche in assenza di reciprocità. Per quanto riguarda l'efficacia diretta dell'art. 63 TFUE, essa è stata dichiarata nella sentenza *Sanz de Lera*¹⁰ laddove la Corte ha affermato che il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi, nonostante le facoltà di deroga previste dagli articoli 64 e 65 TFUE, «può essere invocato dinanzi al giudice nazionale e determinare l'inapplicabilità delle norme nazionali in contrasto con esso».

⁸ L'art. 63 TFUE dispone che: «1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. 2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi».

⁹ L'analisi più completa della giurisprudenza tributaria della Corte di giustizia avente ad oggetto le libertà fondamentali di circolazione del mercato interno, fra le quali la libera circolazione dei capitali, si trova in J. MALHERBE, ED. TRAVERSA, *Direct taxation in the case-law of the European Court of justice*, Bruxelles, 2008; v. in particolare il cap. 2.2. d) *Relations between Member States and third countries*, pp. 140 e 141. Purtroppo tale dettagliata analisi delle sentenze della Corte in materia di imposizione diretta applicata alle quattro libertà fondamentali non è stata aggiornata.

¹⁰ Corte giust., 14 dicembre 1995, C-163/94, C-165/94 e C-250/94, p.to 48 della motivazione e p.to 2 del dispositivo, principio confermato dalla successiva sentenza della Corte del 14 marzo 2000, C-54/99, *Eglise de Scientologie*, p.to 14.

La piena applicabilità dell'art. 63 TFUE anche ai movimenti di capitali a destinazione di, e in provenienza da, Paesi terzi è stata invece riconosciuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in una serie coerente di decisioni fra le quali merita di essere segnalata in primo luogo la sentenza *Emerging Markets*¹¹ con la quale la Corte stessa ha risposto ad una richiesta di pronuncia pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione degli articoli 63 e 65 TFUE¹². Tale questione interpretativa era stata sollevata da un tribunale polacco al fine di stabilire se il diritto dell'Unione si opponeva ad una normativa tributaria nazionale in virtù della quale i dividendi versati da società stabilite in Polonia a favore di un fondo di investimento situato in uno Stato terzo non potevano beneficiare dell'esenzione fiscale prevista per i fondi di investimento nazionali. Detta richiesta di pronuncia pregiudiziale traeva origine da una controversia sorta fra la *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, fondo di investimento con sede negli Stati Uniti d'America, ed il direttore dell'amministrazione finanziaria polacca riguardo al diniego, da parte di quest'ultimo, di accertare e rimborsare l'eccedenza dell'imposta forfettaria sulle società applicata nella misura del 15% ai dividendi distribuiti da società di capitali con sede in Polonia al suddetto fondo di investimento. La legge polacca relativa all'imposta sulle società prevedeva infatti l'esenzione da tale imposta per i fondi di investimento alla condizione, tuttavia, che essi avessero la loro sede in Polonia.

La Corte di giustizia ha ritenuto che una differenza di trattamento fiscale dei dividendi tra fondi di investimento residenti e fondi di investimento non residenti, da un lato, poteva dissuadere i fondi stabiliti in un Paese terzo dall'assumere partecipazioni in società stabilite in Polonia e, dall'altro, poteva dissuadere gli investitori residenti in Polonia dall'acquisizione di quote in fondi non residenti. Sulla base di tale premessa, i giudici dell'Unione hanno stabilito che, nel caso di una normativa tributaria di uno Stato membro che assuma quale unico criterio di distinzione di due regimi d'imposizione il luogo di residenza dei fondi di investimento e che, conseguentemente, in funzione di questo solo criterio determini la percezione o meno di una ritenuta alla fonte sui dividendi versati da socie-

¹¹ Corte giust., 10 aprile 2014, C-190/12.

¹² La questione interpretativa posta dal giudice polacco aveva ad oggetto anche l'art. 49 TFUE riguardante la libera prestazione dei servizi, che tuttavia non è rilevante ai fini della presente analisi.

tà polacche, i fondi di investimento non residenti si trovavano in una situazione oggettivamente comparabile a quella dei fondi con sede in Polonia¹³. La Corte ha quindi proseguito ricordando la piena applicabilità della propria giurisprudenza in materia di illegittimità della restrizioni ai movimenti di capitali, anche ai rapporti fra Stati membri e Paesi terzi, con un'importantissima precisazione attinente all'irrelevanza della condizione di reciprocità, non solo ai fini della libera circolazione dei capitali fra Stati membri dell'Unione, ma anche con riguardo alla libera circolazione dei capitali fra Stati membri e Paesi terzi «[...] tenuto conto che l'assenza di reciprocità nell'ambito di tali rapporti, invocata dal governo tedesco, non può giustificare una restrizione ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e gli Stati terzi medesimi»¹⁴.

2.1. *La definizione di “movimenti di capitali” e quella di “pagamenti”*

Una volta constatato che il divieto di restrizioni alla libera circolazione dei capitali è pienamente e direttamente applicabile non solo all'interno dell'Unione, ma anche al complesso delle operazioni finanziarie effettuate fra Stati membri e Paesi terzi, appare necessario in secondo luogo definire le essenziali nozioni di “movimenti di capitali” e di “pagamenti” utilizzate nell'art. 63 TFUE¹⁵. Gli articoli da 63 a 66 TFUE non contengono infatti alcuna definizione delle nozioni di “movimenti di capitale” e di “pagamenti”. Al riguardo, appare certamente utile richiamare una giurisprudenza risalente agli anni ottanta ma ancora pienamente attuale, secondo la quale «i pagamenti correnti sono trasferimenti di valuta che costituiscono una controprestazione nell'ambito di un negozio sottostante, mentre i movimenti di capitali sono operazioni finanziarie che riguardano essenzialmente la collocazione o l'investimento dell'importo di cui trattasi e non il corrispettivo di una prestazione»¹⁶.

Per quanto riguarda più in particolare la definizione del concetto di

¹³ *Emerging Markets*, cit., p.to 69.

¹⁴ *Ibidem*, p.to 100, che conferma, su questo aspetto cruciale della non invocabilità della clausola di reciprocità, le precedenti sentenze della Corte del 18 dicembre 2007, C-101/05, “A”, p.to 31 e del 10 febbraio 2011, C-436/08 e 437/08, *Haribo Lakritzen*, p.ti 127 e 128.

¹⁵ F. MARTINES, *Il mercato interno dell'Unione europea. Le quattro libertà. Raccolta commentata di giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*, Bologna, 2014.

¹⁶ Corte giust., 31 gennaio 1984, 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, p.to 21.

“movimento di capitali”, ci si può utilmente richiamare alla costante giurisprudenza della Corte di giustizia laddove essa fa riferimento alla nomenclatura dei “pagamenti” e dei “movimenti di capitali” di cui all’allegato I della direttiva 88/361/CEE, nomenclatura che conserva ancora oggi una grandissima utilità ai fini della classificazione di un’operazione finanziaria nell’una o nell’altra categoria dei movimenti di capitale rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 63 TFUE. Meritano di essere ricordate, a questo riguardo, la precitata sentenza *Sanz de Lera*, nonché le sentenze *Wagner-Raith*¹⁷ e *X*¹⁸, che riconoscono espressamente un “valore indicativo di riferimento” alla nomenclatura contenuta nell’allegato I alla direttiva 88/361/CEE.

Nella sentenza *Sanz de Lera* la Corte ha esaminato il problema della compatibilità con il Trattato delle normative vigenti in due Stati membri, Francia e Spagna, che sottoponevano l’esportazione di monete, banconote e assegni verso Paesi terzi, ad un’autorizzazione preventiva e che punivano con severe sanzioni il mancato rispetto di questo adempimento. Al fine di valutare se tali normative nazionali fossero in contrasto con il principio della libera circolazione dei capitali, la Corte ha dovuto in primo luogo stabilire se l’esportazione di banconote rientrasse o meno nella definizione di movimento di capitali. Sulla base dell’accurata analisi da essa effettuata nella motivazione della sentenza, la Corte ha affermato che: «Tale constatazione [che l’esportazione di mezzi di pagamento non può essere fatta rientrare fra gli investimenti diretti] è del resto corroborata dalla nomenclatura dei movimenti di capitali, di cui all’allegato I alla direttiva 88/361, che classifica i trasferimenti di mezzi di pagamento nella categoria “Importazione ed esportazione materiali di valori” (categoria XII), mentre le operazioni elencate nell’ art. 73 C, n. 1, del Trattato rientrano in altre categorie di detta nomenclatura»¹⁹. Ne consegue che, essendo l’esportazione di banconote riconducibile ad una delle categorie di operazioni enumerate all’allegato I alla direttiva 88/361/CEE avente a specifico oggetto la “Nomenclatura dei movimenti di capitali”, essa rientra *ipso iure* nell’ambito di applicazione della norma del Trattato che vieta le restrizioni ai movimenti di capitale. Sulla base di tale constatazione fondata sul riferimento dell’operazione controversa alla categoria XII dell’allegato I della direttiva

¹⁷ Corte giust., 21 maggio 2015, C- 560/13, *Wagner-Raith*.

¹⁸ Corte giust., 15 febbraio 2017, C-317/15, *X*.

¹⁹ *Sanz de Lera*, cit., p.to 34.

88/361/CEE, la Corte ha quindi concluso, in ordine alla specifica questione interpretativa posta del giudice *a quo*, che una normativa nazionale che subordinava, in via generale, l'esportazione di monete, biglietti di banca e assegni al portatore ad un'autorizzazione preventiva, era contraria al principio della libera circolazione dei capitali sancito dal Trattato.

Anche le sentenze *Wagner-Raith* e *X*, rispettivamente al punto 23 e al punto 27, richiamano per la definizione dei movimenti di capitali i principi interpretativi enunciati dalla Corte nella sentenza *Sanz de Lera*. Nella causa *Wagner-Raith* la Corte di giustizia si è trovata ad interpretare l'art. 63 TFUE in relazione alla legislazione tedesca in materia di tassazione forfettaria dei redditi da capitale derivanti da partecipazioni in fondi d'investimento "esteri" – intesi come: situati in un Paese terzo – quando tali fondi rientrano nella categoria dei c.d. "*fondi neri*" ai sensi del diritto tedesco. Secondo i giudici dell'Unione la tassazione forfettaria dei redditi dei titolari di quote di un fondo d'investimento estero può essere considerata una restrizione alla libera circolazione dei movimenti di capitali, ai sensi dell'art. 63 TFUE, in quanto: «la riscossione di dividendi di un organismo di investimento collettivo, benché essa non sia menzionata in modo esplicito in tale nomenclatura come "movimento di capitali", può essere ricollegata all'acquisto da parte di residenti di quote, trattate in Borsa o non trattate in Borsa, di organismi esteri e, quindi, è indissolubilmente connessa a un movimento di capitali»²⁰. A tale conclusione la Corte è pervenuta facendo ancora una volta applicazione del principio interpretativo enunciato nella sua precedente sentenza *Sanz de Lera*, secondo cui la nomenclatura contenuta nell'allegato I della direttiva 88/361/CEE presenta un forte "valore indicativo": «In mancanza, nel trattato FUE, di una definizione della nozione di "movimenti di capitali", la Corte ha riconosciuto un valore indicativo alla nomenclatura che costituisce l'allegato I della direttiva 88/361/CEE, posto che, conformemente a quanto ricordato nell'introduzione di tale allegato, l'elenco che esso contiene non presenta un carattere esaustivo»²¹.

La Corte di giustizia ha avuto in seguito un'altra occasione per precisare la nozione di "movimento di capitali" e precisamente la precitata causa pregiudiziale *X* che ha tratto origine da una controversia sorta tra l'Amministrazione fiscale olandese e il contribuente *X* ed avente ad ogget-

²⁰ *Wagner-Reith*, cit., p.to 25.

²¹ *Ibidem*, p.to 23.

to la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della previsione normativa di uno Stato membro - in questo caso i Paesi Bassi - in forza della quale l'Amministrazione fiscale poteva derogare al termine di accertamento ordinario di cinque anni nell'ipotesi in cui si fosse trattato della rettifica di un "elemento imponibile generato all'estero", nella fattispecie in Svizzera. Una delle questioni pregiudiziali poste alla Corte dal giudice olandese riguardava specificamente l'inclusione o meno dell'apertura di un conto titoli da parte di un residente di uno Stato membro presso un istituto bancario ubicato al di fuori dell'Unione, nella nozione di movimenti di capitali provenienti da Paesi terzi o ad essi diretti, che implicano la prestazione di servizi finanziari ai sensi dell'articolo 64, par. 1, TFUE, con la conseguente applicazione della facoltà per gli Stati membri di mantenere in vigore le restrizioni in vigore alla data del 31 dicembre 1993.

Con riferimento a tale questione interpretativa, la sentenza X, causa C-317/15, ha ricordato: «in primo luogo, che, in mancanza, nel Trattato FUE, di una definizione della nozione di "movimenti di capitali", la Corte ha riconosciuto un valore indicativo alla nomenclatura che costituisce l'allegato I della direttiva 88/361, posto che, conformemente a quanto ricordato nell'introduzione dell'allegato in parola, l'elenco che esso contiene non presenta un carattere esaustivo [...]. Orbene [...] tale allegato menziona, nella sua rubrica VI, le "[o]perazioni in conti correnti e depositi presso istituti finanziari", che comprendono segnatamente le "[o]perazioni effettuate da residenti presso istituti finanziari stranieri". L'apertura di un conto titoli presso un istituto bancario, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, rientra dunque nella nozione di «movimenti di capitali»²².

In conclusione, conformemente a quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sua costante giurisprudenza sopra esaminata, ai fini dell'applicazione degli articoli 63-66 TFUE devono considerarsi "movimenti di capitali" tutte le operazioni finanziarie consistenti in generale in un trasferimento di denaro o valori assimilati, operazioni che si distinguono dai "pagamenti" in quanto questi ultimi rappresentano invece le controprestazioni in denaro o valori assimilati, poste in essere in esecuzione di un obbligo derivante da rapporto giuridico sottostante quale, ad esempio, una vendita di merci o una prestazione di servizi.

²² X, cit., p.to 27.

3. L'applicazione del principio della libera circolazione dei capitali ai rapporti con i Paesi terzi

Come sopra rilevato l'art. 63, par. 1 TFUE si applica, secondo il suo tenore letterale, anche ai movimenti di capitali fra uno Stato membro e i paesi non appartenenti all'Unione europea²³. Si è già sopra ricordato al riguardo che questa stessa disposizione del Trattato è già stata in concreto applicata dalla Corte di giustizia in varie cause pregiudiziali aventi ad oggetto restrizioni imposte dalle legislazioni di vari Stati membri a determinati movimenti di capitali da e verso Paesi terzi, quali le precitate cause *Sanz de Lera*, riguardante l'esportazione di banconote da uno Stato membro verso la Svizzera e la Turchia, *Emerging Markets*, relativa al trattamento fiscale dei dividendi versati da una società residente ad un fondo di investimento stabilito in un Paese terzo (Stati Uniti) e *X*, avente ad oggetto un conto titoli detenuto su un conto corrente bancario in Svizzera. A queste tre pronunce della Corte va aggiunta quella emanata nella causa *EV*²⁴, avente ad oggetto il trattamento fiscale dei dividendi distribuiti da società controllate stabilite in un Paese terzo (nella fattispecie: l'Australia) ad una società controllata stabilita in uno Stato membro (Germania). In quest'ultima sentenza la Corte di giustizia ha dichiarato che il regime tedesco di imposizione delle società, subordinando un abbattimento degli utili derivanti da partecipazioni in società di capitali con sede in un Paese terzo a condizioni più rigorose rispetto all'abbattimento degli utili derivanti da partecipazioni in società di diritto nazionale, era contrario all'art. 63, par. 1, TFUE dal momento che la libertà di circolazione dei capitali, per costante giurisprudenza della Corte stessa, si applica anche ai rapporti con Stati terzi.

Più di recente (2019) la Corte ha avuto un'altra occasione, grazie ad una questione pregiudiziale sollevata dal *Bundesfinanzhof*²⁵ (Corte di cassazione tributaria della Repubblica federale tedesca) di ritornare sul principio della libera circolazione dei capitali fra gli Stati membri ed i Paesi terzi e più precisamente sul problema della compatibilità con l'art. 63 TFUE della legislazione tedesca che prevedeva l'inclusione dei redditi di

²³ A. CORDEWEHNER, *Free movement of capitals between EU Member States and third countries: how far has the door been closed?*, in *EC Tax Review*, 2009, p. 260 ss.

²⁴ Corte giust., 20 settembre 2018, C-685/16, *EV*.

²⁵ Corte giust., 26 febbraio 2019, C-135/17, *X GmbH c. Finanzamt Stuttgart*.

una società stabilita in Paese terzo (nella fattispecie: la Svizzera) provenienti dalla detenzione di crediti verso una società con sede in Germania, nella base imponibile della suddetta società residente, in quanto la società tedesca deteneva una partecipazione superiore all'1% (nella fattispecie: il 30%) nel capitale della società svizzera ed in quanto la legislazione svizzera prevedeva una tassazione degli utili delle società di capitali inferiore al 25% e quindi "bassa" ai sensi della legislazione tedesca.

A pochi mesi di distanza dall'ordinanza di rinvio nella predetta causa C-135/17, la Corte di giustizia è stata adita da un'altra giurisdizione della Repubblica federale tedesca, il Tribunale tributario di Monaco di Baviera²⁶, al fine di accertare la compatibilità con l'art. 63 TFUE del regime impositivo tedesco riguardante i fondi pensione di un Paese terzo, nella fattispecie il Canada. In base alla legislazione tributaria della Repubblica federale di Germania i dividendi distribuiti da una società residente ad un fondo pensione residente erano infatti soggetti ad una ritenuta alla fonte che tuttavia poteva essere integralmente imputata all'imposta sulle società dovuta da tale fondo, di modo che tale imputazione poteva risolversi in molti casi in un rimborso integrale della suddetta ritenuta alla fonte. Inoltre, tali medesimi dividendi comportavano, sempre per i fondi pensione con sede in Germania, un aumento molto modesto dell'utile imponibile a titolo dell'imposta sulle società dovuta da detti fondi residenti, in quanto potevano essere dedotti da tale utile imponibile i dividendi percepiti e destinati a riserve per impegni relativi alle pensioni da versare in futuro agli aventi diritto. Al contrario i dividendi versati da una società residente ad un fondo pensione non residente come il ricorrente nella causa *a quo* (*College Pension Plan of British Columbia*) erano soggetti ad una ritenuta alla fonte del 15% a titolo di imposta prelevata in via definitiva.

3.1. *L'applicazione dell'art. 63 TFUE a restrizioni di natura fiscale relative a movimenti di capitale da e verso Paesi terzi*

Come sopra rilevato, l'art. 63, par. 1, TFUE è stato applicato sempre più frequentemente dalla Corte anche a restrizioni di natura fiscale relative a movimenti di capitale da e verso Paesi terzi, elemento che caratterizza più precisamente le sentenze *Emerging Markets*, *EV*, *X GmbH* e *College*

²⁶ Corte giust., 13 novembre 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia*.

Pension Plan qui di seguito esaminate. L'accurata motivazione di queste quattro pronunce consente di ricostruire i parametri utilizzati dalla Corte per accertare l'esistenza di una restrizione di natura fiscale vietata dall'art. 63, par. 1²⁷.

In primo luogo, si deve stabilire l'esistenza di un trattamento fiscale differenziato in funzione della residenza in un Paese terzo del percettore del reddito o del soggetto fonte del reddito. Nella causa *Emerging Markets* i dividendi versati da una società con sede in Polonia ad un fondo d'investimento pure stabilito in Polonia erano esenti da imposta, mentre i dividendi versati da una società residente ad un fondo d'investimento situato negli Stati Uniti d'America erano soggetti ad una ritenuta alla fonte del 19%. Nella causa *EV*, la deducibilità fiscale dei dividendi versati da società controllate stabilite in Paesi terzi, con la conseguente riduzione dell'utile d'esercizio della società controllante con sede in Germania, era sottoposta a condizioni più rigorose rispetto a quelle alle quali erano sottoposti i dividendi versati da società controllate con sede anch'esse in Germania. La legislazione tedesca contestata nella causa *X GmbH* prevedeva che ad una società residente con una partecipazione pari almeno all'1% in una società stabilita in un Paese terzo a "basso" livello di imposizione (ovvero inferiore al 25%) venissero imputati – e quindi inclusi nella base imponibile e tassati come dividendi distribuiti – proporzionalmente alla propria partecipazione nella seconda società, i redditi cosiddetti "passivi" realizzati dalla medesima società con sede in un Paese terzo. Al contrario, una società stabilita in Germania che deteneva una partecipazione in un'altra società residente non era soggetta a tale legislazione, dato che questa si applicava per definizione unicamente a partecipazioni in società con sede in un Paese terzo²⁸. E infine nella causa *College Pension Plan*, i dividendi versati da una società con sede in Germania ad un fondo pensioni con sede anch'esso in Germania erano nella maggior parte dei casi esenti da imposta mentre gli stessi dividendi, se percepiti da un fondo pensioni con sede in un Paese terzo (Canada) erano soggetti ad una ritenuta

²⁷ P. PIANTAVIGNA, *Rubrica di diritto tributario comunitario: profili fiscali della libera circolazione dei capitali*, in *Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze*, 2010, p. 386-403 e pp. 513-523.

²⁸ Da notare: tale legislazione non si applicava ad una società fiscalmente residente in Germania con partecipazioni in una società stabilita in un altro Stato dell'Unione europea (*X GmbH*, cit., p.to 7).

alla fonte a titolo di imposta definitiva del 15%. Dall'esame degli elementi comuni alle quattro legislazioni nazionali contestate nei processi *a quo* che avevano dato origine alle tre cause pregiudiziali suddette, si può dedurre che, se la Corte accerta una differenza di trattamento fiscale unicamente in funzione della residenza in un Paese terzo di uno dei soggetti partecipanti all'operazione (nelle quattro sentenze precitate: il percettore del reddito o il soggetto fonte del reddito), la norma di legge nazionale che istituisce tale trattamento fiscale differenziato comporta una restrizione alla libera circolazione dei capitali fra Stati membri e Paesi terzi «contraria, in linea di principio, all'art. 63 TFUE»²⁹.

In secondo luogo, la Corte ha esaminato se questa differenza di trattamento fiscale può sottrarsi alla qualifica di restrizione ai movimenti di capitale sulla base dell'art. 65, par. 1, lett. a), TFUE, che in deroga all'art. 63 autorizza gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione tributaria modalità di imposizione differenziate «tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento dei loro capitali», fermo restando che, secondo quanto espressamente previsto dal successivo paragrafo 3 dello stesso art. 65 TFUE, tali differenze di trattamento fiscale «non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali di cui all'art. 63». Per procedere alla valutazione dell'esistenza di una restrizione (vietata) alla libera circolazione dei capitali e non di una differenza (lecita) di regime impositivo, la Corte ha introdotto un giudizio di «comparabilità oggettiva» fra le due situazioni fiscali. Nelle quattro cause precitate la Corte è così pervenuta alla conclusione che, in due casi, i fondi d'investimento o i fondi pensione residenti e quelli non residenti si trovavano in una situazione oggettivamente comparabile³⁰, che nel terzo caso la situazione di una società beneficiaria di dividendi distribuiti da società residenti era del tutto comparabile a quella di una società beneficiaria di dividendi provenienti da partecipazioni in società non residenti³¹ e che nel quarto caso, assoggettando ad imposizione una società residente per i redditi realizzati da una società stabilita in un Paese terzo nella quale detta società residente deteneva una partecipazione, uno Stato

²⁹ *Emerging Markets*, cit., p.to 43, *EV*, cit., p.to 64, *X GmbH*, cit., p.ti 57 e 58, e *College Pension Plan*, cit., p.to 60.

³⁰ *Emerging Markets*, cit., p.to 69, *College Pension Plan*, cit., p.to 81.

³¹ *EV*, cit., p.ti 92 e 93.

membro aveva reso la situazione di tale società del tutto comparabile a quella di una società residente che aveva acquisito una partecipazione in un'altra società residente³².

Particolarmente dettagliata ed istruttiva si presenta, su questo punto della “comparabilità oggettiva” delle due situazioni fiscali, la motivazione della sentenza *College Pension Plan* (p.ti da 67 a 81). Secondo l'amministrazione finanziaria tedesca i fondi pensione residenti e quelli non residenti non si trovavano in situazioni comparabili a causa dell'applicazione di tecniche impositive differenti. La Corte ha respinto tale argomentazione rilevando che la legislazione tedesca sulla tassazione dei dividendi non si limitava a prevedere modalità di percezione dell'imposta diverse in funzione dello Stato di residenza dei percettori di dividendi distribuiti da una società residente. Al contrario, tale regime impositivo comportava in pratica un'esenzione da imposta totale o quasi totale dei dividendi versati a fondi pensione residenti, procurando un evidente vantaggio fiscale unicamente a questi ultimi e non ai fondi pensione non residenti, soggetti sempre e comunque alla ritenuta alla fonte definitiva del 15%³³.

L'altra motivazione addotta dall'amministrazione finanziaria tedesca per sostenere la tesi della non comparabilità delle due situazioni era rappresentata dalla circostanza che i fondi pensione residenti erano tenuti a destinare i dividendi percepiti a riserve matematiche. Tale obbligo rendeva, sempre per l'amministrazione tedesca, la situazione di un fondo pensioni residente non comparabile a quella di un fondo non residente e pertanto giustificava la deduzione integrale dei dividendi dalla base imponibile del fondo residente ai fini dell'imposta sulle società. La Corte ha confutato tale argomentazione rilevando che un fondo pensioni non residente che destina tutti i dividendi percepiti, in applicazione della legislazione vigente nel proprio Stato di residenza, a riserve tecniche, ovvero a copertura delle pensioni che dovrà versare in futuro, si trova una situazione perfettamente comparabile a quella di un fondo pensioni residente e di conseguenza ha diritto al medesimo regime impositivo applicabile a quest'ultimo (esenzione d'imposta)³⁴.

³² *X GmbH*, cit., p.ti 67 e 68.

³³ *College Pension Plan*, cit., p.ti 67-73.

³⁴ *Ibidem*, p.ti 74-81.

3.2. I motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare restrizioni alla libera circolazione dei capitali

La Corte di giustizia ha costantemente ammesso che una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali, nella fattispecie una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali, possa essere giustificata solo sulla base di motivi imperativi di interesse pubblico, qualora la norma nazionale restrittiva, nel perseguimento di tali finalità, garantisca il conseguimento dello scopo perseguito e risulti conforme al principio di proporzionalità³⁵. Tale ipotesi di esistenza di una disparità di trattamento che, a seguito della constatazione dell'esistenza di una valida causa di giustificazione può non tradursi in una violazione dell'art. 63 TFUE, va tenuta distinta dall'ipotesi, in precedenza esaminata, in cui non sia riscontrabile "a monte" una restrizione alla libera circolazione dei capitali in quanto la differenza di trattamento prevista dalla legislazione tributaria nazionale riguarda situazioni che non risultano oggettivamente comparabili.

Il principio dell'esigenza di cause giustificative fondate su validi motivi di interesse pubblico è stato confermato dalla Corte di giustizia, in primo luogo, nella sentenza precitata *Emerging Markets* laddove essa ha dichiarato contraria alla libertà di circolazione dei capitali una normativa nazionale discriminatoria relativa alla tassazione dei dividendi "in uscita" a giustificazione della quale il governo polacco aveva invocato la necessità di assicurare l'efficacia dei controlli fiscali da parte della propria amministrazione finanziaria, nonché l'esigenza di garantire sia la ripartizione della potestà impositiva fra uno Stato membro (Polonia) ed un Paese terzo (Stati Uniti), sia la salvaguardia del gettito fiscale. La Corte di giustizia ha respinto come non fondati tutti i suddetti motivi di interesse pubblico adottati dal governo polacco in quanto, da un lato, esisteva un accordo bilaterale di cooperazione amministrativa fra Polonia e Stati Uniti d'America e, dall'altro, la Polonia aveva liberamente optato per il non assoggettamento ad imposta dei fondi di investimento residenti beneficiari di dividendi di origine nazionale³⁶. E' quindi sulla base di tale motivato rigetto delle giustificazioni adottate dal governo polacco che la Corte di giustizia, come sopra rilevato, ha statuito che ad un fondo di investimento stabilito negli Stati Uniti non

³⁵ V. NEERGARD, *Capital, market and the State: reconciling free movement of capital with public interest objectives*, in *Common Market Law Review*, 2023, p. 1172.

³⁶ *Emerging Markets*, cit., p.ti 87 e 99.

può essere preclusa la possibilità di beneficiare di un'esenzione di imposta al pari di un fondo di investimento residente nello Stato membro in questione assumendo quale unico criterio di distinzione tra le due situazioni il paese in cui il fondo di investimento ha la propria sede.

La causa di giustificazione consistente nella ripartizione equilibrata della potestà impositiva fra lo Stato membro della fonte dei dividendi ed il Paese terzo di residenza del fondo pensioni è stata adottata anche dall'amministrazione finanziaria tedesca nella causa *College Pension Plan*. A questo riguardo, la Corte ha ricordato la propria precedente pronuncia *X GmbH* nella quale essa aveva ammesso tale motivo di giustificazione di una restrizione ai movimenti di capitali, qualora una legislazione nazionale avesse come obiettivo quello di «prevenire comportamenti idonei a compromettere il diritto di uno Stato membro di esercitare la propria competenza fiscale in relazione ad attività svolte sul suo territorio»³⁷. Tuttavia, ha concluso la Corte, quando uno Stato membro, quale nella fattispecie la Germania, ha scelto di accordare un'esenzione d'imposta totale o quasi totale ai fondi pensione residenti per i dividendi percepiti da società residenti (vale a dire: ha rinunciato all'esercizio della propria potestà impositiva), tale medesimo Stato membro non può più invocare la necessità di garantire una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri dell'Unione e i Paesi terzi per giustificare l'assoggettamento ad imposta dei soli dividendi versati a fondi non residenti³⁸.

Anche la precitata sentenza *EV* contiene indicazioni estremamente utili per quanto riguarda i motivi imperativi di interesse generale idonei ad evitare una violazione dell'art. 63 TFUE ad opera di una legislazione tributaria nazionale che prevede una disparità di trattamento fra operazioni imponibili puramente interne ad uno Stato membro e operazioni imponibili analoghe poste in essere fra società residenti e società non residenti. La causa di giustificazione adottata dal Governo tedesco per sostenere la compatibilità con l'art. 63 TFUE della norma di legge interna che subordinava a condizioni più rigorose la deduzione dalla base imponibile dell'utile di esercizio, dei dividendi provenienti dalle partecipazioni in società di capitali con sede in Paesi terzi rispetto all'analoga deduzione relativa ai dividendi provenienti da società residenti, era la prevenzione di "costruzioni fiscali abusive" consistenti nella costituzione di società di comodo in Paesi

³⁷ *X GmbH*, cit., p.to 72.

³⁸ *College Pension Plan*, cit., p.ti 84-86.

terzi. Al riguardo, la Corte di giustizia, richiamando la propria costante giurisprudenza in materia di inammissibilità di presunzioni generali di frode e/o di abuso, ha ribadito, da un lato, che «la mera circostanza che la società distributrice di dividendi sia situata in uno Stato terzo non può fondare una presunzione generale di frode fiscale» e ha constatato, dall'altro, che il Governo tedesco non era riuscito a fornire in alcun modo «l'identificazione precisa del tipo di abuso che la legislazione tributaria si cui al procedimento principale mira a prevenire»³⁹. Dal rigetto di tale causa di giustificazione la Corte ha concluso per l'incompatibilità con l'art. 63 TFUE della legislazione tedesca relativa alla deduzione degli utili derivanti da partecipazioni detenute in società di capitali aventi sede in un Paese terzo.

Su un piano più generale, dalla sentenza *EV* può essere senz'altro dedotto il principio interpretativo in base al quale gli artt. 63 e 65 TFUE non consentono in alcun modo agli Stati membri di introdurre nelle rispettive legislazioni tributarie delle presunzioni legali e/o generali di frode o abuso fondate sulla semplice circostanza che un trasferimento di fondi o di titoli o di altri valori mobiliari ha luogo fra un soggetto d'imposta residente in uno Stato membro ed un soggetto situato in un Paese terzo. In altri termini e sempre secondo l'insegnamento costante della Corte di giustizia, la frode o l'abuso devono essere provati dall'amministrazione fiscale senza alcuna possibilità di inversione dell'onere della prova a danno del contribuente, e devono essere provati “caso per caso”, ovvero operazione per operazione e nei confronti di ogni singolo contribuente⁴⁰.

E' tuttavia nella già più volte citata sentenza *X GmbH*⁴¹ che la Corte di giustizia ha sviluppato l'argomentazione più dettagliata relativa al “motivo imperativo di interesse generale” invocato nella fattispecie dal Governo tedesco per giustificare la restrizione alla libera circolazione di capitali contestata nella causa *a quo* e consistente nell'obiettivo di prevenire l'elusione dell'imposta normalmente dovuta dalla società residenti sugli utili generati da attività svolte nel territorio di tale Stato membro. Il ragionamento della

³⁹ *EV*, cit., p.ti 96 e 97.

⁴⁰ Fra le pronunce più note e significative di tale giurisprudenza costante, v. Corte giust., 5 luglio 2012, C-318/10, *SIAT*, p.to 40 e 7 settembre 2017, C-6/16, *Eqiom*, p.to 30. Entrambe tali sentenze hanno per oggetto la libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE).

⁴¹ B. KUZNIACKI, *X GmbH v. Finanzamt Stuttgart. Abuse of Tax law and exchange of tax information*, in *Modern Law Review*, 2022, p. 408.

Corte si articola in due fasi: la valutazione dell'idoneità della legislazione nazionale contestata a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e la verifica della proporzionalità di tale legislazione rispetto al perseguimento di tale obiettivo.

Dopo aver ricordato il contesto fattuale alquanto anomalo della causa *a quo* quale risultava dall'ordinanza di rinvio del *Bundesfinanzhof* (l'acquisto da parte di una società svizzera di crediti detenuti da una società tedesca che aveva finanziato in parte con un proprio prestito tale operazione e che deteneva il 30% del capitale delle società svizzera acquirente), i giudici dell'Unione hanno constatato che la legislazione tedesca in esame, prevedendo l'inclusione dei redditi della società stabilita in un Paese terzo nella base imponibile di una società assoggettata all'imposta in Germania, risultava idonea a neutralizzare gli effetti di un "trasferimento artificioso" di redditi da detto Stato membro verso un Paese terzo "a bassa imposizione"⁴².

Nella seconda parte della propria argomentazione relativa alla causa di giustificazione rappresentata dal contrasto all'elusione e all'evasione fiscale, la Corte ha proceduto ad un significativo "distinguo", sia fra restrizioni ai movimenti di capitali all'interno dell'Unione europea e restrizioni ai movimenti di capitali fra uno Stato membro ed un Paese terzo, sia fra i parametri di valutazione delle due categorie di restrizioni. In ordine alla nozione di "costruzione di puro artificio", il giudice di rinvio aveva chiesto alla Corte se era pertinente il richiamo alla nota sentenza *Cadbury Schwepps*⁴³ ed al criterio di giudizio ivi elaborato dalla Corte stessa per valutare il carattere effettivo o fittizio della costituzione di una società controllata in un altro Stato membro a bassa imposizione, criterio di giudizio rappresentato dall'esercizio, o meno, di un'attività economica effettiva da parte di tale società controllata nello Stato membro in cui era stabilita. I giudici dell'Unione hanno precisato al riguardo – e si tratta di una precisazione molto significativa mai formulata prima – che il concetto di "costruzione di puro artificio" nell'ambito della libera circolazione dei capitali è assai più vasto dell'omonima nozione elaborata dalla Corte nell'ambito della libertà di stabilimento, in quanto comprende non solo l'assunzione di una partecipazione in una società con sede in un altro Stato membro, ma anche «qualsiasi operazione il cui obiettivo principale consista nel trasferimento

⁴² *X GmbH*, cit., p.ti 76-78.

⁴³ Corte giust., 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schwepps*.

artificioso degli utili generati da attività svolte sul territorio di uno Stato membro verso Paesi terzi a basso livello di imposizione»⁴⁴. Fatta questa importante premessa di principio, i giudici dell'Unione hanno rilevato che ciò che caratterizzava la legislazione tedesca in esame era l'inclusione automatica nella base imponibile della società residente dei redditi della società partecipata stabilita in un Paese terzo, derivanti da "investimento di capitale" (nella fattispecie: i crediti trasferiti alla società svizzera dalla società tedesca), senza che alla società residente fosse data la possibilità di fornire all'amministrazione elementi atti a dimostrare che la propria partecipazione in una società con sede in un Paese terzo non derivava da un'operazione di carattere artificioso. Il carattere automatico di tale inclusione di redditi "terzi" nella base imponibile della società residente equivaleva – sempre secondo la Corte – ad una presunzione assoluta di evasione o di elusione fiscale⁴⁵.

In un contesto di relazioni commerciali e finanziarie fra società di Stati membri dell'Unione, una simile presunzione assoluta ed automatica di elusione o evasione fiscale, avrebbe sicuramente violato il principio di proporzionalità – nel senso che la restrizione ai movimenti di capitale avrebbe ecceduto quanto necessario al conseguimento di tale obiettivo - e avrebbe certamente indotto i giudici dell'Unione a dichiarare l'incompatibilità di una simile legislazione tributaria nazionale con l'art. 63 TFUE. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ha proseguito nella sua dettagliata argomentazione ricordando che – altra affermazione di principio molto importante e innovativa – «la giurisprudenza vertente sulle restrizioni all'esercizio delle libertà di circolazione in seno all'Unione non può essere integralmente traspunta ai movimenti di capitale tra gli Stati membri e i Paesi terzi, in quanto tali movimenti di capitali si collocano in un contesto diverso»⁴⁶. Tale diversità di contesto è data dall'esistenza o meno di un accordo vincolante fra lo Stato membro dell'Unione ed il Paese terzo, che contempli l'obbligo dell'amministrazione di tale Paese terzo di fornire all'amministrazione dello Stato membro in cui ha sede la società soggetta ad imposta, informazioni che consentano a detta amministrazione di verificare le ragioni commerciali, e non puramente elusive, della partecipazione di una società residente in una società stabilita in Paese terzo in relazione in particolare alla natura

⁴⁴ *X GmbH*, cit., p.to 84.

⁴⁵ *Ibidem*, p.ti 85 e 86.

⁴⁶ *Ibidem*, p.to 90.

delle attività di tale ultima società. Nel caso in cui non sussista alcun accordo, fra lo Stato membro della società con partecipazione ed il Paese terzo della società partecipata, che preveda uno scambio obbligatorio di informazioni, per la Corte di giustizia l'art. 63 TFUE non risulta violato da una legislazione come quella tedesca in esame che prevedeva l'inclusione nella base imponibile di una società residente del reddito da investimento di capitale di una società partecipata stabilita in un Paese terzo a basso livello di tassazione. Qualora invece fra uno Stato membro ed un Paese terzo esista un accordo vincolante sullo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie, una legislazione nazionale che non consenta ad una società soggetta ad imposta di dimostrare le ragioni commerciali del suo investimento nel capitale di una società avente sede nel Paese terzo in questione eccederebbe quanto necessario al perseguimento dell'obiettivo – legittimo – di prevenzione dell'elusione o evasione fiscale e quindi risulterebbe incompatibile con l'art. 63 TFUE⁴⁷.

3.3. *Le cosiddette “cause danesi” N Luxembourg 1 e altre c. Skatteministeriet*

Una menzione a parte, data la loro complessità, merita inoltre la sentenza emanata dalla Corte di giustizia nelle cc.dd. “cause danesi”⁴⁸ aventi ad oggetto l'interpretazione delle norme relative alle esenzioni fiscali contenute nella direttiva 2003/49/CE⁴⁹, sentenza nella quale i giudici dell'Unione si sono ancora una volta pronunciati sull'applicazione dell'art. 63 TFUE a restrizioni di natura fiscale riguardanti movimenti di capitale da e verso Paesi terzi. La sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia – unica, essendo state tutte le suddette cause riunite in un unico procedimento – ha tratto origine da una contestazione del Ministero delle imposte danese nei confronti delle società *N Luxembourg 1*), *X Denmark A/S*, *C Denmark I* e *Z Denmark ApS*, in merito all'obbligo, imposto alle società

⁴⁷ *Ibidem*, p.ti 91-95.

⁴⁸ Corte giust., 26 febbraio 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg 1 e a. c. Skatteministeriet*. Fra i vari commenti a tale sentenza, v. S. M. RONCO, *I piccoli passi forse non bastano più? Le acquisizioni della giurisprudenza sui casi danesi*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2020, p. 315.

⁴⁹ Direttiva 2003/49/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi, in GUCE L 57 del 26 giugno 2003.

medesime, di applicare un'imposta mediante trattenuta alla fonte sugli interessi corrisposti a società non-residenti che l'Amministrazione finanziaria danese non considerava quali beneficiari effettivi degli interessi stessi, con conseguente esclusione, nei loro confronti, dell'esenzione dalla ritenuta alla fonte prevista dalla precitata direttiva 2003/49/CE "interessi e canoni". Fra le varie questioni pregiudiziali poste dalla giurisdizione danese di rinvio, ai fini della presente analisi rileva quella con la quale detto giudice nazionale ha chiesto alla Corte di giustizia di stabilire, nell'ipotesi in cui l'esenzione dalla ritenuta alla fonte per gli interessi versati da una società residente di uno Stato membro ad una società residente in un altro Stato membro, prevista dall'art. 1 della direttiva 2003/49/CE, fosse risultata non applicabile, se il regime di tassazione danese sugli interessi corrisposti a società non-residenti fosse incompatibile con l'art. 63 TFUE⁵⁰.

Nella dettagliata motivazione della sua sentenza *N Luxembourg* la Corte ha rilevato in primo luogo che la normativa nazionale oggetto del procedimento principale prevedeva che la società residente percettrice d'interessi da un'altra società residente, non fosse soggetta all'obbligo di versamento di un acconto d'imposta sulle società nei primi due anni d'imposizione e fosse quindi tenuta al versamento dell'imposta sugli interessi medesimi solamente ad una scadenza sensibilmente più lontana rispetto a quella prevista per il versamento della ritenuta alla fonte in caso di pagamento d'interessi da parte di una società residente a una società non-residente. Conseguentemente, mentre gli interessi corrisposti da una società residente a una società non-residente erano assoggettati ad imposizione immediata e definitiva, gli interessi versati da una società residente ad altra società residente non erano soggetti al versamento di alcun acconto d'imposta, il che procurava alla società residente un'evidente e significativa facilitazione di tesoreria. Sulla base di tali considerazioni la Corte è pervenuta alla constatazione che l'esclusione di una facilitazione di tesoreria in una situazione transfrontaliera – facilitazione viceversa concessa in una si-

⁵⁰ Sulla problematica relativa all'applicazione del divieto di restrizioni alla libera circolazione dei capitali alla tassazione dei dividendi, v. M. TENORE, *Ipotesi di violazione di una norma UE per i dividendi in entrata e in uscita*, in G. MAISTO (a cura di), *La tassazione dei dividendi intersocietari: temi attuali di diritto tributario italiano, dell'Unione europea e delle convenzioni internazionali*, Milano, 2011, p. 509 ss.; S. MORATTI, *L'inquadramento fiscale dei dividendi in uscita: la compatibilità delle ritenute alla fonte con la libertà di circolazione dei capitali*, in *Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze*, 2019, p. 84.

tuazione fiscalmente equivalente ma limitata al territorio nazionale – costituiva una restrizione alla libera circolazione dei capitali. Non avendo il Governo danese addotto alcun motivo imperativo d'interesse generale idoneo a giustificare tale restrizione sulla base dell'art. 65 TFUE, la Corte di giustizia ha concluso che tale norma legislativa danese era in contrasto con l'articolo 63 TFUE⁵¹.

Con motivazioni del tutto analoghe la Corte di giustizia ha dichiarato pure incompatibili con l'art. 63 TFUE in quanto discriminatori altri due aspetti del regime impositivo danese oggetto di contestazione nel procedimento *a quo*. La prima discriminazione censurata dalla Corte era quella avente ad oggetto il tasso degli interessi di mora applicabile in caso di tardivo versamento all'amministrazione della ritenuta alla fonte sugli interessi corrisposti ad una società non-residente, tasso che era più elevato rispetto a quello applicabile in caso di tardivo pagamento dell'imposta sulle società gravante sugli interessi percepiti da una società residente da parte di un'altra società residente⁵². Il secondo aspetto discriminatorio della legislazione tributaria danese che imponeva ad una società residente di operare una ritenuta alla fonte sugli interessi corrisposti ad una società non residente, riguardava la deducibilità da parte della società non-residente, degli oneri finanziari da essa sostenuti e direttamente connessi all'operazione di finanziamento a favore della società residente, deducibilità che era esclusa per le società non-residenti mentre tali medesimi oneri finanziari erano deducibili in caso di corresponsione di interessi da una società residente ad un'altra società residente⁵³.

3.4. *La deroga prevista dall'art. 64 TFUE riguardante le restrizioni ai movimenti di capitale da e verso i Paesi terzi esistenti alla data del 31 dicembre 1993*

La presente analisi della giurisprudenza europea avente ad oggetto la libera circolazione dei capitali fra Stati membri dell'Unione e Paesi terzi non sarebbe completa se non comprendesse anche un sintetico esame delle sentenze nelle quali la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare la norma derogatoria contenuta all'art. 64, par. 1, TFUE. In base a tale di-

⁵¹ *N Luxembourg*, cit., p.to 167.

⁵² *Ibidem*, p.to 172.

⁵³ *Ibidem*, p.to 179.

sposizione, uno Stato membro può continuare ad applicare, nelle relazioni con i Paesi terzi, le restrizioni ai movimenti di capitale che rientrano nel campo di applicazione materiale di tale medesima norma, anche se esse sono contrarie al principio della libera circolazione di capitali sancito dall'art. 63, par. 1 TFUE, a condizione che tali restrizioni fossero "in vigore alla data del 31 dicembre 1993". Inoltre, le restrizioni che rientrano nel campo di applicazione materiale di tale clausola di "standstill" sono unicamente quelle riguardanti, secondo il dettato letterale dell'art. 64, par. 1, TFUE, gli «investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari»⁵⁴.

La Corte di giustizia ha avuto modo di interpretare tale disposizione derogatoria in tutte le sentenze sopra esaminate riguardanti il divieto generale di restrizioni ai movimenti di capitale di cui all'art. 63, par.1, ma è stato nelle due più recenti sentenze *X GmbH* e *College Pension Plan* che i giudici dell'Unione hanno avuto modo di esporre in forma particolarmente ben strutturata la propria interpretazione dell'art. 64, par. 1, in quanto tale norma del Trattato aveva formato l'oggetto di quesiti specifici delle due giurisdizioni tedesche di rinvio. La Corte ha così elaborato due criteri interpretativi di tale norma, che ha definito espressamente "criterio temporale", il primo, e "criterio sostanziale", il secondo. Il primo criterio attiene alle condizioni che una legislazione nazionale deve soddisfare per essere considerata "in vigore alla data del 31 dicembre 1993". Il criterio interpretativo "sostanziale" si riferisce invece all'elenco, definito "tassativo" dalla Corte, delle categorie di movimenti di capitale le cui restrizioni nelle relazioni con Paesi terzi possono essere sottratte legittimamente dagli Stati membri all'applicazione del divieto generale previsto all'art. 63, par. 1, TFUE. Entrambi tali presupposti per l'applicazione dell'art. 64, par. 1, devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva in quanto costituiscono le condizioni applicative di una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali⁵⁵.

In ordine al "criterio temporale" di interpretazione dell'art. 64, par. 1, TFUE, la Corte di giustizia ha chiarito che al fine di stabilire se una data

⁵⁴ G. SABRINO, *Libre movimiento de capitales en la Unión europea y limitaciones de las inversiones directas provenientes de terceros Estados*, in *Revista española de derecho internacional*, 2022, p. 411 ss.

⁵⁵ *EV*, cit., p.to 80, *X GmbH*, cit., p.to 42 e *College Pension Plan*, cit., p.to 98.

restrizione ai movimenti di capitale nei confronti di Paesi terzi era effettivamente vigente alla data del 31 dicembre 1993, è necessario che la legislazione nazionale che la prevedeva sia rimasta in vigore ininterrottamente nella legislazione dello Stato membro interessato a partire da tale data. Questo, al fine di impedire agli Stati membri di reintrodurre restrizioni ai movimenti di capitali da o verso Paesi terzi che essi avevano soppresso in un momento successivo al 31 dicembre 1993⁵⁶. In tal caso, infatti, per i giudici dell'Unione, uno Stato membro «rinuncia alla facoltà di cui disponeva, in conformità all'art. 64, par. 1, TFUE, di continuare ad applicare nelle relazioni con i Paesi terzi talune restrizioni ai movimenti di capitale che erano in vigore alla data del 31 dicembre 1993», essendo pertanto tale rinuncia da considerare definitiva e irrevocabile⁵⁷. Unica eccezione a tale chiaro principio interpretativo dell'art. 64, par. 1, TFUE è l'ipotesi in cui le norme di legge nazionale vigenti a tale data sono state successivamente sostituite da altre norme legislative “sostanzialmente identiche” alla legislazione precedente quanto alla natura e al campo di applicazione delle restrizioni a certi movimenti di capitale da e verso Paesi terzi⁵⁸.

Quanto al “criterio sostanziale” che i giudici nazionali devono utilizzare nell'individuazione e definizione delle specifiche categorie di movimenti di capitale per le quali gli Stati membri possono mantenere in vigore le restrizioni esistenti al 31 dicembre 1993, la Corte di giustizia ha in primo luogo limitato la facoltà di deroga accordata agli Stati membri dall'art. 64, par. 1, TFUE alle restrizioni riguardanti gli investimenti diretti in senso stretto, escludendo invece espressamente dalla medesima facoltà di deroga gli investimenti c.d. “di portafoglio”, dove per investimenti diretti si devono intendere le partecipazioni nel capitale di una società che consentano di controllare effettivamente la gestione della stessa, mentre per investimenti “di portafoglio” si deve intendere «l'acquisto di titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare la gestione e il controllo [della società partecipata]»⁵⁹. Per tale ragione, vale a dire la natura di investimenti “di portafoglio” che presentano gli acquisti di partecipazioni nettamente minoritarie

⁵⁶ *X GmbH*, cit., p.ti 39 e 41 e *College Pension Plan*, cit., p.to 93.

⁵⁷ *X GmbH*, cit., p.to 40.

⁵⁸ *Emerging Markets*, cit., p.to 48, *EV*, cit., p.to 75, *X GmbH*, cit., p.to 38 e *College Pension Plan*, cit., p.to 94.

⁵⁹ *X GmbH*, cit., p.ti 26 e 28 e *College Pension Plan*, cit., p.ti 100 e 101

in società residenti in uno Stato membro, i giudici dell'Unione hanno escluso che il Governo tedesco si potesse avvalere della facoltà di deroga di cui all'art. 64, par. 1, TFUE per continuare ad applicare ai fondi pensione con sede in Paesi terzi, quale il fondo canadese *College Pension Plan* di cui alla causa C-641/17, la ritenuta alla fonte a titolo di imposta alla quale, come si è visto, non erano invece soggetti i fondi pensione fiscalmente residenti in Germania. La stessa causa pregiudiziale ha poi fornito alla Corte l'occasione di elaborare una precisa definizione dei movimenti di capitale da e verso Paesi terzi connessi alla "prestazione di servizi finanziari", le cui restrizioni possono essere anch'esse mantenute in vigore dagli Stati membri se già esistenti al 31 dicembre 1993. Secondo i giudici dell'Unione, per poter rientrare nel campo di applicazione *ratione materiae* della deroga di cui all'art. 64, par. 1 TFUE, la legislazione nazionale restrittiva deve riguardare dei movimenti di capitale «che presentino un nesso sufficientemente stretto con la prestazione di servizi finanziari»⁶⁰. Questo non era affatto il caso dei dividendi percepiti dai fondi pensione, residenti e non residenti, disciplinati dal diritto tedesco, i quali (dividendi) non costituivano un servizio finanziario fornito agli assicurati in quanto «le acquisizioni di partecipazioni di un fondo pensione e i dividendi percepiti a tale titolo servono in via prioritaria al mantenimento del patrimonio e a garantire le riserve da esso costituite, mediante una maggiore diversificazione e una migliore ripartizione dei rischi»⁶¹. Pertanto anche sotto questo profilo la facoltà di deroga *ex art. 64, par. 1, TFUE* invocata dal Governo tedesco nella causa C-641/17 è stata dichiarata dalla Corte di giustizia non applicabile nel caso della ritenuta alla fonte a titolo di imposta dei dividendi distribuiti da società residenti e percepiti da fondi pensione aventi sede in un Paese terzo, ritenuta alla fonte che quindi è risultata contraria al divieto di restrizioni ai movimenti di capitale sancito dall'art. 63, par. 1, del Trattato.

4. Conclusioni

Al termine di questa analisi critica delle pronunce della Corte aventi ad oggetto l'interpretazione degli articoli da 63 a 65 del TFUE e riguardanti

⁶⁰ *College Pension Plan*, cit., p.to 105.

⁶¹ *Ibidem*, p.to 108.

restrizioni ai movimenti di capitali fra uno Stato dell'Unione e un Paese terzo, è possibile trarre alcune conclusioni di carattere generale.

In primo luogo, è ormai un dato di fatto da almeno vent'anni che quasi tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei capitali riguarda restrizioni poste in essere dagli Stati membri mediante norme legislative o regolamentari di natura tributaria o mediante prassi applicative delle amministrazioni fiscali nazionali. Questa constatazione vale sia per le restrizioni ai movimenti di capitale fra Stati membri, che per le restrizioni ai movimenti di capitale fra Stati membri e Paesi terzi.

In secondo luogo, si può notare un quasi completo parallelismo fra l'interpretazione data dalla Corte all'art. 63, par. 1, del TFUE con riferimento alle restrizioni ai movimenti di capitale fra Stati membri e l'interpretazione della medesima disposizione del Trattato in cause aventi ad oggetto restrizioni nazionali ai movimenti di capitale fra uno Stato membro e un Paese terzo. Tale parallelismo risulta non soltanto dai frequenti rinvii "incrociati" fra sentenze riguardanti i movimenti di capitale interni all'Unione e sentenze riguardanti i movimenti di capitale fra uno Stato membro e un Paese terzo, ma anche e soprattutto dalla severità con la quale la Corte di giustizia ha applicato i propri criteri interpretativi degli articoli 63-65 del Trattato a restrizioni poste in essere da uno Stato membro nei confronti di operatori economici aventi sede in Paesi terzi. Come sopra rilevato, partendo dalla constatazione che il legislatore costituente dell'Unione non aveva assoggettato il principio della libera circolazione dei capitali ad alcuna condizione di reciprocità rispetto alla legislazione di un Paese terzo, i giudici dell'Unione hanno applicato alle differenze di regime impositivo previste dalle varie legislazioni nazionali per i movimenti di capitale effettuati da o verso operatori di Paesi terzi esattamente gli stessi severi criteri interpretativi degli articoli 63 e 65 TFUE elaborati con riferimento ai movimenti di capitale interni all'Unione, sia che si trattasse del problema della comparabilità delle situazioni fiscali dei contribuenti residenti rispetto a quelle dei contribuenti residenti in un Paese terzo, sia che trattasse delle cause di giustificazione di una differenza di trattamento tributario potenzialmente discriminatoria. Si è rilevato a questo proposito che è unicamente con riferimento ai "motivi imperativi di interesse generale" rappresentati dal contrasto ai meccanismi transfrontalieri di elusione o di evasione fiscale e dall'efficacia dei controlli dell'amministrazione finanziaria, che la Corte ha ammesso il ruolo decisivo che poteva giocare al fine

di giustificare una legislazione nazionale potenzialmente discriminatoria, l'esistenza o meno di accordi internazionali sulla scambio di informazioni stipulati fra lo Stato membro e il Paese terzo fra i quali era stata effettuata l'operazione finanziaria, ovvero il movimento di capitali, oggetto del processo *a quo*.

Merita infine di essere rilevata la crescente complessità delle cause tributarie aventi ad oggetto l'interpretazione degli articoli 63-65 TFUE in relazione alle differenze di regime impositivo delle operazioni finanziarie effettuate, sia fra società di diversi Stati membri, che fra società di uno Stato membro e società di Paesi terzi. Tale crescente complessità dei quesiti interpretativi posti dai giudici tributari di tutti gli Stati membri obbliga la Corte, come risulta dall'analisi sopra effettuata, a redigere sentenze a loro volta sempre più dettagliate e complesse nelle quali i giudici dell'Unione sono costretti ad avventurarsi nei meandri delle legislazioni tributarie nazionali disciplinanti i regimi impositivi di categorie estremamente eterogenee di operazioni finanziarie. La crescente complessità di tale giurisprudenza avente ad oggetto l'applicazione alle legislazioni tributarie nazionali del principio della libera circolazione dei capitali è interamente imputabile al Consiglio dei ministri delle Finanze (c.d. "*Ecofin*") che da molti anni ormai non trova il consenso unanime necessario ex art. 115 TFUE per l'adozione delle numerose proposte di direttive di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di imposta sulle società, ripetutamente presentate al Consiglio stesso dalla Commissione europea, ultime fra le quali sono quelle del "pacchetto" approvato dall'Esecutivo dell'Unione il 12 settembre 2023⁶². Alla Corte di giustizia va in conclusione ancora una volta ascritto il merito di aver posto un parziale rimedio, mediante le sue sentenze in materia tributaria riguardanti non solo la libera circolazione dei capitali ma tutte e quattro le libertà fondamentali di circolazione del Trattato, alle discriminazioni fiscali più gravi ed evidenti sottoposte al suo giudizio da decine di giurisdizioni tributarie degli Stati membri sensibili al principio del primato del diritto dell'Unione sui diritti nazionali.

⁶² Si tratta delle seguenti tre proposte adottate dalla Commissione europea il 12 settembre 2023: proposta di direttiva del Consiglio relativa all'introduzione di un sistema fiscale basato sulle regole dello Stato membro della sede sociale per le micro, piccole e medie imprese, COM(2023) 528 final; proposta di direttiva del Consiglio relativa ai prezzi di trasferimento, COM(2023) 529 final; proposta di direttiva del Consiglio per l'introduzione di un "quadro comune" per l'imposta sulle società (BEFIT), COM(2023)532 final.

LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE «MERCİ» – E NON SOLO – NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA TRIBUTARIA

Roberta Alfano*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza “italiana” sulle imposte non armonizzate in tema di discriminazioni fiscali in materia di libera circolazione delle merci nel mercato interno: 2.1. La vicenda “Grundig”. – 2.2. La “tassa sul marmo” di Carrara. – 2.3. La “tassa sul tubo” della Regione Sicilia. – 3. La giurisprudenza “italiana” sulle accise: l’esenzione per le imbarcazioni da diporto. – 4. Libera circolazione delle «merci» nel mercato interno e ruolo sociale della Corte: il caso dell’esenzione IVA per la conservazione delle cellule staminali presso banche private del cordone ombelicale. – 5. Qualche riflessione conclusiva.

1. *Introduzione*

Il diritto alla libera circolazione delle merci all’interno degli Stati membri e delle merci provenienti da paesi terzi è uno dei principi fondamentali del trattato, disciplinato dagli articoli 28 ss. TFUE. «Sin dalle origini del trattato istitutivo della Comunità europea, alla libera circolazione delle merci è stato assegnato un ruolo centrale nella creazione di un vasto spazio economico unificato – il mercato comune – da realizzare mediante la progressiva liberalizzazione del movimento di tutti i fattori di produzione»¹. La libertà di circolazione delle merci – concepita inizialmente nel

* Associata di diritto Finanziario e Tributario, Università degli Studi di Napoli “Federico II”. Il presente studio costituisce un contributo scientifico al progetto di ricerca di interesse nazionale (PRIN 2022-2022P23BRW) denominato: «The Common Constitutional Traditions of the European Union and their Impact on the Process of Europeanisation of Tax Law» CUP: D53D2300739 0006.

¹ I. CASTANGIA, voce *Circolazione delle merci*, in *Enciclopedia del diritto Treccani*, 2013, che rileva come l’instaurazione dell’unione doganale a partire dal 1968 si è estesa gradualmente al complesso degli scambi commerciali, ponendo tale libertà a fondamento del disegno di costruzione europea. La libera circolazione delle merci, dunque, si sostanzia non solo nella prima realizzazione concreta della Comunità, ma anche, come il cuore pulsante dell’intero processo di integrazione.

quadro di un'unione doganale tra gli Stati membri attraverso l'abolizione dei dazi doganali, delle misure di effetto equivalente, delle restrizioni quantitative agli scambi, con la fissazione di una tariffa esterna comune dell'Unione – è divenuta gradualmente strumentale all'eliminazione dei diversi ostacoli per la realizzazione di un effettivo mercato interno.

Il rispetto della libertà di circolazione delle merci, nell'ambito del mercato interno ha una precipua declinazione anche dal punto di vista tributario. Infatti, la libera circolazione delle merci richiede soprattutto una continua verifica sulla natura delle diverse misure di effetto equivalente e delle restrizioni quantitative – in cui si sostanziano la maggior parte degli ostacoli non tariffari – posti in essere dagli Stati membri. In tal senso, fondamentale è stata, come in molti altri settori, l'interpretazione della Corte di giustizia², che vanta una nutrita giurisprudenza in tema di libera circolazione delle merci. Dal punto di vista tributario, tale giurisprudenza appare quantitativamente non particolarmente cospicua ma molto rilevante ed esemplificativa, secondo lo stile proprio della Corte di giustizia, con profonde ripercussioni nell'ambito degli ordinamenti nazionali. Ciò in particolare in campo tributario, dove «ancor più che il legislatore può il giudice europeo con la sua copiosa e creativa giurisprudenza»³, quale limite alla potestà di

² Tra i più recenti contributi in materia si vedano A. ARENA, R. MASTROIANNI (a cura di), *60 years of EU competition law. Stocktaking and future prospects*, Napoli, 2017; P. BORRÀ, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017; A. ARENA, F. BESTAGNO, G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Torino, 2020; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. I, Napoli, 2021; R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2023. In campo più specificamente tributario per una visione d'insieme della legislazione tributaria dell'Unione europea v. G. MELIS, *Interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in C. SACCHETTO (a cura di), *I principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2016, p. 23; P. PISTONE, *Primato del diritto dell'Unione europea e sovranità tributaria: il ruolo della Corte di giustizia europea*, in AA.VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 737; ID., *Diritto tributario europeo*, Torino, 2022; E. TRAVERSA, *Analisi sistematica di quarant'anni di giurisprudenza tributaria italiana della Corte di giustizia (1983-2023)*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2023, p. 544 ss.

³ Così E. TRAVERSA, ED. TRAVERSA, *Limiti ai procedimenti di elaborazione legislativa derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario*, vol. I, Padova, 2019, p. 747, che evidenziano come nei settant'anni del diritto UE e di intensa attività legislativa e giudiziaria, le Istituzioni dell'Unione europea, sia legislative, che giudiziarie hanno limitato i po-

azione dei legislatori nazionali, da un lato e ai fini della definizione normativa e di principio dell'ordinamento dell'Unione, dall'altro⁴, nel rispetto delle tradizioni costituzionali nazionali, in un'opera di costante ed osmotica circolarità fra gli ordinamenti.

Anche con riferimento alla circolazione delle merci, il legislatore tributario nazionale che non rispetti le regole del mercato interno è passibile di disapplicazione – con effetto retroattivo – della norma tributaria nazionale incompatibile con la norma dell'Unione dotata di effetto diretto, con conseguente obbligo di rimborso delle imposte nazionali riscosse dallo Stato membro in violazione del diritto europeo⁵. Ciò sin dal momento dell'emanazione della norma tributaria incompatibile, con il solo limite dei termini di decadenza e prescrizione.

Ciò posto, si intendono analizzare le modalità con cui la Corte di giustizia ha più volte redarguito il legislatore tributario italiano⁶, che abbia posto in essere norme tributarie lesive della libertà di circolazione delle merci, riferite a tributi non armonizzati. La giurisprudenza “italiana” – così qualificata in quanti riferita a pronunce di infrazione contro l'Italia ovvero

teri di azione dei Parlamenti degli Stati membri in tutti i rapporti giuridici o le attività economiche e non economiche. Ciò ha imposto cautela al legislatore interno, per rispettare i vincoli dati dall'appartenenza dei rispettivi Stati membri all'Unione europea.

⁴ P. BORIA, *La funzione della Corte di giustizia rispetto alla formazione dell'ordinamento tributario comunitario*, in *Studi Tributari Europei*, 2021, p. 15 ss.

⁵ F. GALLO, *L'applicazione d'ufficio del diritto comunitario da parte del giudice nazionale nel processo tributario e nel giudizio di Cassazione*, (*Atti del Convegno “L'applicazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della sezione tributaria della Corte di Cassazione”*), in *Rass. trib.*, 2003, p. 313; R. ALFANO, *Il potere di disapplicazione del giudice nel processo tributario*, *ivi*, 2007, p. 864.

⁶ G. MELIS, *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 401 ss.; G. BIZIOLI, *Imposizione e costituzione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, p. 233; G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in *Enc. dir.*, 2007, p. 394; L. DEL FEDERICO, *Giurisdizione comunitaria e giustizia tributaria: azioni, tecniche di tutela e cooperazione tra giudici*, in F. AMATUCCI, F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Sistema di garanzie e ordinamento tributario*, Napoli, 2008, p. 35 ss.; M. BASILAVECCHIA, *L'influenza delle interpretazioni della Corte di giustizia*, in *Giur. trib.*, 2008, p. 15 ss.; F. PITRONE, *Forma e sostanza della sovranità tributaria. Gli effetti del progetto BEPS e del coordinamento fiscale nell'UE*, in F. AMATUCCI, R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *L'evasione e l'elusione fiscale internazionale*, Roma, 2017, p. 329; R. CORDEIRO GUERRA, *Crisi della fattispecie, fonti multi-livello e ruolo del giudice tributario*, in *Rass. trib.*, 2019, p. 268.

a rinvii pregiudiziali provenienti da giudici italiani – della Corte di giustizia sul punto ha “colpito” in un numero non elevato di casi, ma certamente con colpi molto ben assestati, sia in sede di rinvio pregiudiziale che su ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea contro il nostro Paese.

In particolare, si intende concentrare l’attenzione su alcune precipue pronunce in tema di imposte non armonizzate che hanno influenzato significativamente la possibilità di realizzazione di un mercato interno in cui le merci possano circolare in modo neutro, posto che, per il suo corretto funzionamento, l’attività legislativa dell’UE ha posto in essere molteplici disposizioni volte a coordinare e allineare le disposizioni nazionali in materia di IVA e ad armonizzare la disciplina delle accise che influenzano in modo significativo la libertà di circolazione. Tuttavia, alcune fattispecie concrete hanno imposto l’intervento della CGUE, al fine di riequilibrare alcune precipue violazioni dell’art. 28 TFUE anche con riferimento a tributi armonizzati. Ciò premesso, si intende dunque dar conto, in primo luogo, della recente vicenda tutta italiana in tema di accise sul carburante per imbarcazioni da diporto⁷.

Dopo tale sintetica disamina, si intende procedere a una breve digressione in corso d’opera, dando atto di una questione – non italiana – trattata dalla Corte di giustizia, legata indirettamente alla libertà di circolazione di una “merce”, quale riflesso di un aspetto meno evidente, ma indiscutibilmente presente (anche) nelle analisi sul mercato interno.

Si intende riferirsi ad una questione alimentata anche e soprattutto

⁷ Non sarà analizzata la vasta disciplina in tema di accise si pensi alla vasta giurisprudenza riferita ai prodotti alimentari, dai molteplici risvolti (anche) riferiti alla peculiare valenza protezionistica di determinate accise. In tal senso emblematica vicenda riferita al regno di Svezia in merito all’imposizione differenziata della birra, prodotto nazionale, e del vino, prodotto prevalentemente importato: Corte giust., 8 aprile 2008, C-167/05, *Commissione c. Svezia*. Per la Corte, un regime fiscale nazionale che assoggetta i vini ad accise più elevate rispetto a quelle cui è assoggettata la birra, prodotto essenzialmente nazionale; la scelta appare fondata sulla imponibilità del tasso alcolico volumetrico del vino e della birra e non risulta tale da produrre l’effetto di proteggere indirettamente la birra. Infatti, la differenza del prezzo di vendita tra la birra forte e il vino di categoria intermedia in concorrenza con la medesima è tale che la differenza di tassazione tra i due prodotti non è idonea a influire sul comportamento del consumatore. A tale considerazione deve aggiungersi altresì che la sussistenza di effetti protettivi non emerge dai dati statistici relativi alla vendita dei prodotti *de quo*.

dalla circolazione di un “bene” – vedremo quanto troppo riduttiva potrebbe essere per il caso concreto la denominazione quale “merce” – che dalla circolazione transfrontaliera era stata generata: la circolazione del sangue cordonale, ai fini di un possibile impiego eventuale e futuro delle cellule staminali, proveniente (anche) da paesi in cui ne è proibita la conservazione a pagamento verso altri, dove tale operazione – dalla Corte correttamente definita come meramente commerciale – è invece regolamentata. La pronuncia, riferita ai casi affatto diversi delle (possibili) esenzioni IVA per fattispecie connesse alle cure mediche, ha il merito di contribuire a consolidare l’esigenza solidaristica sottesa al cammino dell’Unione europea, che, giano bifronte, è certamente caratterizzato da un sempre più vivace mercato interno. Peraltro, la pronuncia sollecita – in un percorso spesso da gambero – correttamente (anche) verso la formazione di una cittadinanza europea, non esclusivamente connessa al mercato, quanto meno, nel caso di specie, rendendo meno appetibile, nel non concedere le esenzioni IVA, la scelta della conservazione presso strutture private, presenti soltanto in alcuni Stati.

La giurisprudenza “italiana” in tema di imposte non armonizzate e la recente questione dell’esenzione sulle accise per il carburante per imbarcazioni da diporto verranno analizzate in stretto ordine cronologico, nella consapevolezza che le diverse fattispecie in tema di libera circolazione delle merci possano, *primae inter pares*, considerarsi ciascuna portatrice di un precipuo valore interpretativo.

2. La giurisprudenza “italiana” sulle discriminazioni fiscali in materia di libera circolazione delle merci nel mercato interno

2.1. La vicenda “Grundig”

La questione oggetto della sentenza della Corte di giustizia nella causa *Grundig Italiana SpA c. Ministero delle Finanze* ineriva alla compatibilità IVA sui prodotti audiovisivi e cinefoto-ottici con il diritto comunitario⁸. La causa principale che era alla base di tale pronuncia pregiudiziale era stata

⁸ Corte giust., 17 giugno 1998, C-68/96, *Grundig Italiana SpA c. Ministero delle Finanze*. La Corte si era già occupata di detta imposta nella sentenza del 13 luglio 1994, C-130/92, *OTO*.

originata da un ricorso della Grundig Italiana SpA contro il Ministero delle Finanze della Repubblica italiana, con cui la ricorrente aveva chiesto la restituzione dell'ammontare dell'imposta versata nel periodo dal 1° gennaio 1983 al 31 dicembre 1992. Per la ricorrente, l'imposta di consumo in questione era contraria al diritto comunitario, posto che il legislatore tributario nazionale – con il decreto-legge 30 dicembre 1982, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1983, n. 53, poi integrata dalle disposizioni applicative di cui al decreto ministeriale 23 marzo 1983 – aveva istituito un'imposta di consumo sugli apparecchi audiovisivi e foto-ottici. Il prelievo veniva applicato con la medesima aliquota sia per i prodotti italiani, che per quelli importati da altri Stati membri; tuttavia, diverse erano le modalità di calcolo della base imponibile e di riscossione, più gravose per le merci provenienti da altri Stati membri⁹. Il Tribunale di Trento sollevò una serie di quesiti interpretativi alla Corte di giustizia, posto che la norma in questione disciplinante l'imposta di consumo sugli apparecchi audiovisivi e foto-ottici, aveva stabilito che per i prodotti nazionali, e soltanto per quelli, fossero deducibili dalla base imponibile le spese di trasporto, di distribuzione e di commercializzazione. A ciò si aggiungeva che l'obbligo di pagamento dell'imposta stessa sorgeva soltanto al momento della presentazione della dichiarazione trimestrale all'amministrazione fiscale, mentre per i medesimi prodotti provenienti da altri Stati membri il pagamento doveva essere posto in essere al momento – anteriore – dell'importazione.

La Corte aveva rilevato che anche le modalità di calcolo della base imponibile e di riscossione dell'imposta devono essere tali da non determinare un aggravio di carico fiscale sui prodotti provenienti da altri Stati membri: l'art. 95 del Trattato CEE deve infatti essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può istituire o riscuotere un'imposta di consumo qualora la base imponibile e le modalità di riscossione dell'imposta siano diverse per i prodotti nazionali e per i prodotti importati da altri Stati membri. L'art. 95 deve pertanto ritenersi violato qualora, per i prodotti

⁹ Per i prodotti importati il valore imponibile era dato dal valore alla frontiera italiana, determinato sulla base del valore in dogana ai sensi del regolamento (CEE) n. 1224/80, in GUUE L 335, p. 1, aumentato degli eventuali costi e oneri per la resa alla frontiera italiana, ivi compresi i diritti dovuti per l'immissione in libera pratica nella Comunità, e diminuito degli eventuali componenti del prezzo pagato o da pagare riferiti al trasporto e alla commercializzazione all'interno del territorio doganale nazionale. Non era prevista una possibilità di un calcolo forfettario per i prodotti importati

fabbricati in uno Stato, non siano ricomprese nella base imponibile le spese di trasporto o di distribuzione, mentre, per i prodotti importati da altri Stati membri, la base imponibile sia data dal valore in dogana, aumentato degli eventuali costi ed oneri sostenuti per raggiungere la frontiera e diminuito delle spese di trasporto o di distribuzione sostenute nello stato di arrivo¹⁰. È dunque incompatibile con l'art. 95 l'esclusione dalla base imponibile delle spese sostenute sul territorio nazionale in ragione della commercializzazione su tale mercato per i soli prodotti nazionali così come l'eventuale deduzione forfettaria ai fini del calcolo della base imponibile riservata esclusivamente ai prodotti nazionali. Parimenti deve considerarsi incompatibile l'eventuale posticipo temporale dell'obbligo di pagamento dell'imposta rispetto al momento dell'importazione in dogana delle merci. Infatti, per le merci nazionali, tale pagamento si realizzava soltanto al momento della presentazione della dichiarazione da parte del produttore nazionale presso le autorità tributarie, ovvero nel corso del mese successivo al trimestre in cui le merci erano state immesse sul mercato, laddove il fatto generatore dell'imposta si era verificato al momento dell'immissione sul mercato nazionale del prodotto destinato al consumo: la difesa italiana secondo cui tale modalità di riscossione del tributo fosse necessaria per la realizzazione di un efficace controllo tributario doveva considerarsi del tutto pretestuosa¹¹.

2.2. La "tassa sul marmo" di Carrara

Nella sentenza *Carbonati Apuani*, la Corte di giustizia ha sancito l'illegittimità di una particolare fattispecie di prelievo propria del Comune di Carrara, la c.d. "tassa sul marmo", imposta sul prodotto all'atto dell'esportazione dal territorio comunale, in quanto tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale¹². Si tratta di una pronuncia di particolare rile-

¹⁰ In questo caso vi è una violazione dell'art. 95, sebbene il vantaggio riservato attraverso questa possibilità di dilazione non sia notevole. In tal senso Corte giust., 27 febbraio 1980, 55/79, *Commissione c. Irlanda*, p.to 9.

¹¹ Così conclusioni dell'Avvocato generale Lenz del 15 luglio 1997, C-68/96, p.to 63.

¹² Corte giust., 9 settembre 2004, C-72/03, *Carbonati Apuani Srl c. Comune di Carrara*, in *Riv. dir. trib.*, n. 3, 2005, p. 57, con commento di R. ALFANO, *Tasse di effetto equivalente e libera circolazione delle merci all'interno del territorio dello Stato membro*; A. CARINCI, *Autonomia tributaria delle Regioni e vincoli del Trattato dell'Unione europea*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 1228.

vo, in quanto ha avuto il merito di essersi espressa anche con riferimento all'applicazione delle norme relative alla libera circolazione a situazioni puramente interne agli Stati membri, definendo, ancora una volta, i confini relativi al campo di applicazione delle libertà fondamentali del mercato interno.

La tassa in oggetto aveva quale presupposto l'attraversamento di un confine, che, però, non delimitava un territorio nazionale, ma meramente comunale. La circolazione del marmo dava vita all'applicazione di un prelievo non soltanto in quanto effettuata verso Paesi membri o Paesi terzi, ma anche relativamente alla circolazione sul territorio nazionale, per l'attraversamento dei confini del Comune di origine¹³ e contribuito a modificare la tradizionale posizione della Corte circa l'inapplicabilità delle norme poste a tutela delle libertà di circolazione a situazioni interne, riferendo il principio alla sola circolazione fra Paesi membri. Il divieto posto dagli articoli 23 e 25 del Trattato è sembrato per lungo tempo riferirsi soltanto alla circolazione al di fuori dei confini nazionali¹⁴. Con la pronuncia in esame si è dunque rafforzata l'interpretazione secondo cui il divieto di tasse di effetto equivalente deve trovare pieno riconoscimento sia relativamente alla circolazione infracomunitaria, sia a quella infranazionale, regionale o locale che sia¹⁵.

¹³ La pronuncia ha dunque anche il merito di aver consolidato una precedente, minoritaria interpretazione in merito all'applicabilità del divieto di tasse di effetto equivalente anche alla circolazione nell'ambito territoriale di un Paese. Corte giust., 16 luglio 1992, C-163/90, *Legros e a.*, in particolare p.ti 16-18; 9 agosto 1994, C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-410/93 e C-411/93, *Lancry e a.*, in particolare p.ti 27 e 32; 14 settembre 1995, C-485/93 e C-486/93, *Simitzi e a.*, in particolare, p.to 17; 23 aprile 2002, C-234/99, *Nygaard*, p.to 19.

¹⁴ La tassa sul marmo, almeno per ciò che inerisce la circolazione sul territorio italiano, non avrebbe dovuto rilevare per il diritto comunitario; in tali casi sarebbe stato applicabile soltanto l'articolo 120 della Costituzione, secondo cui la Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni. In tal senso si era orientato il TAR della Toscana che, con ordinanza 14 ottobre 2003 n. 179, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 23 e 120 della Costituzione.

¹⁵ La Corte rilevò dunque che l'articolo 23 del Trattato relativamente all'unione doganale, deve essere inteso nel senso che la libera circolazione delle merci è garantita non solo nell'ambito del commercio tra Stati, ma su "tutto" il territorio dell'Unione stessa. Come si evidenzia dalle conclusioni dell'Avvocato generale Tesaurò alle citate cause riunite C-

La tassa sul marmo, eredità del passato¹⁶, si basava sulla legge 15 luglio 1911, n. 749 e successive modificazioni¹⁷. Il tributo si applicava, con aliquote differenziate in relazione al pregio della roccia, su tutti i marmi estratti dalle cave di Carrara, a prescindere dalla destinazione finale; faceva eccezione il marmo lavorato negli stabilimenti di Carrara e di alcuni Comuni limitrofi¹⁸, per i quali erano previste esenzioni ed agevolazioni, con riferimento alla destinazione industriale dei prodotti o alla lavorazione nel comprensorio.

La Corte di giustizia ne aveva dichiarato l'illegittimità in quanto tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale. A nulla erano valse le obiezioni del Comune di Carrara sulle ridotte dimensioni della collettività territoriale interessata ovvero sulla unicità del prodotto sottoposto al prelievo all'atto del superamento dei confini del Comune, in quanto non pertinenti per la definizione degli articoli 23 e 25 TCE.

Il Comune di Carrara aveva cercato una difesa del prelievo invocando una pretesa finalità ecologica della tassa, che avrebbe dovuto essere destinata a coprire le spese causate dall'industria del marmo sul territorio e l'ambiente: i proventi, secondo il Comune, dovevano finanziare la costruzione e riparazione di infrastrutture stradali e portuali, l'adozione di provvedimenti di protezione ambientale, il sostegno di iniziative culturali ed, infine, l'assistenza sociale a favore degli operai impegnati nel settore.

La Corte di giustizia rilevò che, nel caso di specie, non si evidenziava nessun nesso di causalità fra il prelievo e le opere di riqualificazione ambientale realizzate dall'industria marmifera né alcun ritorno del tributo, sotto forma di servizi, in favore dei soggetti passivi del tributo stesso; la Corte confermò quanto già espresso in precedenti pronunce per cui, in ogni caso, né lo scopo – sociale, ambientale, culturale o altro – né la finalizzazione dei proventi possono giustificare l'istituzione di una tassa in con-

363/93, C-407/93, C-408/93, C-410/93 e C-411/93, par. 28, è inammissibile che «in un mercato unico sono vietati gli ostacoli agli scambi tra il Portogallo e la Danimarca, mentre sono irrilevanti gli scambi tra Napoli e Capri».

¹⁶ Si rinviene un primo esempio di tale prelievo in una notificazione del governatore della provincia della Lunigiana Estense del 14 luglio 1846.

¹⁷ Si tratta delle modifiche apportate dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449 e delle ulteriori precisazioni operate dal decreto-legge 26 gennaio 1999, n. 8, convertito con modificazioni nella legge 25 marzo 1999, n. 75.

¹⁸ Tale eccezione era prevista dall'art. 3 del regolamento comunale per la gestione e la riscossione della tassa sui marmi.

trasto con un principio fiscale dell'Unione¹⁹. La sentenza ha avuto altresì gravose conseguenze non solo per il bilancio futuro del Comune di Carrara, che aveva tratto, fino alla pronuncia, un sensibile gettito dalla tassa in questione, ma anche per lo Stato, tenuto, in caso di inerzia, al rimborso, in virtù dei poteri sostitutivi previsti dagli articoli 117, quinto comma, e 120 della Costituzione²⁰.

¹⁹ Occorre dar conto che l'Avvocato generale Maduro nelle sue conclusioni alla causa *Carbonati Apuani Srl c. Comune di Carrara*, cit., par. 24, aveva ipotizzato una diversa ricostruzione. Per l'avvocato l'art. 23 TCE non può essere applicato ad una situazione che incida soltanto sugli scambi interni di uno Stato membro, ma disapplicare la tassa sui marmi solo all'esportazione fuori dello Stato membro, discriminerebbe gli scambi interni rispetto a quelli comunitari, con difficoltà pratiche di identificazione dell'origine o della destinazione dei prodotti in circolazione nella Comunità e con il fondato rischio di discriminazione alla rovescia. L'Avvocato proponeva un'interpretazione estensiva del principio di non discriminazione, lasciando al giudice nazionale la verifica dell'effettiva sussistenza. La Corte di giustizia ha preferito sancire il divieto di tasse ad effetto equivalente anche alle fattispecie interne, confermando ed estendendo che la *ratio* del divieto deve fondarsi sul limite alla circolazione delle merci causato da oneri pecuniari imposti al passaggio di una qualsiasi frontiera nell'ambito dell'unione doganale; Corte giust., 1° luglio 1969, 2/69 e 3/69, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, p.to 14; *Lancry e a.*, cit., p.to 25.

²⁰ È interessante rilevare che il Comune di Carrara aveva chiesto alla Corte di limitare gli effetti della sentenza al futuro, per le gravi conseguenze finanziarie discendenti da una tale decisione, posto che, in linea di principio, la norma interpretata dalla Corte in virtù dell'art. 234 può e deve essere applicata dal giudice nazionale anche ai rapporti sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa. Generalmente, le sentenze interpretative hanno efficacia *ex tunc*. Per giurisprudenza costante della Corte, solo in presenza di circostanze eccezionali, tenuto conto di esigenze imperative di certezza del diritto, è possibile stabilire un'efficacia *ex nunc* ovvero limitare a un determinato momento la possibilità degli interessati di far valere la disposizione così interpretata relativamente a rapporti giuridici costituiti in buona fede; una tale limitazione deve essere prevista nella sentenza stessa: Corte giust., 15 ottobre 1980, 4/79, *Maiseries de Beauce*, nonché *Legros e a.*, cit., p.to 30. Nel caso di specie, condizioni tassative di certezza del diritto impedivano che fossero rimessi in discussione rapporti giuridici che avevano esaurito i loro effetti nel passato. La Corte reputò che il limite temporale a partire dal quale si sia costituito tale stato di certezza debba coincidere con l'emanazione della sentenza *Legros*; in quest'ultima (p.ti 34-35) la Corte si era pronunciata su di un tributo, istituito dalla Francia ben prima della nascita del mercato unico, che gravava su moltissimi prodotti introdotti nei possedimenti francesi di oltremare, i cosiddetti "Dom", qualunque ne fosse l'origine. Tale gettito era destinato a finanziare i bilanci degli enti territoriali. Non era, pertanto, possibile rimettere in discussione rapporti giuridici i cui effetti si erano esauriti nel passato. Per la Corte, a partire da tale data si è creata una situazione giuridica nuova, che le parti interessate possono considerare stabile e

2.3. La “tassa sul tubo” della Regione Sicilia

La Regione Sicilia, con la legge regionale 1° marzo 2002 n. 2, art. 6, aveva disciplinato un tributo sull’attività di trasporto del gas importato dal Nord Africa, con un prelievo fisso di natura patrimoniale commisurato al tragitto complessivo del gas dall’ingresso all’uscita dal territorio della Regione. Tale art. 6 – che riformulava l’art. 5 della legge regionale 3 maggio 2001, n. 6 che prevedeva un analogo prelievo – fu contestato dal Commissario dello Stato per la Regione Sicilia, che ne aveva sollevato questione di legittimità costituzionale *ex* art. 120 Cost., in quanto prelievo assimilabile ad un dazio tra le Regioni²¹. Nonostante tale prima iniziativa legislativa fosse stata bloccata sul nascere, la rilevanza della posta in gioco – circa centotrenta milioni di euro per anno – spinse la Regione Sicilia ad elaborare per il 2002 uno strumento impositivo alternativo, strutturato come tributo ambientale, emulato anche dalla Regione Friuli-Venezia Giulia per il metanodotto russo. La legge in questione, nelle intenzioni, avrebbe dovuto realizzare risorse per finanziare investimenti finalizzati a ridurre e prevenire il potenziale danno ambientale derivante dalle condotte installate sul territorio della Regione siciliana e, più in generale, avrebbe dovuto reperire risorse volte alla salvaguardia, alla tutela ed al miglioramento dell’ambiente.

Si trattava dunque di un presunto “tributo di scopo”, posto il vincolo

chiara; pertanto, la Corte ha stabilito che il Comune di Carrara, dopo tale data, non potesse ragionevolmente ritenere compatibile tale tassa con il diritto comunitario, quanto meno in relazione agli scambi puramente interni. La Corte è stata però ferma nel ritenere, che, a partire dalla sentenza *Legros*, non sia più possibile ritenere conforme al diritto comunitario una tale normativa: gli interessi degli enti locali sono sufficientemente tutelati dalla limitazione temporale realizzata con la sentenza stessa. Dopo tale data, dunque, non è possibile ignorare l’incompatibilità di una tale tassa di effetto equivalente, con il diritto comunitario. Cfr. *Lancry e a.*, cit., p.to 44; *Nygaard*, cit., p.to 34. In conclusione, occorre precisare che le disposizioni del Trattato relative alle tasse di effetto equivalente non possono essere invocate a sostegno di richieste di rimborso di importi riscossi anteriormente al 16 luglio 1992, salvo per i richiedenti i quali, prima di tale data, abbiano agito in giudizio.

²¹ La Corte costituzionale non si pronunciò sul merito, posto che il Presidente della Regione Sicilia aveva promulgato parzialmente la legge in questione; con la sentenza 5 dicembre 2003, n. 351 dichiarò cessata la materia del contendere; R. SUCCIO, *Sulla natura del tributo doganale, e non ambientale, dell’imposta regionale siciliana sui metanodotti*, in *Dialoghi di Dir. Trib.*, 2006, p. 931; A. E. LA SCALA, *Il carattere ambientale di un tributo non prevale sul divieto di introdurre tasse ad effetto equivalente ai dazi doganali*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1317 ss.

di destinazione del gettito qualificato come ambientale per la finalità politico-sociale extrafiscale di tutela ecologica. Nel corso dei cinque anni successivi alla sua istituzione tale tassa subì molteplici disavventure e “cambi di pelle” che avrebbero giustificato una radicale modifica dell’istituto stesso, ma il legislatore fu sordo ai richiami che da più parti provenivano in tal senso²².

Dal punto di vista giurisprudenziale, la questione fu prima presentata in sede amministrativa²³ e poi tributaria²⁴: i giudici non avevano neppure reputato necessario il ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁵, posta la assoluta evidenza dell’illegittimità della norma per contrasto con gli articoli 23 e 25 TCE, che vanificavano l’utilità di un rinvio pregiudiziale.

Nonostante però la netta ed unanime posizione dottrinale e giurisprudenziale, l’Italia non aveva proceduto a rendere concretamente operativo quanto evidenziato dal giudice interno con la disapplicazione della norma²⁶ e la Commissione europea deferì l’Italia alla Corte di giustizia *ex art.*

²² La legge regionale siciliana n. 2/2002 era stata anche vivacemente contestata dalla dottrina, sin dalla sua istituzione, in quanto immediatamente ne è stato evidenziato il carattere di tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale. V. FICARI, *Prime note sull’autonomia tributaria delle Regioni a Statuto speciale (e della Sardegna in particolare)*, in *Rass. trib.*, 2001, p. 1308 (all’atto della proposta istitutiva); V. CERIANI, *Federalismo, perequazione e tributi*, *ivi*, 2002, p. 1685; P. CIARLO, *La tassa sul tubo: ovvero del federalismo impazzito*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 808; L. DEL FEDERICO, *Orientamenti di politica legislativa regionale in materia di tributi locali*, in *La finanza locale*, 2003, p. 522; A. CARINCI, *Autonomia tributaria delle Regioni e vincoli del Trattato dell’Unione Europea*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 1225.

²³ TAR Lombardia, sez. II, 24 gennaio 2003 n. 130, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1805.

²⁴ Commissione Tributaria Provinciale di Palermo, sez. I, 5 gennaio 2004 n. 1203 in *TributImpresa*, 2004, *tributimpresa.it*, con nota di R. ALFANO, *Applicabilità d’ufficio del diritto comunitario nel processo tributario (a proposito del tributo regionale sul passaggio del gas metano attraverso il territorio della Regione Sicilia)*: la Ctp aveva proceduto a dichiarare l’inapplicabilità del predetto art. 6, in quanto contrastante con i principi comunitari e a disapplicarlo.

²⁵ F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

²⁶ In Corte giust., 4 dicembre 1997, C-207/96, *Commissione c. Italia*, p.to 26, la Corte ha evidenziato che in caso d’incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie, il giudice interno è tenuto a disapplicare tale normativa, ma, per eliminare definitivamente tale incompatibilità, occorre che lo Stato membro adotti disposizioni interne vincolanti di analogo tenore rispetto a quelle da modificare.

226 TCE²⁷, dando inizio ad un lungo ed estenuante «botta e risposta», che non convinse la Commissione: il tributo controverso, colpendo anche il gas in transito sul territorio era infatti per la Commissione necessariamente assimilabile ad una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale all'importazione, che gravava su merci importate direttamente da Paesi terzi, illegittimo per costante giurisprudenza.

L'Italia tentò un estremo tentativo di difesa invocando una presunta finalità ambientale del tributo, conforme ai principi ambientali comunitari, in particolare al principio di precauzione; il tributo sarebbe stato riscosso qualora il gas fosse stato effettivamente presente nell'impianto e il proprietario avesse esercitato un'attività di trasporto, distribuzione, vendita o acquisto del gas, tassando così attività potenzialmente dannose per l'ambiente. Il gettito ricavato sarebbe stato diretto unicamente al finanziamento degli investimenti di prevenzione e bonifica dei danni ambientali, per la presenza di infrastrutture installate sul territorio insulare. La tutela ambientale, dunque, priorità fondamentale del diritto comunitario, costituiva l'unica finalità del tributo, che non gravava sulle merci, ma esclusivamente sull'impianto di trasporto; la ripercussione del tributo sul prezzo del prodotto sarebbe stata meramente eventuale, non dipendendo dal tributo stesso, ma dalla volontà del proprietario del gasdotto.

La tardiva tesi difensiva dell'Italia non convinse però la Corte di giustizia²⁸, che reputò scontata l'istituzione da parte della legge siciliana di un tributo ambientale, quasi avallando, almeno in premessa, l'impostazione della difesa delle autorità italiane, fondata essenzialmente sulla dichiarata natura ecologica del prelievo. La Corte però, contestualmente alle argo-

²⁷ La Commissione aveva chiesto alla Corte di dichiarare il mancato rispetto da parte della Repubblica italiana di quanto previsto dagli articoli 23, 25 e 133 del Trattato nonché dagli articoli 4 e 9 dell'Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica democratica popolare d'Algeria firmato il 26 aprile 1976 ed approvato con regolamento del Consiglio 26 settembre 1978, n. 2210.

²⁸ «Quella del Governo italiano è apparsa quasi una difesa d'ufficio in quanto imbastita essenzialmente su un elemento esterno alla struttura del tributo controverso: la sua supposta finalità ambientale, derivante dalla mera destinazione normativa del gettito. Invocando tale requisito, le autorità italiane, non soltanto cercano di difendersi dall'accusa di aver tollerato l'esistenza nel proprio ordinamento giuridico di una tassa d'effetto equivalente, ma ritengono di poter individuare un fondamento comunitario del prelievo, invocando il principio di precauzione sancito nell'art. 174 del Trattato CE». Così A. E. LA SCALA, *op. cit.*, p. 1318.

mentazioni del governo italiano, replicò mettendo in evidenza una contraddizione. Il governo aveva, in un primo tempo, sostenuto che il tributo controverso avrebbe colpito non la merce ma esclusivamente l'impianto di trasporto; successivamente, lo stesso governo aveva modificato tale assunto, affermando che il tributo sarebbe stato pagato solo qualora il gas fosse stato effettivamente presente nell'impianto.

Pertanto, con la sentenza *Commissione c. Italia* del 21 giugno 2007, la Corte di giustizia dichiarò l'incompatibilità di tale tributo con gli artt. 23, 25 e 133 TCE e con l'art. 9 dell'Accordo di cooperazione con l'Algeria²⁹, evidenziando che la presunta finalità ambientale – a prescindere dal fatto che apparisse tardiva – esterna o interna alla struttura di un tributo, non potesse di *per sé sola* giustificare l'introduzione di una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale,³⁰ posto che i principi fondamentali del diritto europeo e la necessità di garantire la libera circolazione delle merci travalicano i confini delle singole politiche, compresa dunque la pretestuosa finalità ambientale, che mal celava la reale (ed esclusiva) finalità di gettito.

La pronuncia in esame si caratterizza anche per un ulteriore valore aggiunto: aver evidenziato come nell'ambito delle proprie competenze legislative, «i legislatori regionali, ed in particolare i legislatori delle regioni a statuto speciale, siano anch'essi soggetti ai vincoli derivanti dall'appartenenza dello Stato italiano all'Unione europea»³¹.

3. La giurisprudenza "italiana" sulle accise: l'esenzione per le imbarcazioni da diporto

La Corte di giustizia, con la sentenza *Commissione c. Italia* del 16 set-

²⁹ Corte di giustizia, 21 giugno 2007, C-173/05, *Commissione c. Italia*, con nota di R. ALFANO, *Il tributo regionale sul passaggio del gas metano attraverso il territorio della Regione Sicilia: cronaca di una morte annunciata*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, p. 328; A. E. LA SCALA, *op. cit.*, p. 1317.

³⁰ *Ibid.*, p.to 42.

³¹ Così E. TRAVERSA, ED. TRAVERSA, *Limiti ai procedimenti di elaborazione legislativa derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA (a cura di), *op. cit.*, p. 751, che evidenziano come nell'ordinamento italiano sulla base dell'assetto delle competenze legislative in materia tributaria, il principale destinatario degli atti legislativi e dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea sia il legislatore statale, ma senza escludere il legislatore regionale.

tembre 2001,³² si è pronunciata sulla legittimità dell'esenzione da accisa sui carburanti concessa dal legislatore italiano agli operatori del settore della nautica da diporto impegnati nell'attività di noleggio delle loro imbarcazioni per scopi ricreativi. L'art. 24, d.lgs. n. 504 del 1995 (Testo Unico Accise – T.U.A.), la Tabella Allegata al medesimo decreto, nonché l'art. 1 delle disposizioni attuative di cui al decreto n. 225 del 15 dicembre 2015 avevano correttamente stabilito che i carburanti utilizzati dalle imbarcazioni private da diporto³³ non fossero esenti da accise; tuttavia, al punto 1.6, l'esenzione veniva, di fatto, ammessa anche a favore di dette imbarcazioni, se utilizzate a fini commerciali, finalità che veniva presunta per il solo fatto che fossero oggetto di un contratto di noleggio. L' Agenzia delle Dogane aveva infatti interpretato la direttiva nel senso che l'esenzione spettasse – nella esclusiva ipotesi di contratto di noleggio – indifferentemente al noleggiatore o al noleggiante.

La Commissione europea, in data 24 luglio 2020, aveva presentato alla Corte di giustizia un ricorso per inadempimento nei confronti dell'Italia, a cui era stata contestata la violazione delle disposizioni europee in tema di esenzione d'accise *ex art. 14, par. 1, lett. c)* della direttiva 2003/96. La Commissione aveva dunque contestato allo Stato italiano la violazione dell'art. 14, comma 1, lett. c) della direttiva accise, che prevede un'esenzione obbligatoria ad esclusivo favore dei carburanti utilizzati per

³² Corte giust., 16 settembre 2021, C-341/20, *Commissione c. Italia*.

³³ *Ex art. 14 della direttiva per nautica da diporto si intende: «qualsiasi imbarcazione usata dal suo proprietario o dalla persona fisica o giuridica autorizzata ad utilizzarla in virtù di un contratto di locazione o di qualsiasi altro titolo, per scopi non commerciali». Ex art. 47 del Codice della nautica da diporto di cui al d.lgs. 171/2005, «Il noleggio di unità da diporto è il contratto con cui una delle parti (...) si obbliga a mettere a disposizione dell'altra l'unità da diporto per un determinato periodo da trascorrere a scopo ricreativo in zone marine (...) alle condizioni stabilite dal contratto. L'unità noleggiata rimane nella disponibilità del noleggiante, alle cui dipendenze resta anche l'equipaggio». V. M. M. COMENALE PINTO, *Utilizzazione commerciale delle unità da diporto*, in *Dir. mar.*, 2018, p. 825; E. ROMAGNOLI, *L'uso commerciale delle unità da diporto, il noleggio occasionale e la riforma del codice*, *ivi*, 2016, p. 345; M. M. COMENALE PINTO, E. G. ROSAFIO (a cura di), *Il diporto come fenomeno diffuso. Problemi e prospettive del diritto della navigazione*, Roma, 2015; C. GALLI, *Noleggio, unità da diporto: chiarire i dubbi sul regime fiscale per evitare la fuga all'estero*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 2985 ss.; M. M. COMENALE PINTO, *La locazione delle unità da diporto*, in *Dir. mar.*, 2007, p. 104; M. GRIGOLI, *Sul regime di alcune fattispecie negoziali attinenti al diporto nautico*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 461; ID., *Valutazioni sistematiche su alcuni profili dell'attuale assetto del diporto e del turismo nautico*, *ivi*, 2005, p. 261.*

la navigazione a fini commerciali, come il trasporto di merci o di passeggeri. Di converso la direttiva esclude inequivocabilmente da tale esenzione d'imposta i carburanti utilizzati dalle "imbarcazioni private da diporto", posto che la finalità commerciale non è funzione dell'esistenza di un sottostante contratto di noleggio.

La Corte di giustizia, in data 21 settembre 2021, nel confermare il ragionamento della Commissione – dopo aver preliminarmente evidenziato la differenza che sussiste tra un contratto di noleggio ed un contratto di prestazione di trasporto³⁴ – ha dunque accertato l'incompatibilità della normativa italiana con la direttiva 2003/96/CE.

In particolare, la declaratoria di incompatibilità fa riferimento all'art. 24, comma 1 e all'allegato I, tab. A, punto 3 del d.lgs. n. 504 del 1995, T.U.A. così come modificato dal d.lgs. n. 26 del 2007, posto che, nei fatti, avevano previsto, nell'ipotesi di contratto di noleggio, un'esenzione da accise per i carburanti usati anche dalle imbarcazioni private da diporto.

Per il Fisco italiano, infatti, in forza della sola stipula di un contratto di noleggio, l'impiego dell'imbarcazione da diporto aveva assunto la qualificazione di uso a fini commerciali dell'imbarcazione stessa; di conseguenza il noleggiante beneficiava automaticamente dell'esenzione da accisa.

Per la Corte di giustizia, la previsione di una siffatta esenzione dall'accisa per i carburanti delle imbarcazioni private da diporto nolggiate e utilizzate per attività non commerciali è contraria al diritto europeo, posto che, ai sensi della direttiva 2003/96, la concessione dell'esenzione trova fondamento esclusivamente nel caso in cui le imbarcazioni siano utilizzate per attività commerciali. L'art. 14, comma 1, lett. c) della direttiva prevede infatti un'esenzione obbligatoria a favore dei carburanti utilizzati per la navigazione a fini commerciali, quali il trasporto di merci o di passeggeri; nel contempo esclude chiaramente l'applicazione di esenzioni per carburanti utilizzati da "qualsiasi imbarcazione usata dal proprietario o dalla persona

³⁴ Corte giust., 16 settembre 2021, C-341/20, *Commissione c. Italia*, p.to 22: «l'utilizzatore da prendere in considerazione al fine di concedere o rifiutare il beneficio dell'esenzione dall'accisa è il locatario o il noleggiatore, e non il locatore o il noleggiante. Ai fini di tale esenzione, non sarebbe dunque sufficiente che il noleggio configuri un'attività commerciale per il noleggiante. Per contro, sarebbe determinante l'uso che il noleggiatore fa dell'imbarcazione, il quale dovrebbe, per far sorgere il diritto all'esenzione, servire «direttamente ai fini della prestazione di servizi a titolo oneroso».

fisica o giuridica autorizzata ad utilizzarla in virtù di un contratto di locazione o di qualsiasi altro titolo, per scopi non commerciali”.

La norma è stata dunque interpretata nel senso che la stipula di un contratto di noleggio, per sua natura profondamente distinto dal contratto di trasporto³⁵, abbia *ex se* valore conformativo rispetto a tutte le attività conseguenti. La natura commerciale del solo rapporto di concessione dell'imbarcazione da diporto dal noleggiante al noleggiatore si è di fatto estesa a tutta la successiva attività di navigazione, posto che la norma stessa qualifica, in via generale, la natura commerciale dell'impiego del bene in ragione del fatto che sia oggetto – esclusivamente per tale fattispecie, posto che esplicitamente l'Agenzia delle Dogane aveva già in precedenza escluso tale esenzione nell'ipotesi che il rapporto contrattuale fra le parti fosse di locazione³⁶ – di un contratto di noleggio; deve pertanto essere meramente posta in essere la ricognizione dell'esistenza o meno di un simile rapporto.

Il probabilmente facile e certamente comodo *misunderstanding* ha notevolmente favorito la già nutrita economia correlata alla nautica da diporto nel Bel Paese, posta la convenienza all'approvvigionamento in regime di esenzione; approvvigionamento che ha certamente solleticato gli appetiti sia dei natanti europei che *extra* europei, con una serie di interrogativi, verso questi ultimi, rispetto alla concreta applicabilità dell'esenzione in loro favore³⁷.

Si tratta di una pronuncia di gran rilevanza, pienamente in linea con i precedenti della Corte stessa e anticipata da alcune sentenze della Cassazione, che, a seguito dell'avvio del procedimento di infrazione, avevano già prima della pronuncia della Corte di giustizia interpretato in modalità filo-europea la normativa; una pronuncia che ha permesso di riflettere su più

³⁵ Corte giust., 18 ottobre 2007, C-97/96, *Navicon*, p.to 38: il contratto di trasporto, ha ad oggetto una prestazione di servizi di trasferimento di beni o persone; oggetto decisamente più esteso della mera messa a disposizione dell'imbarcazione in tutto o in parte.

³⁶ L'esenzione era stata in precedenza esclusa per le attività di locazione, oggetto di un'interpretazione *ad hoc*: Agenzia delle Dogane, Circolare, 3 febbraio 2016, n. 5/D aveva escluso dal campo di applicazione della norma, e quindi dall'esenzione, i soggetti che si limitavano a locare delle imbarcazioni da diporto, senza dunque svolgere alcuna «attività di trasporto». Era considerata applicabile al noleggio in ragione del coinvolgimento pieno ed immediato dell'esercente nella gestione del servizio di navigazione e nella conduzione tecnica dell'unità da diporto.

³⁷ N. RAGGI, *Il commercial yacht "straniero" fa gasolio senza accise?*, in *Dir. mar.*, 2019, p. 193.

aspetti, dai limiti europei al legislatore interno in tema di imposte armonizzate, che irregimentano entro binari ben definiti le scelte del legislatore nazionale, al potere di disapplicazione del giudice interno, con le coraggiose ed anticipate interpretazioni della Cassazione; dalla incidenza delle prassi, in un settore troppo condizionato dall'operato «soggettivo ed empirico dell'Amministrazione»³⁸, in cui l'obbligo di determinare preventivamente i criteri direttivi e le linee generali dell'azione amministrativa appartiene al legislatore; dalla necessità di prevedere la sostanziale modifica della disciplina per il futuro, non dimenticando le possibili istanze di recupero delle accise non riscosse ad opera dell'amministrazione preposta, in un temperamento necessario fra affidamento dei contribuenti e ragioni di equità fiscale.

La pronuncia è però stata anche un'occasione perduta. Alla luce del *Green Deal* e della correlata azione del «*Fit for 55%*» appare infatti ormai evidente e incontrovertibile la necessità che ogni tipo di prelievo, armonizzato *in primis*, debba tener conto dei semprevivi principi fiscali europei, temperandone però il rispetto con i paritari – *rectius*: ormai prevalenti – principi di protezione dell'ambiente. Appare dunque improcrastinabile la necessità che la fiscalità dei trasporti – di cui la fattispecie in questione rappresenta probabilmente solo una delle punte e non certo la più acuminata dell'*iceberg* – sia sottoposta ad una radicale trasformazione, in cui i motivi economici debbano necessariamente temperarsi con il paradigma della sostenibilità. I tempi appaiono dunque oltremodo maturi per una nuova, reale declinazione della fiscalità ambientale, che superi finalmente il c.d. «fenomeno del *greenwashing*» a cui si è assistito negli ultimi anni, fondato troppo frequentemente su mere pretese – talvolta pretestuose – considerazioni ambientaliste, certamente dannose al mercato interno³⁹.

Fra le azioni del «*Fit for 55%*» sono ricomprese, da un lato, una proposta di direttiva che ristrutturava il quadro dell'Unione e che prevede esplicitamente di eliminare le esenzioni non in linea con la necessità di promuovere combustibili puliti; dall'altro una proposta di regolamento sull'uso di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio nel tra-

³⁸ Così M. LOGOZZO, *Le accise: inquadramento sistematico e questioni aperte*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, p. 139 ss.

³⁹ Sulla peculiarità del fenomeno, nei diversi settori normativi, si rinvia all'interessante lavoro di S. D'ACUNTO, *L'Europa dei cosmetici: un modello solido ed evolutivo*, in *Dir. com. sc. int.*, 2021, p. 234.

sporto marittimo⁴⁰. Se un'obiezione, dunque, si vuol avanzare alla pregevole pronuncia della Corte è il mancato richiamo al *Green deal*.

Il richiamo ad opera della Corte, sia pur incidentalmente, a tali politiche le avrebbe consentito di assolvere alla sua precipua funzione educativa e di promozione sociale (anche) in termini di sviluppo sostenibile. Funzione educante che sta alla base dell'ultima sentenza, non italiana e non strettamente correlata ad una «merce», su cui, come anticipato in sede di introduzione, si intende molto brevemente ma con molta convinzione soffermarsi.

4. Libera circolazione delle «merci» nel mercato interno e ruolo sociale della Corte: il caso dell'esenzione IVA per la conservazione delle cellule staminali presso banche private del cordone ombelicale

Nell'ambito di una sintetica rassegna della giurisprudenza tributaria in tema di libertà di circolazione delle merci, si vuole dar atto di una vicenda affatto diversa riferita al delicato tema delle esenzioni ai fini IVA relativamente alle prestazioni in campo medico, generata da un problema di circolazione transfrontaliera non di una merce, *stricto sensu* intesa.

Le sentenze della Corte di giustizia nelle cause *CopyGene* e *Future Health*, del 10 giugno 2010, affrontavano, per la prima volta, un tema di particolare coerenza in quel preciso momento storico, che aveva suscitato – certamente non soltanto da un punto di vista tributario – molteplici interrogativi, in primo luogo di ordine etico e sociale.⁴¹ I fatti in causa erano sostanzialmente identici, diretti ad individuare la natura, esente o imponibile, dell'attività svolta da due «banche del cordone» private, una scandinava, la *CopyGene* (causa C-262/08) e l'altra inglese, la *Future Health Technologies* (causa C-86/09)⁴².

⁴⁰ Proposta di regolamento della Commissione, del 14 luglio 2021, sull'uso di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio per il trasporto marittimo, COM/2021/562. In particolare, attraverso la modifica della recente direttiva (CE) 2009/16, del 23 aprile 2009, in GUUE 131, p. 57, la Commissione intende promuovere i carburanti sostenibili in questi settori, in modo tale che i carburanti inquinanti risultino più costosi per i fornitori.

⁴¹ Corte giust., 10 giugno 2010, C-262/08, *CopyGene* e 10 giugno 2010, C-86/09, *Future Health*.

⁴² In realtà i due procedimenti presentavano alcune diversità. Pur trattandosi, in en-

In particolare, con le sentenze era stata considerata una fattispecie per la quale non esistevano precedenti: la possibile esenzione per prestazioni poste in essere da «banche del cordone ombelicale» private a cui facevano riferimento attività di circolazione transfrontaliera di sangue cordonale sostanziantesi nel prelievo, trasporto, analisi e successiva conservazione, ai fini dell'impiego futuro ed eventuale delle cellule staminali.

La Corte di giustizia, chiamata ad analizzare se tali operazioni potessero annoverarsi fra le operazioni strettamente connesse ovvero tra le attività rientranti nell'ospedalizzazione, cure o prestazioni mediche ne ha negato il carattere esentativo, posto che le esenzioni devono interpretarsi restrittivamente e in modo conforme agli obiettivi loro propri. Nell'ambito della nutrita giurisprudenza europea in materia di IVA⁴³, si rimarca la portata e la *ratio* non solo dell'art. 132, n. 1, lett. *b*) e *c*), ma di tutte le esenzioni ai fini IVA, evidenziando, da un lato, il nesso di funzionalità fra le prestazioni principali e accessorie, dall'altro, il requisito della socialità che giustifica l'impianto stesso di tutto l'articolo.

In un'ottica di più vasta portata, tale attività integrativa della Corte di giustizia si inseriva pienamente nel solco del rinnovato spirito europeista teso, tra l'altro, alla tutela del cittadino quale contribuente. E non solo.

trambi i giudizi, di verificare l'imponibilità della raccolta, analisi, trattamento di sangue di cordone ombelicale e successiva crioconservazione delle cellule staminali, nella causa *CopyGene* la possibile esenzione era stata invocata in quanto le prestazioni in oggetto erano per i ricorrenti, da ricomprendere fra le operazioni strettamente connesse, ai sensi della lett. *b*) dell'art. 13, parte A, n. 1, della sesta direttiva; nella causa *Future Health*, invece la possibile esenzione era invece invocata non solo ai sensi della lett. *b*) ma anche della lett. *c*) dell'art. 132, n. 1 della direttiva (CE) 2006/112 del Consiglio, del 28 novembre 2006 - che, nel frattempo, aveva sostituito, a partire dal 1° gennaio 2007, la sesta direttiva, senza però alcuna significativa variazione in relazione alle ipotesi di esenzione, posto che entrambe rientravano nelle attività di ospedalizzazione, cure o prestazioni mediche. Cfr. R. ALFANO, *Imponibilità ai fini IVA delle prestazioni fornite dalle banche private per la conservazione delle cellule staminali provenienti da cordone ombelicale: alcune riflessioni (non solo) tributarie*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 314 ss.; M. PEIROLO, *Limiti all'esenzione IVA per le banche private di cellule staminali*, in *Corr. trib.*, 2010, p. 2595.

⁴³ Sul punto, tra gli altri, A. COMELLI, *IVA comunitaria e IVA nazionale*, Padova, 2000, p. 4 ss.; G. MELIS, R. MICELI, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee nel diritto tributario: spunti dalla giurisprudenza relativa alle direttive sull'imposta sui conferimenti e sull'Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, p. 155 ss.; F. CAPELLO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di IVA (2015-2019)*, in *Dir. prat. trib.*, parte I, 2020, p. 1238; ID., parte II, 2021, p. 1451 ss.

Dalle pronunce appare evidente, in più punti, la difficoltà della Corte a prendere una decisione in un settore in cui lo stato delle conoscenze scientifiche era e continua ad essere in costante e continua evoluzione e per una fattispecie rispetto alla quale molteplici valutazioni etiche e sociali evidenziavano ed evidenziano un carattere assolutamente prioritario. La Corte aveva ben chiarito come le prestazioni in oggetto non possano rientrare nella definizione di cui all'art. 13, n. 1, lett. *b)* e *c)* della sesta direttiva, in quanto dirette esclusivamente a garantire la disponibilità di una particolare risorsa terapeutica per l'ipotesi – *incertus an, incertus quando* – dovesse rivelarsi necessaria; tali prestazioni non sono in alcun modo finalizzate ad evitare o a prevenire l'insorgere di malattie ovvero ad individuare patologie latenti o incipienti⁴⁴.

L'Avvocato generale, nelle sue pur contraddittorie conclusioni⁴⁵, aveva dato conto di una serie di riserve di ordine scientifico sollevate dalle prestazioni in oggetto, fra cui, inter alia, l'incertezza rispetto agli standard quantitativi e qualitativi delle cellule staminali dopo un lungo periodo di crioconservazione e la preferenza della comunità medica ad utilizzare, ove sia possibile una scelta, cellule staminali prelevate dal midollo osseo o dal sangue periferico, per le maggiori probabilità di successo della terapia.

L'Avvocato generale ha correttamente sollevato anche il dubbio sulla positività di un innesto allogenico rispetto ad un innesto autologo, in virtù

⁴⁴ Prosegue la Corte evidenziando che solo l'analisi sul sangue cordonale potrebbe in teoria servire a tale scopo: in tal caso spetterebbe al giudice del rinvio verificare e, nel caso, considerare tale prestazione – e solo questa – come esente.

⁴⁵ In tal senso appare profondamente rilevante che la Corte si sia discostata dalle Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, del 10 settembre 2009, C-262/08, p.to 21 ss., secondo cui tali prestazioni dovevano intendersi strettamente connesse all'ospedalizzazione e alle cure mediche, in ragione dell'esplicita previsione dell'utilizzo delle cellule staminali solo per finalità terapeutiche e non di ricerca e sviluppo. L'Avvocato generale aveva analizzato con attenzione la fattispecie, soffermandosi sui diversi profili etici connessi alle prestazioni in oggetto, che avrebbero fatto ipotizzare il suo parere negativo rispetto all'esenzione IVA. Al contrario però, con una certa contraddittorietà, l'Avvocato le ha considerate prestazioni esenti, dando rilevanza all'accessorietà che si realizza nel momento in cui i servizi vengano effettivamente forniti: tali prestazioni devono essere considerate imprescindibili prestazioni accessorie all'ospedalizzazione e alle cure mediche. Rispetto all'incertezza sul possibile uso futuro delle staminali, l'Avvocato generale aveva poi osservato che l'agevolazione era riconosciuta in funzione della finalità esclusivamente terapeutica perseguita dall'attività svolta, essendo irrilevante l'utilizzo finale, che – dunque – come nella maggioranza delle ipotesi accade – potrebbe anche non realizzarsi.

della comprovata ed inequivocabile impossibilità dell'utilizzo di proprie cellule staminali per problemi ematologici, tipica ipotesi, almeno all'attualità, di impiego di tali cellule. Le pronunce hanno dunque evidenziato una duplice questione etica: da un lato «il rischio che i genitori possano essere persuasi a pagare per servizi in definitiva superflui sulla base di promesse esagerate»; dall'altro «la meritevolezza delle banche finanziate con fondi pubblici che conservano cellule staminali donate volontariamente per l'innesto allogenico rispetto a quella delle banche private»⁴⁶.

La lettura delle sentenze non aveva fatto emergere – *prima facie* – particolari preoccupazioni di ordine etico o scientifico; nessuna delle due sentenze faceva riferimento ai dubbi dell'Avvocato generale in merito alla maggiore auspicabilità della donazione del sangue cordonale, in luogo del contratto privatistico di prelievo, trasporto, analisi e successiva conservazione del sangue cordonale. Il dispositivo che aveva negato l'esenzione IVA nei confronti di tali operazioni in quanto *commerciali* aveva peraltro permesso di interpretare – nello stile essenziale che tradizionalmente contraddistingue la Corte di giustizia – il *decisum* come favorevole ad una pratica ad elevato impatto sociale quale la donazione. Un'interpretazione in piena sintonia con la volontà di dar forma e sostanza alla cittadinanza europea, che, pur messa a dura prova dai venti di sovranismo che solcano l'Europa, come l'araba fenice risorge continuamente dalle sue ceneri e che anche una vicenda apparentemente di declinazione squisitamente tributaria può e deve contribuire a nutrire.

5. *Qualche riflessione conclusiva*

La sintetica rassegna giurisprudenziale posta in essere ha permesso di confermare il ruolo degli interventi tributari per la promozione della libera circolazione delle merci attraverso l'eliminazione dei dazi doganali, delle restrizioni quantitative e delle misure di effetto equivalente. I principi del riconoscimento reciproco, l'eliminazione delle barriere fisiche e tecniche e la promozione della standardizzazione hanno dato impulso alla realizza-

⁴⁶ Così le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, in C-262/08, cit., p.to 21 ss., in cui si auspica, «sotto il profilo sociale, la conservazione delle cellule staminali provenienti da donazioni volontarie in strutture pubbliche, anziché in strutture private e soltanto nell'interesse del singolo e dei suoi familiari».

zione del mercato interno. Tale creazione ha reso necessaria la soppressione di tutti gli ostacoli esistenti frapposti alla libera circolazione delle merci e l'alacre lavoro delle istituzioni europee – si pensi solo al Libro bianco della Commissione che ha definito gli ostacoli fisici e tecnici da eliminare e le misure da adottare da parte della Comunità prima e dell'Unione poi a tal fine⁴⁷ – ha permesso l'adozione della gran parte delle misure previste, pur essendo evidente che «il mercato interno necessita comunque di riforme sostanziali per soddisfare le sfide del progresso tecnologico mentre persistono ancora alcune barriere non tariffarie»⁴⁸.

Centrale permane il ruolo del giudice e del legislatore europeo per il corretto funzionamento del mercato interno: le norme armonizzate dell'UE contribuiscono a garantire la libera circolazione delle merci nel mercato interno e consentono alle imprese dell'UE di diventare più competitive. In un processo circolare ed osmotico tra i principi europei ed interni ai propri dei singoli ordinamenti, il mercato interno diviene progressivamente ma inarrestabilmente sensibile “anche” e soprattutto a rinnovate istanze sociali, quali la protezione della salute, la sicurezza dei consumatori e l'ambiente. In campo tributario è evidente come l'attività di integrazione negativa della Corte di giustizia abbia «sensibilmente ridotto il margine di manovra dei legislatori tributari nazionali, al solo ed unico fine di conseguire gli obiettivi di interesse generale dell'Unione europea nel suo complesso, ai quali si devono adattare le finalità perseguite dai Governi e dai Parlamenti dei singoli Stati membri»⁴⁹.

Declinazioni sociali quali la tutela della salute e dell'ambiente devono trovare piena allocazione anche e soprattutto nell'analisi riferita alle libertà di circolazione, *prima inter pares*, quando riferita alle merci, indirizzando le scelte che il legislatore deve perseguire, nel pieno rispetto dei principi europei. E a tale processo, per quanto indirettamente, non è estraneo il diritto tributario.

Le sentenze ricordate, nella definizione del mercato interno delle merci

⁴⁷ Il completamento del mercato interno, Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo, COM(85) 310 def, Bruxelles, 14 giugno 1985.

⁴⁸ Parlamento europeo, *Libertà di circolazione delle merci*, in europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/38/libera-circolazione-delle-merci.

⁴⁹ Ancora E. TRAVERSA, ED. TRAVERSA, *Limiti ai procedimenti di elaborazione legislativa derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA (a cura di), *op. cit.*, p. 760.

non appaiono estranee ad immanenti valori sociali. È auspicabile, dunque, che la solida scorciatoia in termini di recepimento dei principi data dalla Corte di giustizia continui a realizzare la sua preziosa parte, ponendo, nella sua pregevole e necessaria attività di integrazione, il dovuto interesse al rispetto di istanze – quali quelle ambientali⁵⁰ o di tutela della salute – dai caleidoscopici riflessi di natura etica e sociale.

La Corte, nelle diverse sentenze di cui sinteticamente si è dato conto non si è espressa mai direttamente sui profili etici e sociali sottesi ai profili tributari di determinate operazioni transfrontaliere, nemmeno nell'ultima, in tema di operazioni transfrontaliere riferite alla circolazione di cellule staminali, in contrapposizione con la possibile donazione del cordone stesso presso strutture pubbliche: anche in questo caso il rilievo etico sociale del *decisum* della Corte è meramente indiretto, ma non per questo meno significativo.

La fiscalità, dunque, può e deve fare la sua parte, anche in questo senso. Il ruolo crescente di valori teoricamente esterni al mercato deve trovare precipua espressione nei suoi atti normativi e giurisprudenziali. Il potere sovrano degli Stati membri in materia tributaria, in origine subordinato alle sole finalità di promozione dello sviluppo economico dell'Unione e ai principi del Trattato, deve ormai essere finalizzato anche al rispetto di rinnovate norme e principi europei.

I tempi appaiono oltremodo maturi per una rinnovata declinazione del sistema tributario, interno ed europeo, in funzione della sempre più puntuale definizione del mercato interno. Il richiamo della Corte, incidentalmente ma con estrema chiarezza, a politiche sociali e pubbliche anche in un numero sempre crescente di pronunce in materia tributaria⁵¹ ne conferma la precipua funzione educativa e di promozione sociale (anche e soprattutto), nella continua *actio finium regundorum* relativa al mercato interno.

⁵⁰ P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1168.

⁵¹ Tra le altre, Corte giust., 17 luglio 2008, C-132/06, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha condannato in termini durissimi il "condono tombale", anche in ragione dell'esempio negativo fornito al contribuente "buon padre di famiglia". E. TRAVERSA, *I condoni fiscali degli Stati membri e la loro compatibilità con il diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2010, p. 253; R. ALFANO, *Condoni fiscali: ulteriori vincoli europei e possibili effetti interni*, *ivi*, 2011, p. 477.

FORMAZIONE DELL'ORDINAMENTO TRIBUTARIO DELL'UE
E MERCATO INTERNO:
LA CORTE DI GIUSTIZIA, LE *RULE OF REASON*
ED IL BILANCIAMENTO DELL'INTERESSE
DELL'UNIONE CON GLI INTERESSI NAZIONALI

Loredana Strianese*

SOMMARIO: 1. Il ruolo della Corte di giustizia nella definizione dell'ordinamento tributario dell'UE: una breve premessa. – 2. L'apporto della Corte di giustizia europea nella definizione del principio di non discriminazione. – 3. *Le rule of reason* ed il bilanciamento dell'interesse dell'Unione con gli interessi nazionali. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Il ruolo della Corte di giustizia nella definizione dell'ordinamento tributario dell'UE: una breve premessa

La Corte di giustizia dell'Unione europea, come più volte posto in rilievo dalla dottrina¹, ha, indubbiamente, fornito un consistente apporto al-

* Professore associato di diritto finanziario e tributario, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ In ordine al ruolo ed alla funzione della Corte di giustizia, molteplici sono i riferimenti dottrinali. A titolo meramente esemplificativo, e senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a F. CAPOTORTI, *Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988; F. POCAR, *Diritto dell'unione e delle comunità europee*, Milano, 1997, p. 167 ss.; P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1997, p. 143; T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997, p. 96 ss.; A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014; A. ARENA, R. MASTROIANNI (a cura di), *60 years of UE competition law. Stocktaking and future prospects*, Napoli, 2017; P. BORJA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017; A. ARENA, F. BESTAGNO, G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Torino, 2020; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. I, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2023; P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, Torino, 2022; R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2023. Per una visione d'insieme della legislazione tributaria dell'Unione europea v. G. MELIS, *Interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in C. SACCHETTO (a cura di), *I principi di diritto*

la definizione del sistema giuridico dell'Unione stessa, anche attraverso

tributario europeo e internazionale, Torino, 2016, p. 23; P. PISTONE, *Primato del diritto dell'Unione europea e sovranità tributaria: il ruolo della Corte di giustizia europea*, in AA.VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 737. Per un'ampia disamina delle più significative pronunce della Corte di giustizia europea in chiave ricostruttivo-analitica, si guardi E. TRAVERSA, *Analisi sistematica di quarant'anni di giurisprudenza tributaria italiana della Corte di giustizia (1983-2023)*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2023, p. 544 ss., ove l'A., limpidamente: «la giurisprudenza della Corte di giustizia costituisce certamente un indice molto significativo della qualità dei rapporti fra il diritto dell'Unione europea e la legislazione di uno Stato membro nelle sue varie articolazioni, un indice, per di più, di straordinaria concretezza in quanto basato su problemi precisi e puntuali posti ai giudici europei dalle giurisdizioni nazionali o dalla Commissione europea ed aventi ad oggetto la conformità di specifiche norme di legge nazionale con altrettante specifiche disposizioni dei Trattati o di atti legislativi dell'Unione o con i principi generali dell'ordinamento europeo. (...) Non vi è infatti miglior indice dello stato dei rapporti non sempre facili intercorsi fra diritto dell'Unione europea e legislazione tributaria italiana, delle numerose sentenze nelle quali la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con le superiori regole europee di una norma legislativa o regolamentare italiana disciplinante una data imposta e/o il relativo procedimento di accertamento. Oltre a misurare la qualità dei rapporti fra diritto dell'Unione e legislazione tributaria nazionale, la giurisprudenza tributaria della Corte di giustizia ha conseguito anche l'effetto di rendere visibili i molteplici limiti che derivano dall'ordinamento europeo alla potestà d'azione dei legislatori tributari degli Stati membri in generale ed in particolare alla potestà d'azione del legislatore tributario italiano. Il legislatore europeo si è infatti largamente avvalso delle competenze legislative in materia di armonizzazione fiscale ad esso conferite dagli articoli 113 e 115 TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Alle direttive di armonizzazione delle legislazioni tributarie nazionali vanno poi aggiunte le norme del Trattato stesso, *in primis* quelle contenenti divieti di discriminazione sulla base della nazionalità, nonché i principi generali dell'ordinamento europeo, le une e gli altri resi applicabili al settore delle imposte e degli altri prelievi obbligatori grazie alla giurisprudenza estremamente creativa della Corte di giustizia in materia tributaria. Disposizioni del Trattato (TFUE) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, principi generali dell'ordinamento europeo, regolamenti, direttive e decisioni delle Istituzioni europee e sentenze della Corte di giustizia costituiscono pertanto altrettanti penetranti limiti al potenziale contenuto delle leggi tributarie degli Stati membri, limiti la cui violazione comporta le gravi conseguenze giuridiche e finanziarie tante volte ormai indicate dalla Corte in oltre sei decenni di non facile coesistenza degli ordinamenti nazionali con l'ordinamento dell'Unione europea: disapplicazione della norma tributaria nazionale incompatibile con il diritto europeo, effetto retroattivo di tale dichiarazione di incompatibilità fin dal momento dell'emanazione della norma tributaria europea violata e conseguente obbligo di rimborso delle imposte nazionali riscosse dallo Stato membro in violazione del diritto europeo con il solo limite dei termini di decadenza e prescrizione».

contributi di carattere creativo², supplendo e ponendo rimedio, in taluni casi, alla carenza di norme di riferimento nel tessuto normativo dell'UE. Di conseguenza, il ruolo della Corte di giustizia è risultato determinante anche per la formazione e lo sviluppo del diritto tributario dell'Unione³. A tal

² In riferimento alla funzione «creativa», basti pensare, in relazione al tema della possibile duplicazione del prelievo fiscale su un medesimo presupposto, che la Corte di giustizia ha definito il principio del divieto di doppia imposizione, pur in assenza di qualsiasi riferimento normativo espresso. Si menzionano: Corte giust., 5 maggio 1982, 15/81, *Schul*; 25 febbraio 1988, 299/86, *Drexl*; 24 novembre 2016, C-464/14, *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento SA c. Fazenda Pública*. Va altresì ricordato il divieto dell'abuso del diritto che, formulato originariamente con riferimento alla disciplina dell'Iva, è stato elaborato per contrastare le operazioni negoziali artificiose realizzate dai contribuenti al fine di ottenere un indebito vantaggio fiscale. Sul punto, Corte giust., 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax*; 9 luglio 2015, C-144/14, *Cabinet Medical Veterinar Dr. Tomoiaga Andrei*. Al riguardo, si rinvia a P. BORIA, *La funzione della Corte di Giustizia rispetto alla formazione dell'ordinamento tributario comunitario*, in *Studi Tributari Europei*, 2021, p. 15 ss., ove l'A., in merito al ruolo esercitato dalla giurisprudenza della CGUE nel sistema delle fonti comunitarie in materia di fiscalità, delinea una distinzione tra le decisioni assunte dalla CGUE: la giurisprudenza «creativa», prevalentemente incentrata intorno alle imposte dirette; la giurisprudenza «riproduttiva», fondamentalmente sviluppata in riferimento all'Iva e ad altri tributi indiretti. Mentre la giurisprudenza «creativa» si caratterizza per l'apporto originale in sede di definizione di regole e principi rispetto all'ordinamento normativo stabilito nel Trattato e negli atti normativi derivati; la giurisprudenza «riproduttiva», al contrario, assume una posizione subordinata rispetto al testo legislativo, limitandosi a fornire una ricostruzione interpretativa, perlopiù in chiave analitica, delle norme contenute nel Trattato, nei regolamenti e nelle direttive. Tuttavia, è necessario segnalare che la Corte non svolge una funzione giurisdizionale «quasi normativa». Qualora, infatti, la Corte di giustizia svolgesse una funzione legislativa, vi sarebbe un «deficit democratico» che deriverebbe dall'assenza della legittimazione da parte dei cittadini degli Stati membri. In questi termini, R. CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale – Istituzioni*, Milano, 2016, p. 211.

³ G. MELIS, *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 401 ss.; G. FRANSONI, *Riflessioni (critiche) sulla limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 375 ss.; C. ATTARDI, *Il ruolo della Corte europea nel processo tributario*, Milano, 2008, p. 37 ss.; L. DEL FEDERICO, *Giurisdizione comunitaria e giustizia tributaria: azioni, tecniche di tutela e cooperazione tra giudici*, in F. AMATUCCI, F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Sistema di garanzie e ordinamento tributario*, Napoli, 2008, p. 35 ss.; M. BASILAVECCHIA, *L'influenza delle interpretazioni della Corte di Giustizia*, in *Giur. trib.*, 2008, p. 15 ss. Sul ruolo, in particolare, della Corte di giustizia, v. G. BIZIOLI, *Imposizione e costituzione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, p. 233; G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, 2007, p. 394; F. PITRONE, *Forma e sostanza della sovranità tributaria. Gli effetti del progetto BEPS e del coordinamento*

proposito, si ricordano le numerose sentenze in materia di IVA⁴, di imposte indirette e di dazi⁵, nonché in materia di imposte dirette⁶.

Fondamentale risulta, invero, l'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia, non solo nella creazione e definizione dei principi generali dell'ordinamento europeo (quali il principio di sussidiarietà, effettività, proporzionalità, leale collaborazione tra Stati. E ancora, il principio della tutela del legittimo affidamento e della buona fede, del giusto procedimento e giusto processo) che, non riguardando esclusivamente la materia fiscale, assumono portata generale, ma anche nell'interpretazione delle norme

fiscali nell'UE, in F. AMATUCCI, R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *L'evasione e l'elusione fiscale internazionale*, Roma, 2017, p. 329; F. AMATUCCI, *Cessione di sovranità fiscale nazionale e potere giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, p. 260: «l'integrazione delle normative in ambito europeo, che si è realizzata anche e soprattutto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia fiscale, hanno condizionato in misura più o meno incisiva la sovranità nazionale, ma anche i principi e le modalità interpretative degli organi giurisdizionali interni in quanto, tale attività, incide immediatamente sulla realizzazione di interessi e obiettivi sovranazionali»; R. CORDEIRO GUERRA, *Crisi della fattispecie, fonti multi-livello e ruolo del giudice tributario*, in *Rass. trib.*, 2019, p. 268.

⁴ Al riguardo, cfr. A. COMELLI, *Iva comunitaria e Iva nazionale*, Padova, 2000, p. 4 ss.; G. MELIS, R. MICELI, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee nel diritto tributario: spunti dalla giurisprudenza relativa alle direttive sull'imposta sui conferimenti e sull'Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, p. 155 ss.; L. PERRONE, *L'armonizzazione dell'Iva: il ruolo della Corte di Giustizia, gli effetti verticali e l'affidamento del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 423 ss. V., altresì, F. CAPELLO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di IVA (2015-2019). Parte prima*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, p. 1238 ss.; ID, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di IVA (2015-2019). Parte seconda*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, p. 1451 ss.

⁵ In tema di dazi, molteplici sono le sentenze della Corte di giustizia volte ad individuare ed identificare la nozione di «tasse ad effetto equivalente» con i dazi. Citandone solo alcune: Corte giust., 22 marzo 1977, 78/76 *Steinike*; 25 gennaio 1977, 46/76 *Baubuis*; 31 gennaio 1984, 1/83, *IFG*; 21 marzo 1991, 209/89 Commissione c. *Italia*; 16 luglio 1992, 163/90, *Legros*; 21 settembre 2000, C-441/98 e C-442/98, *Michailides*; 9 settembre 2004, C-72/03, *Carbonati*; 17 dicembre 2015, C-402/14, *Viamar - Elliniki Aftokiniton kai Genikon Epicheiriseon AE c. Elliniko Dimosio*.

⁶ In merito alle imposte dirette, cfr. C. SACCHETTO, *Le libertà fondamentali ed i sistemi fiscali nazionali attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia di imposte dirette*, in AA. VV., *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle Corti e nella nuova legislatura*, V. UCKMAR (a cura di), Padova, 2007, p. 45 ss.; E. TRAVERSA, ED. TRAVERSA, *Limiti ai procedimenti di elaborazione legislativa derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario*, vol. I, Padova, 2019, p. 761 ss.

dell'Unione in materia di aiuti di Stato⁷. Per garantire il corretto funzionamento del mercato interno ed evitare di falsare il gioco della concorrenza, in particolare, la giurisprudenza dell'Unione ha precisato la portata delle norme europee in ambito fiscale, avendo riguardo alle quattro libertà fondamentali: –libera circolazione delle merci⁸; – libera circolazione dei servizi⁹; – libera circolazione dei capitali e pagamenti¹⁰; – libera circolazione dei lavoratori¹¹; – libertà di stabilimento¹², nonché al principio di non

⁷ In proposito, si ricordano: Corte giust., 24 febbraio 1987, 310/85, *Deufil*; 15 marzo 2017, C-415/15, *Stichting Woonpunt, Woningstichting Haag Wonen, Stichting Woonbedrijf SWS.Hbvl, c. Commissione*. Sull'argomento degli aiuti di Stato, sconfinata è la letteratura, al di là di ogni eshaustività, si rinvia ad A. FANTOZZI, *Problemi di adeguamento dell'ordinamento fiscale nazionale alle sentenze della Corte Europea di Giustizia e alle decisioni della Commissione CE*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 2250 ss.; F. GALLO, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 2271 ss.; L. DEL FEDERICO, *La Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sulle agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 574 ss.; G. FRANSONI, *Gli aiuti di Stato tra autonomia locale e capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 249 ss.; V. FICARI, *Aiuti fiscali regionali, selettività e insularità dalle Azzorre agli enti locali italiani*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1760; L. SALVINI (a cura di), *Aiuti di stato in materia fiscale*, Padova, 2007; F. AMATUCCI, *Il ruolo del giudice nazionale in materia di aiuti fiscali*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 1291 ss.; M. INGROSSO, G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009, in particolare a p. 375, S. FIORENTINO, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*; C. FONTANA, *Aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012. Fra gli studi più recenti: G. PEROTTO, *Selectivity in fiscal State aids: recent developments*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2018, p. 113 ss.; R. BARENTS, *Directory of EU case law on State aids*, Alphen aan den Rijn, 2019; C. DE PIETRO, *New perspective on fiscal State aids: legitimacy and effectiveness of fiscal State aids control*, Alphen aan den Rijn, 2019; A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, Padova, 2020; E. GAMBARO, *Centralità della nozione di aiuto di stato e sviluppi della giurisprudenza europea*, in *Eurojus*, 2021, p. 77 ss.

⁸ Corte giust., 28 gennaio 1974, 8/74, *Dassonville*; 3 luglio 1985, 277/83, *Commissione c. Italia, Marsala*.

⁹ Corte giust., 14 novembre 1995, C-484/93, *Svensson – Gustavsson*; 30 gennaio 2007, C-150/04, *Commissione c. Danimarca*; 22 novembre 2018, C-575/17, *Sofina*.

¹⁰ Corte giust., 11 novembre 1981, 203/80, *Casati*; 15 luglio 2004, C-315/02, *Lenz*; 19 gennaio 2006, C-265/04, *Bouanich*; 13 marzo 2007, C-524/04, *Test claimants in the thin cap group litigation*; 3 ottobre 2013, C-282/12, *Itelcar*.

¹¹ Corte giust., 12 dicembre 2002, C-385/00, *De Groot*; 18 luglio 2007, C-182/06, *Lakebrink*.

¹² Corte giust., 27 settembre 1998, 81/87, *Daily mail*; 16 luglio 1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries – ICI*; 29 aprile 1999, C-311/97 *Royal Bank of Scotland*; 13 aprile 2000, C-251/98, *Baars*; 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*.

discriminazione fiscale¹³. È proprio in relazione a tale ultimo principio, assolutamente centrale ai fini del perseguimento dell'integrazione delle diverse legislazioni fiscali nazionali, nella prospettiva dell'applicazione delle libertà fondamentali al fine di realizzare un effettivo mercato interno, che la Corte di giustizia ha svolto una considerevole attività interpretativa¹⁴.

¹³ Per un approfondimento v. diffusamente C. SACCHETTO, *Il divieto di discriminazione contenuto nell'art. 95 CEE, l'evoluzione e l'interpretazione della Corte di Giustizia CE e l'applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. trib.*, 1984, p. 499 ss.; P. ADONNINO, *Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *Cahiers de droit fiscal international*, IFA, vol. 78b, 1993, p. 23 ss.; A. TIZZANO, *Sul divieto di discriminazione fiscale nella Cee*, in *Foro it.*, 1996, p. 318 ss.; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 356 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2005, p. 75 ss.; C. MONACO, *I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2006, p. 451 ss.; A. CORDEWENER, *The Prohibitions of Discrimination and Restriction within the Framework of the Fully Integrated Internal Market*, in F. VANISTENDAEL (ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006, p. 26 ss.; M. LEHNER, *Tax consequences resulting from the application of the non-restriction principle in the areas other than taxation: distinction between discriminatory and non-discriminatory restrictions*, in F. VANISTENDAEL (ed.), *EU Freedoms and Taxation: EATLP Congress, Paris 3-5 June 2004*, Amsterdam, IBFD, 2006, p. 47 ss.; G. BIZIOLI, *I principi di non discriminazione fiscale in ambito europeo e internazionale*, in C. SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2016, p. 99 ss.

¹⁴ Si rammenta che, dal punto di vista dei procedimenti azionabili dinanzi alla Corte stessa, la giurisprudenza tributaria è composta, in primo luogo, dalle sentenze pregiudiziali (sul tema, v. F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020) interpretative emanate su rinvio delle giurisdizioni nazionali adite per risolvere controversie aventi ad oggetto tributi di qualsiasi natura (imposte indirette, armonizzate o meno, imposte sui redditi, tasse ed altri prelievi obbligatori) ad eccezione dei dazi doganali. In secondo luogo, vanno ricomprese in tale giurisprudenza le sentenze emanate dalla Corte di giustizia ex art. 260 TFUE a seguito di ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione ex art. 258 TFUE o da un altro Stato membro ex art. 259 TFUE nei confronti di uno Stato Membro inadempiente. Tali pronunce hanno ad oggetto, tipicamente, una norma legislativa regolamentare disciplinante un'imposta nazionale o un aspetto specifico di questa (es.: le modalità di rimborso). *Ratione materiae*, sono sicuramente decisioni in materia tributaria le sentenze e ordinanze della Corte di giustizia riguardanti le numerose direttive di armonizzazione fiscale adottate dal Consiglio dei Ministri su proposta della Commissione. Dette pronunce interpretative delle direttive di armonizzazione fiscale sono repertorate sotto la voce «Fiscalità» del sito web della Corte di giustizia e riguardano in particolar modo le direttive in materia di IVA, le direttive disciplinanti le accise sui prodotti energetici, sugli alcool e sui tabacchi lavorati, la direttiva riguardante l'imposta sui conferimenti di

2. L'apporto della Corte di giustizia europea nella definizione del principio di non discriminazione

L'art. 18 TFUE, pietra angolare dell'ordinamento dell'Unione, vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità¹⁵. Il principio in esame, tra-

capitale nelle società, nonché le direttive in materia di esenzioni d'imposta per talune operazioni fra società collegate aventi sede in Stati membri diversi, quali fusioni, pagamenti di dividendi e interessi ed altre. Molto più complessa, invece, sembra essere l'individuazione delle sentenze italiane aventi un contenuto sostanzialmente tributario, non concernenti disposizioni di direttive di armonizzazione fiscale, bensì norme di diritto dell'Unione appartenenti ad altri ambiti materiali e quindi non repertorate sotto la voce «Fiscalità» del sito web della Corte di giustizia. Il gruppo più significativo di tali ulteriori sentenze riguarda la compatibilità delle norme tributarie nazionali con le quattro libertà fondamentali di circolazione (libera circolazione delle merci, dei servizi, e dei capitali e diritto di stabilimento). Le anzidette pronunce, di contenuto chiaramente tributario, vanno quindi intercettate all'interno di un numero assai copioso di altre sentenze nelle quali la Corte ha applicato, in contesti decisamente non fiscali, il divieto di discriminazioni e restrizioni inerente a ciascuna delle quattro libertà fondamentali di circolazione, il che rende molto difficile la loro individuazione e conseguente quantificazione.

¹⁵ Prendendo le mosse dalla lettera dell'art. 18 TFUE, lo stesso TFUE contiene una serie di disposizioni che proibiscono più specificamente trattamenti discriminatori e, tra queste, merita menzione l'art. 110 TFUE che prevede, espressamente, un divieto di discriminazione fiscale al fine di garantire la libera circolazione dalle merci. La norma in parola vieta agli Stati membri di applicare ai prodotti provenienti da altri Stati membri «imposizioni interne di qualsivoglia natura», o superiori a quelle applicate ai prodotti nazionali similari (primo comma), o che hanno comunque per effetto quello di proteggere prodotti nazionali in concorrenza con i prodotti importati (secondo comma). La Corte di giustizia, iniziando negli anni settanta, ha esteso siffatto divieto di discriminazioni fiscali anche ai regimi d'imposizione delle società, delle persone fisiche, dei servizi e dei capitali provenienti da altri Stati membri, attraverso una giurisprudenza così copiosa ed articolata da rendere tale divieto un pregnante vincolo alla libertà d'azione dei legislatori tributari nazionali, nei settori d'imposizione nei quali il legislatore tributario dell'Unione non ha ancora legiferato con proprie direttive di armonizzazione (vale a dire, per lo più, nell'ambito delle imposte sui redditi). Cfr. J. MALHERBE, I. RICHELLE, ED. TRAVERSA, *Direct taxation in the case-law of the European Court of justice*, Bruxelles, 2008; G. BIZIOLI, *I principi di non discriminazione fiscale in ambito europeo e internazionale*, in C. SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, cit., p. 99; C. GARBARINO, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008, p. 166 ss.; ID., *Unione europea: libertà fondamentali e trasferimento delle basi imponibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, 2017, p. 113 ss. Per ciò che concerne la discriminazione fiscale in materia di libera circolazione delle merci «negli anni posteriori all'adozione delle "grandi" direttive di armonizzazione dell'IVA e delle accise, il legislatore tributario italiano è incorso solo una vol-

ta in una violazione dell'art. 110 TFUE (già art. 95 TCE), quando nel 1982 ha istituito un'imposta di consumo sugli apparecchi audiovisivi e foto-ottici. L'aliquota di tale imposta indiretta era la stessa sia per i prodotti italiani, sia per quelli importati da altri Stati membri, ma i quesiti interpretativi posti alla Corte di giustizia dal Tribunale di Trento nella causa *Grundig Italiana* (Corte giust., 17 giugno 1998, C-68/96, *Grundig Italiana*) hanno offerto alla Corte l'occasione di fornire un'importante precisazione al riguardo: non soltanto le aliquote, ma anche i criteri di calcolo della base imponibile e le modalità di riscossione dell'imposta devono essere tali da non determinare un aggravio di carico fiscale sui prodotti provenienti da altri Stati membri. Questo non era il caso della legge italiana disciplinante l'imposta di consumo sugli apparecchi audiovisivi e foto-ottici in quanto per i prodotti nazionali, e soltanto per quelli, erano deducibili dalla base imponibile le spese di trasporto, di distribuzione e di commercializzazione e l'obbligo di pagamento dell'imposta stessa sorgeva soltanto al momento della presentazione della dichiarazione trimestrale all'amministrazione fiscale, mentre per i medesimi prodotti provenienti da altri Stati membri il pagamento andava effettuato al momento (anteriore) dell'importazione», così E. TRAVERSA, *Analisi sistematica di quarant'anni di giurisprudenza tributaria*, cit., p. 572. Più cospicue, invero, sono state le pronunce della Corte di giustizia in tema di discriminazione fiscale legata alla libera prestazione dei servizi. Queste pronunce interpretative della Corte hanno avuto ad oggetto, sia le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi nei settori di attività non ancora regolati da atti legislativi dell'Unione, sia specifiche disposizioni di direttive o regolamenti che, al fine di liberalizzare la prestazione di certe categorie di servizi all'interno dell'Unione europea, ne hanno regolato le modalità di prestazione e controllo. Non essendo possibile in questa sede trattare singolarmente dette sentenze per motivi di spazio consentito, ci si limita a segnalarle: Corte giust., 20 maggio 2010, C-56/09, *Zanotti*; 22 ottobre 2014, C-344/13 e C-367/13, *Blanco e Fabretti*; 26 febbraio 2020, C-788/18, *Stanleyparma SaS*; e infine, la recente, 22 dicembre 2022, C-83/21, *Airbnb Ireland UC e Airbnb Payments UK*, di particolare interesse poiché la Corte di giustizia, a seguito di un'ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato, si è pronunciata sulla compatibilità con l'art. 56 TFUE di alcuni obblighi imposti dalla legislazione tributaria italiana ai prestatori di servizi di intermediazione immobiliare mediante un portale telematico, un'attività economica che negli ultimi anni ha conosciuto uno sviluppo notevolissimo con un'enorme crescita della cifra d'affari dalla stessa prodotta. Anche il divieto stabilito all'art. 63 TFUE, di introdurre o mantenere in vigore restrizioni ai movimenti di capitali fra Stati membri rappresenta un significativo argine alle facoltà di scelta dei legislatori tributari degli Stati membri, come si riscontra nella paradigmatica sentenza emanata dalla Corte di giustizia nella causa C-540/07, su ricorso proposto dalla Commissione europea contro la Repubblica italiana (19 novembre 2009, C-540/07, *Commissione c. Italia*). In argomento, si ricordano anche le più recenti pronunce del 30 aprile 2020, C-565/18, *Société générale c. Agenzia delle Entrate* e, infine, del 16 dicembre 2021, C-478/19 e C-479/19, *UBS Real Estate*.

Sulla discriminazione fiscale correlata alla libertà di stabilimento di società di altri Stati membri, è da annoverare sicuramente la sentenza della Corte del 6 ottobre 2022, C-433/21 e C-434/21, *Contship Italia SpA*. Si deve, difatti, alla Corte di Cassazione la prima questione pregiudiziale italiana avente ad oggetto i risvolti fiscali della libertà di stabilimento su tutto il territorio dell'Unione di cui beneficiano le società costituite secondo il diritto di uno Stato membro. La causa *Contship Italia* riguarda, per l'appunto, l'interpretazione dell'art. 49 TFUE con riferimen-

sposto sul piano delle relazioni economiche, garantisce lo sviluppo della concorrenza tra operatori economici¹⁶, fattori produttivi e prodotti, elementi essenziali e presupposti indefettibili dei rapporti commerciali transnazionali leali. Tale principio, in particolare, denso di implicazioni economiche e sociali, rappresenta, da un lato, un parametro negli ordinamenti tributari nazionali e, dall'altro, costituisce la giustificazione logico/razionale degli sforzi di avvicinamento e di armonizzazione delle normative domestiche in chiave europea.

In via generale, il principio di non discriminazione costituisce il riflesso del principio di eguaglianza¹⁷, presente in tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione. Esso impone lo uguale trattamento giuridico per le situazioni sostanziali uguali e, specularmente, impone discipline diverse per situazioni diverse, nel rispetto però della disciplina europea e dei principi di sistema¹⁸. Il fenomeno della discriminazione si determina nei casi in cui il diverso trattamento di situazioni identiche o l'eguale disciplina di casi diversi, sia «irragionevole, arbitrario ed irrilevante»¹⁹ e non giustificato da differenze sostanziali ed obiettive (c.d. *rule of reason*).

In ambito fiscale, in particolare, essere discriminati significa essere og-

to ad una norma di legge italiana che escludeva dal regime impositivo delle c.d. società di comodo o non operative» (determinazione del reddito imponibile sulla base di un reddito minimo presunto, calcolato sulla base di parametri reddituali minimi predeterminati dalla legge) le sole società i cui titoli erano negoziati in mercati regolamentati italiani.

¹⁶ Come, infatti, ribadito dalla Corte di giustizia nella sentenza del 16 aprile 2015, C-591/13, tale principio non riguarda soltanto le persone fisiche ma è da estendere anche alle imprese operanti nel mercato UE.

¹⁷ Senza alcuna pretesa di completezza, v. S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni*, Milano, 1968; L. PALADIN, *Corte Costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Crisafulli*, Padova, 1985; F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992; F. GALLO, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli, 1999; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2006, Roma; M. BEGHIN, *Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2010; F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2023, p. 39.

¹⁸ Corte giust., 28 febbraio 2008, C-293/06, *Deutsche Shell*, ove si evince che, in merito alla comparazione, si può indagare il carattere discriminatorio di un determinato regime fiscale in ragione della sua applicabilità a due fattispecie non similari, al fine di ragionare metodologicamente sulle conseguenze che si verrebbero a creare ritenendo una normativa coerente o meno con i principi UE.

¹⁹ In argomento, C. VAN RAAD, *Non discrimination in international tax law*, Deventer, 1986; F. A. GARCÍA PRATS, *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*, Madrid, 1998.

getto di un trattamento fiscale meno favorevole, che può derivare dall'applicazione di disposizioni più gravose, di carattere sia sostanziale che procedimentale, o ancora dalla non applicazione di norme più favorevoli, come possono essere le agevolazioni.

Al fine di comprendere la decisiva influenza che la Corte di giustizia ha esercitato nella definizione dei caratteri e dell'ambito di applicazione del principio di non discriminazione fiscale, è necessario richiamare la sentenza *Commissione c. Francia – Avoir Fiscal*²⁰.

Partendo dal presupposto che non è casuale che la prima pronuncia della Corte di giustizia in tema di imposte dirette riconosca espressamente il divieto di discriminazione diretta, da parte degli organi di uno stato membro, a danno dei cittadini di altri Stati membri²¹, l'importanza della pronuncia in esame risiede nel fatto che la Corte di giustizia, in vigenza del Trattato CEE, si è fatta carico di affermare e tutelare le libertà fondamentali e il principio di non discriminazione, tanto nel settore impositivo indiretto quanto in quello diretto, garantendo l'instaurazione ed il corretto funzionamento del mercato interno. In altri termini, mentre in materia di imposizione indiretta, l'art. 110 TFUE prevede espressamente un divieto di discriminazione fiscale al fine di garantire la libera circolazione delle merci, in materia di imposte dirette, è stata la Corte di giustizia ad elaborarlo.

Inoltre, la Corte di giustizia ha precisato che il divieto di discriminazione comprende anche ogni forma di discriminazione indiretta, attuata mediante forme occulte o dissimulate²². Le discriminazioni indirette, in

²⁰ Corte giust., 28 gennaio 1986, C-270/83, *Avoir fiscal*, p.to 13: «è opportuno rilevare anzitutto che l'art. 52 del Trattato CEE è una delle disposizioni fondamentali della Comunità ed è direttamente efficace negli Stati membri dalla scadenza del periodo transitorio. In forza di questa disposizione, la libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro implica l'accesso alle attività non subordinate e il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di aziende secondo quanto stabiliscono le leggi del Paese di stabilimento per i loro cittadini. L'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento si estende alle restrizioni per la costituzione di agenzie, di succursali o affiliate da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti nel territorio di un altro Stato membro».

²¹ *Avoir Fiscal*, cit.; 7 settembre 2004, C-319/02, *Manninen*; 10 settembre 2015, C-151/14, *Commissione c. Lettonia, Repubblica ceca e Ungheria*.

²² In ambito comunitario, tale esame è stato effettuato per la prima volta dalla Corte di giustizia con il caso *Sotgiu* (Corte giust., 12 febbraio 1974, 153/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*) nel quale è stata dichiarata incompatibile con il divieto di discriminazione una

particolare, si verificano ogni qual volta una normativa nazionale risulti ancorata a parametri che, sebbene diversi dalla nazionalità, abbiano come effetto quello di «sfavorire principalmente i cittadini» di altri Stati, risolvendosi in una discriminazione «indiretta fondata sulla nazionalità»²³.

Inoltre, sempre al fine di circoscrivere meglio l'ambito di applicazione del principio di non discriminazione, la Corte di giustizia, a più riprese, ha chiarito come l'effetto discriminante della norma nazionale debba essere valutato non in termini di risultato effettivo, quanto piuttosto di mera potenzialità. In altre parole, la Corte ritiene che il principio in esame debba essere valutato quale semplice rischio di determinare un pregiudizio rispetto al pari trattamento degli operatori economici, e non anche come un risultato obiettivo da riscontrare materialmente²⁴.

normativa nazionale (nella specie la normativa tedesca) che utilizzava quale parametro di riferimento la residenza, in luogo della nazionalità. Infatti, nel caso di specie, la Corte ha avuto modo di affermare che «il principio della parità di trattamento, enunciato sia nel Trattato, sia nel regolamento n. 1612/68, vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato. (...) Non è quindi escluso che criteri basati sul luogo d'origine o sulla residenza di un lavoratore possano, in determinate circostanze, avere gli stessi effetti pratici della discriminazione proibita dal Trattato e dal Regolamento n. 1612/68». È stato dimostrato, quindi, che le differenziazioni fondate sulla residenza sono in grado di incidere negativamente sul principio di parità di trattamento, se mascherano discriminazioni basate sulla nazionalità, frustrando l'esercizio delle libertà fondamentali. La distinzione tra discriminazione diretta (la c.d. *overt discrimination*) e discriminazione indiretta (la c.d. *covert discrimination*) si ritrova in numerose pronunce della Corte di giustizia. Cfr. *ex multis*, Corte giust., 5 dicembre 1989, 3/88, *Commissione c. Italia*, nella quale la Corte afferma, chiaramente, che il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla nazionalità, ma anche tutte le forme dissimulate di discriminazione che, applicando altri criteri di differenziazione, portano di fatto allo stesso risultato; 8 maggio 1990, 175/88, *Biehl*; 13 luglio 1993, C-330/91, *Commerzbank*; 26 novembre 1993, C-112/91, *Werner*; 27 luglio 1996, C-107/94, *Asscher*; 14 marzo 2017, C-157/15, *Sa. Ac., Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*.

²³ Tali espressioni sono state utilizzate dalla Corte di giustizia in diverse occasioni. Cfr., *ex multis*, Corte giust., 6 luglio 2006, C-346/04, *Conijn*, p.to 20; 3 ottobre 2006, C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, p.to 49; 31 marzo 2011, C-450/09, *Schröder*, p.to 40.

²⁴ Su questo aspetto, P. BORIA, *Il principio di non discriminazione tributaria e di rapporti con l'interesse fiscale nella disciplina comunitaria dell'imposizione diretta*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 476 ss.; ID., *La funzione della Corte di giustizia rispetto alla formazio-*

Ma è soprattutto con riferimento alla c.d. *rule of reason* che l'attività della Corte di giustizia merita menzione.

3. *Le rule of reason ed il bilanciamento dell'interesse dell'Unione con gli interessi nazionali*

Avendo dato conto, seppur in termini di estrema sinteticità, dell'attività giurisprudenziale svolta dalla Corte di giustizia ai fini della ricostruzione e definizione del principio di non discriminazione, sembra necessario porre l'attenzione sulla c.d. *rule of reason* e, più in generale, sulle possibili deroghe al principio in esame e sulla *ratio* che ne è sottesa.

Muovendo dal presupposto che «una discriminazione può consistere solo nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse»²⁵, anche il principio di non discriminazione, come il principio di uguaglianza²⁶, implica ontologicamente una comparazione tra due o più rapporti. Procedendo con ordine, in tutti i casi di potenziale violazione del principio di non discriminazione in materia fiscale, la valutazione dei giudici europei è volta, in

ne dell'ordinamento tributario comunitario, cit., p. 9; F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 407 ss.

²⁵ Corte giust., 14 febbraio 1995, C-279/93, *Schumacker*, in cui la Corte ha precisato le condizioni al ricorrere delle quali la situazione fiscale della persona fisica non residente risulti assimilabile a quella della persona fisica residente e, conseguentemente, risulti possibile procedere ad una valutazione degli eventuali effetti discriminatori prodotti dalla norma nazionale oggetto di esame. Sulla portata di tale sentenza, v. P. PISTONE, *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, p. 1471 ss.

²⁶ Tuttavia, il principio di uguaglianza è caratterizzato da massima assolutezza, non ammette eccezioni e richiede più di quanto preveda il principio di non discriminazione. È stato anche acutamente evidenziato che «il principio di non discriminazione rileva, nell'ambito dell'ordinamento CEE in modo analogo a quello in cui rileva il principio di uguaglianza nell'ambito delle norme cui si ispirano gli ordinamenti interni», ma le logiche e gli obiettivi del principio di uguaglianza costituzionale e del principio di non discriminazione comunitario sono diverse, essendo il primo volto alla uguaglianza tra cittadini, mentre il secondo è, non solo limitato alle relazioni transnazionali, ma ha anche un connotato prevalentemente economico. Sul punto, P. ADONNINO, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi Membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1993, p. 66.

prima battuta, a verificare se il soggetto che lamenta la possibile violazione del diritto dell'Unione sia un cittadino di uno Stato membro. In un secondo momento, la Corte è tenuta ad appurare se, nel caso sottoposto, sia stato violato il divieto di discriminazione, che impone di adottare un trattamento uguale per situazioni comparabili, senza che vi sia uno svantaggio in capo al soggetto che esercita una libertà fondamentale. In altri termini, è necessario che il soggetto che esercita una tale libertà si trovi in una situazione comparabile, ossia simile ad una fattispecie analoga interna allo Stato ospitante, e che vi sia per lo straniero un trattamento meno favorevole di quello accordato al residente. Pertanto, si dovrà ricercare un *tertium comparationis* per confrontare la situazione dello straniero con una situazione puramente interna. Tale valutazione, dunque, comporta un confronto tra il regime fiscale accordato al caso da cui origina il giudizio *a quo* ed il trattamento più favorevole previsto per una fattispecie simile che funge, appunto, da termine di confronto (cd. criterio del *tertium comparationis*)²⁷, tenendo conto che è necessario considerare tanto le discriminazioni direttamente o indirettamente basate sulla nazionalità del contribuente, quanto i regimi che producono un effetto discriminatorio rispetto all'esercizio delle libertà fondamentali in esame²⁸. Premettendo che non sempre una diversità di trattamento configura una violazione del TFUE e che, pertanto, l'esistenza di una discriminazione o di una restrizione costituisce elemento necessario, ma non sufficiente, per considerare la norma nazionale incompatibile con l'ordinamento comunitario in generale e, in particolare, con le previsioni relative alle libertà fondamentali, una volta riscontrata la violazione di una o più delle suddette libertà, la Corte procede a verificare la sussistenza di giustificazioni per tale disparità di trattamento. Orbene, posto che il principio di non discriminazione «leaves room for such differen-

²⁷ F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, cit.; A. PERSIANI, *Non discriminazione fiscale nell'Ue (principio di)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2006, p. 521 ss.; L. FERRAJOLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in AA.VV., *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto della diversità*, A. GALASSO (a cura di), Milano, 2007; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008.

²⁸ Si rinvia a quanto segnalato in relazione alle pronunce della Corte di giustizia riferite all'esercizio delle diverse libertà fondamentali, nella nota 15 del presente testo.

tiation as is justified for some reason or another»²⁹, è possibile, dunque, che il trattamento discriminatorio o restrittivo si giustifichi alla luce dell'esame degli interessi statali (cd. *rule of reason*)³⁰ e che, di conseguenza, la disparità di trattamento esistente possa essere considerata legittima.

Cos'è, dunque, la c.d. *rule of reason*, o regola di ragionevolezza? In cosa consiste il bilanciamento tra l'interesse dell'Unione – in particolare, le esigenze di funzionamento del mercato unico – e gli interessi nazionali, potenzialmente rilevanti come giustificazioni della disparità di trattamento di situazioni analoghe? In termini generali, alcune cause di giustificazione sono tassativamente previste dal TFUE, in un numero piuttosto ristretto, e si basano sull'esigenza di consentire la tutela di interessi pubblici di carattere nazionale. Si tratta, in particolare, dei motivi di giustificazione espressamente previsti dalle norme del TFUE in tema di libera circolazione delle merci³¹, libera circolazione dei lavoratori³², libertà di stabilimento³³, libera prestazione di servizi³⁴ e libera circolazione dei capitali e dei pagamenti³⁵.

In generale, è consentito agli Stati membri adottare misure che prevedano un trattamento differenziato per i cittadini di altri Stati membri per motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità pubblica. Analoga deroga è riconosciuta in materia di libera circolazione dei servizi in virtù dell'esplicito richiamo formulato nell'art. 62 TFUE. Una casistica più ampia di giustificazioni è prevista in tema di libera circolazione delle merci, giacché l'art. 36 TFUE consente espressamente che gli Stati adottino restrizioni o divieti all'importazione, all'esportazione o al transito, quando tali divieti siano giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali, o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimo-

²⁹ In questi termini, B. SUNDBERG-WEITMAN, *Discrimination on the ground of nationality*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1977, p. 24.

³⁰ A tal proposito, si richiamano alcune pronunce della Corte di giustizia: *Avoir fiscal*, cit.; Corte giust., 13 luglio 1993, C-330/91, *Commerzbank AG*; 21 settembre 1999, C-307/97, *Saint-Gobain*; 14 dicembre 2000, C-141/99, *AMID*; 8 marzo 2001, C-397/98, C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd*; 18 settembre 2003, C-168/01, *Bosal Holding*.

³¹ Art. 36 TFUE.

³² Art. 45, par. 3, TFUE.

³³ Art. 52 TFUE.

³⁴ Art. 62 TFUE, che estende l'applicazione, fra gli altri, dell'art. 52 TFUE alla libera circolazione dei servizi.

³⁵ Art. 65 TFUE.

nio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale³⁶.

Ancora, per quanto concerne la libera circolazione dei capitali, il regime delle deroghe è posto in modo articolato dall'art. 65 TFUE, ove si fa salva, tra l'altro, la possibilità per gli Stati membri i) di applicare le disposizioni tributarie che operino una distinzione tra i contribuenti in ragione del luogo di residenza o di collocamento del capitale, ii) di prendere tutte le misure necessarie per impedire la violazione di norme nazionali nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie e iii) di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica³⁷.

Oltre alle ipotesi appena esaminate ed espressamente previste nei Trat-

³⁶ Si ricorda la pronuncia *Grundig Italiana* citata in nota 15 del testo.

³⁷ Sul tema, è interessante soffermarsi sulla pronuncia *UBS Real Estate* (già richiamata in nota 15 del testo), laddove la Corte di giustizia ha respinto una dopo l'altra tutte le ragioni di interesse generale adottate dal Governo italiano per giustificare la discriminazione fiscale a danno dei fondi immobiliari aperti costituiti secondo il diritto di un altro Stato membro. In particolare, l'esclusione dalla riduzione d'imposta in questione non poteva essere giustificata come strumento di contrasto all'evasione fiscale, dato che essa non riguardava soltanto le «costruzioni artificiali, prive di effettività economica» costantemente richiamate nella giurisprudenza della Corte in materia di abuso del diritto, ma tutti i fondi immobiliari aperti. Per quanto riguarda, poi, l'obiettivo di assicurare la stabilità dei mercati finanziari che, secondo il Governo italiano, andava perseguito prevenendo o quantomeno scoraggiando la speculazione immobiliare, i giudici dell'Unione hanno prontamente osservato che non era riscontrabile alcun nesso di causalità fra la riduzione dell'aliquota delle imposte ipotecarie e catastali e la natura più o meno speculativa degli investimenti immobiliari consentiti alle due categorie di fondi dalla normativa italiana disciplinante la loro attività, la quale in particolare non obbligava i fondi chiusi a detenere la proprietà di immobili per una durata più lunga rispetto ai fondi aperti (p.ti 71-73 della sentenza). Dal dispositivo della sentenza *UBS Real Estate*, che ha constatato una violazione dell'art. 63 TFUE, sono derivati sia l'obbligo per il giudice di rinvio (Corte di Cassazione) di disapplicare la norma legislativa contestata nel processo *a quo* (art. 35, comma 10-ter, del decreto-legge n. 223/2006), sia l'estensione *ipso iure* ai fondi immobiliari aperti costituiti esclusivamente in altri Stati membri della riduzione del 50% delle imposte ipotecarie e catastali originariamente prevista a favore dei soli fondi immobiliari chiusi italiani. Analogamente, cfr. anche sentenza C-540/07, *Commissione c. Italia*, p.ti 39, 52, 54, 58. Per approfondimenti, F. GALLO, *L'applicazione d'ufficio del diritto comunitario da parte del giudice nazionale nel processo tributario e nel giudizio di Cassazione*, (Atti del Convegno «L'applicazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della sezione tributaria della Corte di Cassazione»), in *Rass. trib.*, 2003, p. 313 ss.; R ALFANO, *Il potere di disapplicazione del giudice nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 864 ss.

tati, alcune cause di giustificazione, invece, sono state elaborate dai Giudici di Lussemburgo³⁸. Si tratta della c.d. *rule of reason*, attraverso la quale la Corte ha introdotto deroghe alle libertà fondamentali non espressamente prevista nei Trattati. In tal modo, si passa da un *numerus clausus* di eccezioni scritte ad un catalogo aperto di deroghe non scritte, modificabile in base all'evoluzione del contesto politico ed economico. Naturalmente, è la stessa Corte a subordinare tali deroghe non scritte ad una pluralità di condizioni e limiti, che valgono a circoscriverne la portata applicativa. Appare chiaro, infatti, che tali deroghe implicite dovranno essere interpretate in modo restrittivo, sia per quanto concerne l'*an*, sia per quanto concerne il *quomodo*. In particolare, per quanto riguarda l'*an*, le deroghe non scritte saranno applicabili solo se sussistono «motivi imperativi di interesse generale»³⁹, che permettono di bilanciare interessi contrapposti⁴⁰, come l'equa ripartizione del potere impositivo tra Stati o la coerenza fiscale. Per quanto riguarda, invece, il *quomodo*, non sarà sufficiente che sussistano i «motivi imperativi di interesse generale» affinché un trattamento discriminatorio possa considerarsi legittimo. Sarà anche necessario che tale trattamento superi un vaglio di proporzionalità⁴¹, in base al quale la misura nazionale in

³⁸ La Corte di giustizia ha riconosciuto l'idoneità di svariati interessi nazionali atti a derogare le libertà fondamentali, sulla base del criterio della c.d. *rule of reason*. L'evoluzione della posizione della Corte di giustizia, che comincia nel settore della libera circolazione delle merci, è descritta da J.H.H. WEILER, *La Costituzione del mercato comune*, in M. CARTABIA, J.H.H. WEILER (a cura di), *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 323 ss.

³⁹ Tale dicitura, «motivi imperativi di interesse generale», è stata più volte impiegata dalla Corte di giustizia e dagli Avvocati generali, indicando, non solo le giustificazioni previste dai Trattati, ma anche le giustificazioni che possono dipendere dall'applicazione della c.d. *rule of reason*.

⁴⁰ Per *rule of reason* si intende la regola di ragionevolezza attraverso cui i giudici vagliano e bilanciano gli interessi contrapposti in gioco: da un lato quello degli stranieri a non essere discriminati rispetto ai cittadini, dall'altro lato quello degli Stati di discriminare gli stranieri in nome di interessi pubblici generali. Cfr. al riguardo Y. BORGMANN-PREBIL, *The Rule of Reason in European Citizenship*, in *European Law Journal*, 2008, p. 342.

⁴¹ Tradizionalmente, la Corte era solita procedere ad una verifica «quadripartita»: ovvero volta a valutare: che la misura interna non avesse carattere discriminatorio, esaminando le esigenze imperative eccpite dallo Stato membro, l'adeguatezza delle stesse rispetto allo scopo perseguito, e, da ultimo, la natura proporzionale della misura stessa. Tale regola di giudizio viene definita in dottrina come «*Gerbhard rule*», considerando la sentenza della Corte di giustizia, 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard Reinhard*, p.to 37, in cui la Corte sottolinea che «dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta tuttavia evidente che i

questione non dovrà andare oltre quanto necessario per raggiungere la tutela dell'interesse generale da essa perseguito, riconoscendo alla Corte di giustizia il potere di verificare l'eventuale esistenza di modalità meno invasive per tutelare il medesimo interesse.

In definitiva, la Corte è chiamata a constatare che la deroga invocata e riscontrata sia proporzionata⁴², appurando che le ragioni sottese siano adeguate ed idonee al raggiungimento dell'obiettivo, senza eccedere quanto strettamente necessario al suo perseguimento e, soprattutto, comportando il minor sacrificio possibile per l'ordinamento dell'Unione. Come enunciato dalla stessa Corte di giustizia, «bisogna sempre accertare se una misura nazionale controversa sia necessaria alla tutela degli scopi dichiarati e perseguiti e se detti scopi non possano essere perseguiti con criteri meno restrittivi inficiando le libertà fondamentali»⁴³.

provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo». Per tale “quadripartizione” della *rule of reason*, v., oltre alla sentenza del 30 novembre 1995, relativa alla causa C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, anche la precedente sentenza del 31 marzo 1993, relativa alla causa C-19/92, *Kraus*, p.to 32. Un'articolazione più complessa – in otto *steps* – è, invece, proposta da B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European Tax Law*, The Hague, 2012, p. 41 ss. Tuttavia, più di recente, la tendenza che sembra aver preso il sopravvento è quella che si basa su un giudizio “ridotto” che, una volta riscontrata la violazione, si limita a verificare la sola proporzionalità della causa di giustificazione invocata dallo Stato membro. Più nello specifico, per verificare se una misura nazionale risponde o meno ad esigenze imperative, la Corte di giustizia sottopone la misura al c.d. *test* di proporzionalità. Tale *test*, scandito in tre fasi, implica, in primo luogo, la verifica dell'efficacia della misura, intesa come idoneità dell'atto a perseguire il fine che esso si propone di raggiungere; in secondo luogo, si procede a verificare la necessità della misura, intesa come indispensabilità della medesima (per essere necessaria, la misura non deve essere sostituibile con misure alternative ugualmente idonee a raggiungere il fine e meno afflittive del libero scambio); da ultimo, la Corte esamina la proporzionalità in senso stretto della misura legislativa nazionale, soppesando i costi e i benefici derivanti dall'adozione dell'atto normativo ed accertando che non vi sia una sproporzione fra questi.

⁴² Sulla proporzionalità, A. ZALASINSKI, *Proportionality of anti-avoidance measures in the ECJ's Direct Tax Case Law*, in *Intertax*, 2007, p. 310 ss.; J.D. ROLIM, *Proportionality and fair taxation*, in *Intertax*, 2015, p. 405 ss.

⁴³ Cfr. Corte giust., 23 febbraio 1995, C-358/93 e 416/93, *Bordessa*.

Per quanto riguarda, in particolare, la materia tributaria, la Corte di giustizia ha identificato tre ordini di cause di giustificazione del singolo Stato membro che risultano suscettibili di confrontarsi dialetticamente – e quindi eventualmente legittimare una deroga – con i principi fondamentali espressi dal TFUE in materia di fiscalità. Tra le cause di giustificazione a cui la Corte di giustizia dell'Unione europea ha attribuito rilevanza, quali motivi di interesse generale⁴⁴, è possibile menzionare sia finalità di tipo economico, quali la coerenza, la simmetria, la coesione e l'integrità del sistema fiscale nazionale⁴⁵; sia finalità di tipo economico-giuridiche, quali la prevenzione ed il contrasto di frodi o di elusioni fiscali⁴⁶; nonché l'efficacia e l'effettività dei controlli fiscali e degli accertamenti tributari.

Il primo motivo imperativo di interesse generale, ovvero la coerenza o coesione del sistema fiscale – che fece la sua prima apparizione nella giurisprudenza dell'Unione, con la sentenza *Bachmann*⁴⁷ – è stato ripetutamente riconosciuto dalla Corte di giustizia quale causa di giustificazione idonea a legittimare una deroga rispetto alla tutela del principio di non discriminazione, precisando che la coerenza deve mostrare un carattere strutturale e sistematico, relativo cioè ad un intero complesso impositivo e non riguardare soltanto una singola e limitata fattispecie⁴⁸.

⁴⁴ V. Corte giust., 20-febbraio 1979, 120/78, *Rewe Zentrale* (c.d. *Cassis de Dijon*); 29 aprile 1999, C-311/97, *Royal Bank of Scotland*.

⁴⁵ Cfr. *Manninen*, cit.; 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*; 29 marzo 2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*; 18 luglio 2007, C-231/05, *OY AA*. Sul punto, come sottolinea A. MONDINI, *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2007, p. 2, sovente gli avvocati generali, accanto alla coerenza fiscale, propongono nelle loro conclusioni un'ulteriore causa di giustificazione, il principio di territorialità dell'imposizione o di equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati. Tuttavia, l'A. ritiene che si tratti soltanto di una diversa vestizione delle stesse argomentazioni e delle stesse esigenze già fatte valere sotto il nome della coerenza fiscale.

⁴⁶ *Imperial Chemical Industries*, cit.; Corte giust., 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*; 6 giugno 2000, C-35/98 *Verkooijen*; 8 marzo 2001, C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft*; 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

⁴⁷ Corte giust., 28 gennaio 1992, C-204/90, *Bachmann*, in cui la Corte considerò giustificabile, in concreto, un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori ed una restrizione alla libertà di prestazione di servizi alla luce dell'esigenza di coerenza del sistema fiscale nazionale. V. anche Corte giust., 28 gennaio 1992, C-300/90, *Commissione c. Belgio*. Sul tema, A. MONDINI, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁸ Cfr. Corte giust., 11 agosto 1995, C-80/94, *Wielocks*.

Riconosciuta, dunque, quale «motivo imperativo di interesse nazionale», la coerenza del sistema fiscale – fattore decisivo per l'equilibrio della finanza pubblica nazionale, poiché consente di evitare fuoriuscite di gettito fiscale – risulta idonea, nonché meritevole di essere ponderata in un giudizio di bilanciamento rispetto al principio di non discriminazione fiscale. L'esercizio delle libertà del mercato interno sembra, dunque, potersi arrestare davanti alla salvaguardia dell'interesse a mantenere l'integrità dell'ordinamento, la coerenza e l'equilibrio interno nell'esercizio della potestà impositiva, in base al principio di territorialità⁴⁹.

Ulteriore motivo imperativo di interesse generale, riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria quale causa di giustificazione, in grado di rendere, dunque, compatibile la normativa tributaria interna, che prevede un diverso trattamento nei confronti dei non residenti, con i divieti di restrizione e discriminazione *ex artt.* 45, 49 e 63 TFUE, è rappresentata dalla finalità di scongiurare il rischio di evasione (od elusione) fiscale internazionale⁵⁰.

La *ratio* di tale causa di giustificazione consiste nell'evitare di pregiudicare l'effettività dei sistemi fiscali degli Stati nazionali, prevenendo e contrastando fenomeni evasivi (o elusivi).

Prima di alcune pronunce più recenti, la giustificazione fondata sulla necessità di contrastare l'evasione e l'elusione fiscale era stata sempre rigettata dalla Corte di giustizia, la quale – pur ammettendo, in linea di princi-

⁴⁹ Sul principio di territorialità, cfr. *ex multis*, G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004. Sul rapporto tra coerenza fiscale e principio di territorialità, cfr. C. DE PIETRO, *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1377 ss.

⁵⁰ La maggior parte delle questioni giudiziarie riguarda ipotesi di attribuzione di perdite o, comunque, di benefici fiscali a favore della società controllante nell'ambito di un gruppo societario con sedi in vari Stati membri, al fine di consentire, in sostanza, lo spostamento degli utili tassabili dal luogo di produzione al luogo con minore tassazione. Sul punto, *OY AA*, cit. e *Marks & Spencer*, cit. In tale ultima pronuncia, in particolare, la Corte ha ritenuto giustificata la disposizione nazionale che limitava la deducibilità da parte della casa madre delle perdite trasferite dalle società figlie solo laddove queste ultime avessero la residenza nel Regno Unito sulla scorta di tre motivi congiunti: la tutela dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, l'abbattimento del rischio di doppio utilizzo delle perdite e il contrasto dei fenomeni di elusione ed evasione fiscale. In dottrina, F. AMATUCCI, *L'evoluzione del principio di non discriminazione fiscale tra libertà economiche e finalità antielusive*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, 2020.

pio, che tale esigenza costituisse una ragione imperativa di interesse generale – aveva di volta in volta censurato le diverse norme nazionali ora sotto il profilo della proporzionalità⁵¹ ora sotto il profilo dell'idoneità al raggiungimento dello scopo⁵².

Alcune importanti aperture, a favore di tale causa di giustificazione, si possono cogliere nelle pronunce relative ai casi *Marks & Spencer*⁵³, *Halifax*⁵⁴, *Cadbury Schweppes*⁵⁵, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*⁵⁶ e *Kofoed*⁵⁷, laddove sembra emergere, sotto un profilo più generale, una sempre maggiore attenzione dei giudici dell'Unione verso le esigenze di contrasto delle prassi abusive⁵⁸, costantemente invocate dagli Stati membri.

Sul punto, peraltro, è necessaria una precisazione: in un contesto che garantisce la libera circolazione delle persone e dei capitali, è indubbio che le scelte allocative dei contribuenti obbediscano spesso a ragioni di convenienza fiscale, tali da rendere un investimento, a parità di altri fattori, più profittevole in alcuni Stati membri piuttosto che in altri. Tuttavia, il semplice giovare di tali vantaggi fiscali di per sé non genera abuso, a meno che esso non si traduca nel ricorso a schemi artificiosi finalizzati all'otteni-

⁵¹ V. Corte giust., 17 luglio 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, laddove si afferma, al p.to 41, che «le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell'operazione».

⁵² *Imperial Chemical Industries (ICI)*, cit., laddove si afferma, al p.to 26, che «la normativa controversa nella causa principale non ha l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiali il cui scopo sia quello di eludere la legge fiscale del Regno Unito, ma considera, in via generale, qualunque situazione in cui le società controllate da un gruppo si trovino in maggioranza stabilite, per qualsiasi motivo, fuori dal Regno Unito».

⁵³ Sopra citata. Al riguardo, sia consentito rinviare a L. STRIANESE, *Libertà di stabilimento e trattamento delle perdite transfrontaliere in seno ai gruppi di società: il caso Marks & Spencer, prime riflessioni sulle conclusioni presentate dall'avvocato generale*, in *Innovazione e Diritto*, 2005, p. 84 ss.

⁵⁴ Sopra citata.

⁵⁵ Sopra citata.

⁵⁶ Sopra citata.

⁵⁷ Corte giust., 5 luglio 2007, C-321/05, *Hans Markus Kofoed*.

⁵⁸ L'espressione è utilizzata nella sentenza *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. Peraltro, sull'utilizzo da parte dei giudici comunitari di locuzioni non sempre appropriate (quali, ad esempio, «abuso del diritto» o «evasione fiscale»), cf. G. MELIS, A. PERSIANI, *Sulle controllate estere i giudici fissano la linea*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 dicembre 2006, p. 19.

mento in via esclusiva o prevalente di benefici tributari. Un profilo di questo tenore emerge nelle ipotesi riguardanti presunti abusi fiscali di gruppo, realizzati allocando, tra le diverse entità associate, perdite, o comunque benefici fiscali, al fine di dirottare gli utili tassabili dal luogo di produzione a quello con minore livello di tassazione. In altre parole, nella prospettiva adottata dalla Corte di giustizia, l'abuso meritevole di repressione – e pertanto idoneo a giustificare una deroga alle libertà europee – consiste nell'utilizzo di «costruzioni di puro artificio», che esigono la contemporanea sussistenza di un elemento soggettivo, individuato nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale, e di un elemento oggettivo, consistente nella mancanza di un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive⁵⁹.

Tale causa di giustificazione, invero, riporta l'attenzione e risulta strettamente connessa anche ad un altro motivo di interesse generale, individuato dalla giurisprudenza dell'Unione nella garanzia di effettività dei controlli e degli accertamenti tributari. Si tratta, infatti, di una motivazione che, concettualmente, è molto vicina a quella di tutela delle misure atte ad evitare il rischio di elusione ed evasione fiscale.

In particolare, la Corte ha riconosciuto le ragioni di «salvaguardia dei controlli fiscali», per la prima volta, nel *leading case Cassis de Dijon*, in materia di imposte indirette, e, successivamente, la suddetta causa di giustificazione è stata applicata anche in materia di tassazione diretta, a partire dal caso *Futura Participations SA and Singer*⁶⁰. Pur affermando che le esigenze dello Stato-apparato non possono mai giustificare la deroga ai principi di fondo dell'ordinamento dell'Unione, previa verifica della proporzionalità della misura nazionale, la Corte ha sovente riconosciuto la legittimità della disciplina nazionale che introduceva misure di controllo e di vigilanza⁶¹ e comunque adempimenti diretti a contenere possibili evasioni fiscali.

⁵⁹ Sul tema, Corte giust., 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, p.to 55, in cui la Corte sottolinea che, affinché una disciplina possa ritenersi giustificata da motivi di contrasto a pratiche abusive, essa deve perseguire «lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica».

⁶⁰ Corte giust., 15 maggio 1997, C-250/95, *Futura Participations SA and Singer*.

⁶¹ A titolo esemplificativo, *SECIL*, cit. In tale pronuncia, i giudici europei riconoscono espressamente che una restrizione – nel caso in esame, si trattava del rifiuto di concedere una deduzione integrale o parziale dei dividendi percepiti dalla base imponibile della società beneficiaria – può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale relativi alla necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali.

4. Osservazioni conclusive

Definito il principio di non discriminazione, non soltanto sulla scorta del dato testuale *ex art. 18 TFUE*, ma anche grazie ai numerosi apporti della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e individuata l'esistenza di cause di giustificazione ulteriori rispetto a quelle previste espressamente nel TFUE, che, consentendo una deroga al principio in esame, devono essere supportate da motivi di interesse pubblico e, soprattutto, proporzionate al fine che intendono perseguire, è possibile trarre alcune osservazioni conclusive.

Come chiarito in precedenza, i giudici di Lussemburgo tendono sempre di più a tutelare l'integrità fiscale degli Stati membri e, soprattutto la coerenza, la simmetria, la coesione e l'integrità del sistema fiscale nazionale, avallando misure nazionali derogatorie dei principi fondamentali dell'Unione.

In un ordinamento giuridico, come quello europeo, che vira verso forme di tutela dei diritti sociali dei singoli, non obbedendo più a logiche squisitamente economiche, la protezione delle libertà fondamentali non può spingersi fino ad alterare la funzione della fiscalità, arrivando a pregiudicare, in qualche modo, la sopravvivenza stessa dell'ordinamento. La Corte di giustizia è consapevole che l'esito di ogni suo giudizio in materia fiscale è contraddistinto da un bilanciamento di valori tra interesse fiscale nazionale e integrazione economica dell'Unione, con una prevalenza del primo ogniqualvolta siano in discussione gli assetti strutturali dell'ordinamento interno. Le libertà fondamentali devono, pertanto, retrocedere laddove la misura fiscale nazionale di cui si discute sia funzionale a preservare la coerenza del sistema fiscale interno; contrastare l'evasione e l'elusione fiscale o garantire l'effettività dei controlli e degli accertamenti tributari. La ragione di tale retrocessione risiede nel dato che l'eventuale superamento di tali limiti comprometterebbe il funzionamento stesso del sistema fiscale⁶².

L'elaborazione di deroghe implicite ad opera dei giudici della Corte, quale criterio generale di giustificazione per quelle misure nazionali che pongono delle restrizioni alla libera circolazione nell'ambito del mercato interno, a partire dalla famosa pronuncia resa nel caso *Cassis de Dijon*, in cui la Corte affermò – con riferimento ad una normativa tedesca che su-

⁶² Al riguardo P. BORIA, *Diritto Tributario Europeo*, cit.

bordinava la commercializzazione in Germania dei prodotti alcolici, nazionali e stranieri, ad un livello minimo di contenuto alcolico – che «gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori»⁶³, ha comportato una sorta di doppio regime, che vede, da un lato, un numero tassativo di eccezioni scritte idonee a giustificare una misura discriminatoria e, dall'altro, un numero indefinito di eccezioni non scritte invocabili per giustificare una misura restrittiva. Naturalmente, come chiarito in precedenza, è la stessa Corte a declinare una pluralità di condizioni e limiti che valgono a circoscrivere la portata applicativa di tali deroghe: al primo posto, vi è il principio di proporzionalità⁶⁴, verificando che la misura nazionale in questione sia adeguata ed idonea al raggiungimento dell'obiettivo da essa perseguito, senza eccedere quanto strettamente necessario al suo conseguimento e, soprattutto, comportando il minor sacrificio possibile per la libera circolazione nell'ambito del mercato interno.

Tuttavia, l'applicazione stessa del principio di proporzionalità nella valutazione delle cause di giustificazione da parte della Corte di giustizia è insidiosa: già nella sentenza *Marks & Spencer* del 2005, la Corte, pur riconoscendo la sussistenza della causa di giustificazione, sottolineò come la norma nazionale eccedesse quanto necessario per perseguire il proprio scopo, statuendo, in modo assai significativo, che «per quanto sia possibile identificare altre misure meno restrittive, misure siffatte necessitano comunque di regole di armonizzazione adottate dal legislatore comunitario»⁶⁵. Tale pronuncia, per quanto risalente, porta con sé un messaggio

⁶³ *Rewe Zentral*, cit., p.to 8.

⁶⁴ Per una trattazione sistematica del tema, v. M.V. SERRANÒ, *Il rispetto del principio di proporzionalità e le garanzie del contribuente*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, p. 875, la quale afferma che «la genesi di tale principio è da attribuirsi al diritto tedesco che individuava tre requisiti (livelli o gradini) della proporzionalità: idoneità (*Geeignetheit*), necessità (*Erforderlichkeit*) e proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*). Idoneità del mezzo rispetto all'obiettivo perseguito, necessità che la misura adottata sia conforme, appunto, a controllo di proporzionalità e, pertanto, non esista un altro mezzo efficace nella medesima misura (insostituibilità del mezzo)».

⁶⁵ *Marks & Spencer*, cit., p.to 58.

estremamente attuale: in assenza di armonizzazione, l'applicazione del principio di proporzionalità risulta estremamente complesso.

In conclusione, con particolare riguardo al principio di non discriminazione fiscale, sebbene risulti pacifica – perché espressamente previsto nel TFUE e riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – la sua derogabilità, in presenza di motivi imperativi di interesse generale (quali, soprattutto, la coerenza fiscale del sistema nazionale, il contrasto di fenomeni elusivi e la garanzia di effettività dei controlli e degli accertamenti tributari), il rischio che sembra manifestarsi, soprattutto in assenza di una compiuta armonizzazione nel comparto diretto, è che vi sia una tutela eccessiva dei particolarismi nazionali. Ciò potrebbe comportare una frammentazione, una compartimentalizzazione e una differenziazione nell'ambito del mercato interno. In altri termini, se le cause di giustificazione permettono di introdurre trattamenti discriminatori e di limitare l'esercizio delle libertà fondamentali sulla scorta di un interesse legittimo, il rischio concreto è quello di privare di efficacia le libertà fondamentali stesse, in virtù dell'attenzione degli Stati membri a tutelare la propria sovranità fiscale. A ciò si aggiunge che, come dichiarato a più riprese dalla Corte di giustizia, attraverso le convenzioni bilaterali tendenti a evitare le doppie imposizioni, gli Stati membri sono liberi di stabilire i fattori di collegamento ai fini della ripartizione tra di loro della competenza tributaria⁶⁶.

In sostanza, per evitare i rischi paventati – di una vera e propria balcanizzazione del mercato unico nonché di una tutela eccessiva dei particolarismi nazionali – la via perseguibile potrebbe essere quella di una maggiore e più compiuta armonizzazione nel settore dell'imposizione diretta⁶⁷.

Armonizzazione e non discriminazione sono, infatti, due concetti inti-

⁶⁶ Corte giust., 19 novembre 2015, C-241/14, *Bukovansky*, p.to 37; 30 aprile 2020, C-168/19 e C 169/19, *HB e IC c. INPS*.

⁶⁷ Come noto, l'armonizzazione del settore delle imposte dirette, avviata negli anni Sessanta attraverso gli studi della Commissione, sembrava stesse per realizzarsi nel 1990 con l'emanazione delle tre direttive 90/434, 90/435 e 90/436 che istituivano regole fiscali comuni. Tuttavia, la sfera di applicazione abbastanza limitata delle tre direttive e la non univoca interpretazione delle loro disposizioni hanno determinato una serie di criticità. Ciò ha condotto ad un lungo periodo di stallo, conclusosi, nel 2003, con l'emanazione delle direttive sulla tassazione dei redditi da risparmio n. 2003/48 e 2003/49. La Commissione UE ha nuovamente rilanciato i negoziati precedentemente falliti sull'introduzione di principi comuni in tema di tassazione delle società, attraverso la previsione di una base imponibile consolidata (CCTB), presentando, nel 2016, una nuova proposta di direttiva.

mamente collegati, in quanto il primo, inteso come avvicinamento tra gli ordinamenti e le norme positive, contribuirebbe, in maniera significativa, alla effettiva esplicazione del secondo⁶⁸, bilanciando efficacemente le esigenze imperative degli Stati con la supremazia del diritto primario dell'Unione⁶⁹.

⁶⁸ R. CALVO ORTEGA, *Uguaglianza e non discriminazione*, in A. DI PIETRO (a cura di), *Per una costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 223.

⁶⁹ In merito, si riportano, qui di seguito, le limpide considerazioni svolte da EN. TRAVERSA, nel suo *Analisi sistematica di quarant'anni di giurisprudenza tributaria italiana della Corte di giustizia (1983-2023)*, cit., pp. 617-618, che pongono in risalto i limiti e le cause che, ancora oggi, impediscono che si configuri a pieno, un mercato unico privo di continui contrasti tra legislazioni degli Stati membri, per via di una mancata armonizzazione in materia di imposte dirette, determinando, poi, non solo effetti discriminatori ma addirittura fenomeni di «discriminazione a rovescio»: «va tuttavia ricordato che soltanto il contribuente di imposte armonizzate (iva, accise e imposta sui conferimenti di capitale) potrà contare sull'applicazione nei suoi confronti della Carta dei diritti fondamentali, dato che le leggi nazionali che recepiscono le direttive di armonizzazione fiscale dell'Unione e le completano con la previsione di sanzioni in caso di violazioni costituiscono, per espressa statuizione della Corte di giustizia (Giurisprudenza costante. Fra le pronunce più recenti: Corte giust., 16 ottobre 2019, causa C-189/18, *Glencore Agricolture Hungary*. Dal punto di vista interno, F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in *Riv. ital. dir. pubb. comun.*, 2017, p. 448: «la verifica trifasica del *test* di proporzionalità è raramente condotta fino all'ultima fase sia nella giurisprudenza europea, sia negli ordinamenti nazionali, in particolare in quello italiano. La ragione si sostanzia nel fatto che il *test* di proporzionalità in senso stretto conduce l'analisi del giudice al confine con il "merito amministrativo", con tutti i correlati rischi di ingerenza nell'autonomia - procedurale e sostanziale - dei sistemi nazionali»), norme «di attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 51 della Carta medesima (E. HANCOX, *The meaning of "Implementing EU Law" under Article 51(1) of the Charter*, in *CMLR*, 2013, pp. 1411-1431; P. PISTONE, *EU Charter of fundamental rights, general principles of EU Law and taxation*, in P. WATTEL (ed.), *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2018, I, p. 153 ss.). Ne consegue che non possono avvalersi delle ampie tutele previste dal diritto dell'Unione ed in particolare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tutti quei contribuenti destinatari di provvedimenti amministrativi lesivi dei loro diritti in applicazione di leggi nazionali disciplinanti imposte non armonizzate a livello europeo, in primo luogo le imposte sui redditi. Nella misura in cui i principi costituzionali e la legislazione tributaria di uno Stato membro quale l'Italia comportano per il debitore delle imposte sui redditi una tutela di minore effettività rispetto a quella assicurata dall'ordinamento dell'Unione in situazioni comparabili (es.: due provvedimenti sanzionatori per infrazioni IVA e IRPEF del tutto simili), si è in presenza di una singolare fattispecie di «discriminazione a rovescio» nella quale il soggetto discriminato è il debitore dell'imposta disciplinata esclusivamente dal diritto nazionale. Il rimedio nei confronti di tali «discriminazioni a rovescio» non è il ricorso alla Corte di giustizia (chiarissima a tal proposito, la sentenza del 24 ottobre 2019, C-469/18 e C-470/18, *IN e JM c. Belgische Staat*, con la quale la

Nel momento in cui si sta concludendo il presente lavoro, un passo in avanti, almeno sul piano interno, è stato realizzato, non fosse altro che per le considerevoli sollecitazioni mosse dalla più autorevole dottrina⁷⁰ sul tema della necessità di un, non più procrastinabile, intervento da parte del legislatore nazionale che sia finalizzato alla rimozione della sempre più

Corte di giustizia ha dichiarato addirittura inammissibile un'ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione del Belgio avente ad oggetto l'assunzione di prove in un processo relativo all'imposta – non armonizzata – sul reddito delle persone fisiche. Sulle «discriminazioni a rovescio» v. l'ampia analisi di A. ARENA, *Le situazioni puramente interne nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 86 ss. In campo strettamente tributario, P. PISTONE, *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, p. 581; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, cit., p. 52) visto che la legislazione italiana in materia di imposte sui redditi non costituisce «attuazione del diritto dell'Unione» ex art. 51 CDFUE, ma un intervento della Corte costituzionale per violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione (sul tema delle «discriminazioni a rovescio» in materia tributaria e di un possibile rimedio ad opera della Corte costituzionale, v. E. TRAVERSA, *Sanzioni tributarie, discriminazioni a rovescio ed esigenza di un intervento della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2020, p. 955. Più in generale sulle «discriminazioni a rovescio», v. A. ARENA, *The wall around EU fundamental freedoms: the purely internal rule at the forty-year mark*, in *Yearbook of European Union Law*, 2020, p. 12 ss. Nella sua recentissima sentenza n. 47/2023 (tra i numerosi commenti, si segnalano: A. COLLI VIGNARELLI, *Anche la Corte costituzionale si esprime sull'essenzialità del contraddittorio endoprocedimentale*, in *Riv. dir. trib., supplemento online* del 29 aprile 2023; M. VERRINGIA, *Contraddittorio preventivo, opportuna l'estensione a livello generalizzato*, in *Il Fisco oggi-online* del 22 marzo 2023) la Corte costituzionale ha mancato un'ottima occasione per allineare, sulla base dell'art. 3 Cost., il limitato diritto al contraddittorio c.d. endoprocedimentale dei contribuenti di imposte non armonizzate IRES e IRAP al diritto generalizzato al contraddittorio di cui beneficiano, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, i contribuenti iva (su questo specifico aspetto della sentenza, v. E. TRAVERSA, *Ires, Irpef e Iva: ancora discriminate le imposte non armonizzate dall'Ue*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 giugno 2023). L'esito negativo di tale giudizio di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 12, par. 7, legge n. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente) è interamente imputabile alla erronea formulazione della questione di legittimità costituzionale da parte della Commissione tributaria della Toscana, che aveva posto a confronto il diritto al contraddittorio nel caso di accertamenti fiscali presso i locali del contribuente e l'assenza di diritto al contraddittorio nel caso di accertamenti a seguito di verifiche c.d. a tavolino, nonostante il contribuente ricorrente nel processo *a quo* avesse ricevuto un avviso di accertamento in rettifica sia dell'iva, sia dell'IRES/IRAP. Appare, pertanto, altamente auspicabile che, nelle more di una non più differibile modifica legislativa, un altro giudice tributario sottoponga alla Corte costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., il problema della sempre più grave disparità di garanzie procedurali fra contribuenti soggetti ad imposte armonizzate e contribuenti soggetti ad imposte non armonizzate».

⁷⁰ V. il passo tratto da *Analisi sistematica di quarant'anni di giurisprudenza tributaria italiana della Corte di giustizia (1983-2023)*, cit., p. 617 ss., riportato nella precedente nota.

grave disparità di garanzie procedurali fra contribuenti soggetti ad imposte armonizzate e contribuenti soggetti ad imposte non armonizzate. Ebbene, è quanto accaduto in seguito alla modifica apportata all'art. 7 dello Statuto dei diritti dei contribuenti, dal decreto legislativo n. 219/2023 pubblicato in Gazzetta Ufficiale lo scorso 30 dicembre 2023.

Difatti, con le previsioni contemplate nell'art. 1, co. 1, lett. e) del prefato decreto è stato introdotto nel nostro ordinamento tributario il principio del diritto al contraddittorio che, in recepimento della legge delega⁷¹, rappresenterà finalmente un principio generale, senza distinzione (e quindi discriminazione) tra tributi armonizzati e non, a pena di nullità degli atti (divenuta poi annullabilità in sede di decreto delegato), ciò comportando, per l'Amministrazione finanziaria [art.1, co.1, lett. f) dell'anzidetto decreto] l'obbligo di motivare adeguatamente gli atti accertativi indicanti i presupposti, i mezzi di prova e le ragioni giuridiche su cui si fonda la decisione. La richiamata novella andrà a potenziare l'intera fase amministrativa poiché, con essa, viene sacralizzato il ruolo delle parti, così come avrebbe, sempre, dovuto essere: l'Amministrazione finanziaria assume le vesti di attrice sostanziale, dovendo reperire le prove concrete a fondare giuridicamente poi la pretesa impositiva; il contribuente assume invece il ruolo di convenuto, che deve poter contestare (*rectius*: confutare) quanto *ab origine* sostenuto dall'attore. Il tutto, certamente, prima che sia stato dato impulso al processo e, dunque, in sede istruttoria⁷².

Si dovrebbe, allora, aprire un nuovo capitolo nei rapporti tra Amministrazione e contribuenti, che, con l'elevazione dei principi sopra esposti, ritornerebbe allo stato in cui avrebbe sempre dovuto essere.

Ci si aspetta, quindi, che nella motivazione degli atti, i presupposti di fatto siano effettivamente rappresentati dagli elementi costitutivi che comportano l'adozione degli stessi, che i mezzi di prova non potranno più essere costituiti da mere congetture od ipotesi, bensì da elementi chiari, pre-

⁷¹ Legge n. 111/2023 di Delega al Governo per la Riforma fiscale.

⁷² Sia consentito rinviare a L. STRIANESE, *Rapporto giuridico d'imposta e contraddittorio endoprocedimentale: un ragionamento permanente sull'illusoria parità delle armi*, in C. BUCCICO, S. FIORENTINO, A. MERONE (a cura di), *Civiltà fiscale. Riflessioni sul progetto "ideale" di Statuto dei Diritti del Contribuente*, Padova, 2020, in particolare p. 90; ID., *Il contraddittorio endoprocedimentale e le persistenti riflessioni sulle asimmetrie tra Amministrazione Finanziaria e contribuente nel rapporto giuridico di imposta: questione di stile o di sostanza?*, in F. AMATUCCI (a cura di), *Diritto processuale e tributario: aspetti innovativi e criticità del contenzioso*, Torino, 2020, p. 85 ss.

cisi e concordanti, che le ragioni giuridiche siano l'espressione dell'effettivo tracciato seguito dall'Amministrazione, giustificativo dell'adozione dell'atto, anche sul piano normativo.

Valutazioni queste che dovranno poi passare al vaglio dei giudici di merito, che saranno chiamati ad annullare gli atti impugnati, appunto, se la prova della loro fondatezza mancherà o sarà contraddittoria o se sarà comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziale e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fonderanno la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni.

La strada indicata dal legislatore nazionale sembra quella corretta sia per i tributi armonizzati sia per quelli non armonizzati e l'auspicio è che il cambiamento non abbia risvolti gattopardiani.

“TAXING GREAT WEALTH TO FINANCE
THE ENVIRONMENTAL AND SOCIAL TRANSITION”:
IL RUOLO DELLE POLITICHE IMPOSITIVE EUROPEE
NELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA DELL’INDUSTRIA
ESTRATTIVA DEGLI AGGREGATI

Chiara Fontana*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tributi ambientali e industria estrattiva degli aggregati nell’esperienza comparata. – 3. La tassazione delle attività estrattive nell’ordinamento giuridico italiano. – 4. La “ricetta” anglosassone: l’innalzamento dei canoni di estrazione quale strumento mediante cui incentivare la filiera del riciclo. – 5. Tassare i grandi patrimoni per finanziare la transizione ecologica e sociale: profili evolutivi della fiscalità ambientale europea.

1. *Premessa*

Gli effetti socioeconomici riverberati, dapprima, dalla pandemia del 2020 e, poi, dal conflitto russo-ucraino e dall’acuirsi dell’emergenza ambientale, hanno indotto a un sostanziale ripensamento dei modelli di sviluppo e, per questa via, al passaggio da un paradigma limitato ad alcune Nazioni o Regioni del pianeta, a un paradigma *globale*, informato a logiche solidaristiche e di rinascita *selettiva*¹.

In siffatto contesto, un ruolo fondamentale è stato, progressivamente, assegnato all’intervento pubblico nell’economia, ritenuto una componente fondamentale di innesco e di guida dei futuri programmi di transizione ecologica².

* Professoressa Associata di diritto tributario nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

¹ In argomento S. VILLANI, *Spunti per una rivoluzione fiscale che acceleri la transizione ecologica e la riduzione delle disuguaglianze dopo la pandemia da COVID-19*, in *Rass. trib.*, 2021, p. 103, il quale, motiva l’urgenza di tale cambiamento con tre ragioni: 1) l’interconnessione degli scambi che connota il capitalismo contemporaneo; 2) gli effetti del cambiamento climatico e la conseguente sfida dello sviluppo sostenibile; 3) l’impressionante crescita della disuguaglianza globale verificatasi nell’ultimo quarto di secolo.

² Cfr. A. ZATTI, *Per una riforma ecologica del fisco italiano: strumenti, prospettive e incognite*, in *eccoclimate.org*. L’idea che il ruolo dello Stato debba, necessariamente, evolvere

Invero, nel favorire le decisioni di investimento *virtuose*, il decisore statale può introdurre e mettere a regime tutti gli strumenti atti ad indirizzare le risorse in maniera ambientalmente ed economicamente efficiente, prevenendo effetti di rimbalzo e *greenwashing* ed evitando *extra* guadagni per operatori e imprese che avrebbero comunque realizzato gli investimenti sussidiati³.

Nella prospettiva accolta, specifico rilievo assume la predisposizione di meccanismi di riforma fiscale volti a: ridurre il peso dei sussidi economici ai combustibili fossili; e a rinforzare gli stimoli attivati in termini di spesa, anche attraverso un più ampio utilizzo di forme impositive legate all'ambiente, la cui affermazione può, significativamente, contribuire alla definizione di percorsi di *green recovery*.

E ciò, non solo perché una corretta rappresentazione dei costi esterni permette di indirizzare in modo duraturo le scelte di consumo e di investimento degli operatori economici, rafforzando l'incentivo a prediligere, nei pacchetti di rilancio, tecnologie e realizzazioni infrastrutturali *environmentally friendly*; ma, anche, perché l'individuazione di un prezzo adeguato per l'uso delle risorse naturali e delle emissioni inquinanti riduce i rischi di *lock-in* e gli effetti di rimbalzo che possono derivare dalle componenti non *green* delle misure adottate⁴.

Tali considerazioni rendono, immediatamente, evidente come un settore produttivo ad oggi ancora poco indagato, al quale andrebbe, forse, riservata maggiore attenzione, sia quello dell'industria estrattiva degli aggregati⁵.

da ordinamento meramente coercitivo ad ordinamento che stimola i consociati a condotte socialmente ed economicamente desiderabili, anche in virtù di un utilizzo promozionale della leva fiscale viene, da tempo, argomentata, in modo particolare, dalla Scuola Barese di Diritto Tributario.

³ European Commission, *Taxation in support of green transition: an overview and assessment of existing tax practices to reduce greenhouse gas emissions*, Brussels, 2020 final; OECD, *Making the green Recovery work for jobs, income and growth*, Paris, 2020; OECD, *Green budgeting and tax policy tools to support a green recovery*, Paris, 2020; OECD, *Environmental Fiscal Reform. Progress, Prospects and Pitfalls*, Paris, 2020.

⁴ Cfr. A. ZATTI, *op.cit.*, p. 3.

⁵ Per una definizione di "aggregato", v. European Aggregates Association - Annual Review, 2020, *A Sustainable Industry for a Sustainable Europe*, Brussels, p. 1, secondo cui: «Gli aggregati sono materiali granulari utilizzati nella costruzione. Si tratta di sabbia, ghiaia (compresi gli aggregati marini), pietrisco, aggregati riciclati e prodotti. Gli aggregati primari derivano da fonti naturali, estratti da cave, siti di estrazione di sabbia e ghiaia e in al-

L'attività di estrazione mineraria, emblema del processo di antropizzazione, è, infatti, correlata a una molteplicità di criticità ambientali, tra cui, l'alterazione irreversibile del paesaggio, la distruzione delle biodiversità e un forte impatto in termini di emissioni, da cui discendono importanti costi ambientali e di bonifica dei siti dismessi.

Si tratta, peraltro, di un ambito solo apparentemente *residuale*; prova ne sia che, a livello globale, la produzione annua di aggregati primari è stimata in circa cinquanta miliardi di tonnellate, di cui, quasi la metà estratta in Europa; e circa sessantaquattro milioni di tonnellate in Italia.

Lo stesso settore, in uno a quello dell'edilizia, genera, inoltre, scarti di lavorazione pari a circa il 29% dei rifiuti complessivamente prodotti nel nostro Paese.

Quantitativi, questi ultimi, destinati ad accrescersi in funzione del progressivo aumento del fabbisogno di soluzioni abitative e di infrastrutture, da cui dipende un importante incremento della domanda di materie prime minerali non rinnovabili.

Proprio il richiamo a suddetti volumi, nell'ottica di chi scrive, vale ad attestare come la regolamentazione delle attività estrattive finisca per diventare uno dei principali campi su cui si giocherà la partita della transizione ecologica. E ciò, essenzialmente, sull'assunto di come il passaggio da un'economia lineare, fondata sull'estrazione continua di materia prima – da conferire in discarica - a un'economia circolare, informata al recupero dei rifiuti da demolizione, a discapito della produzione in cava, rappresenti un obiettivo imprescindibile per il buon esito delle più recenti politiche di tutela ambientale.

Non a caso, nel *Green Deal* europeo, l'emergenza del depauperamento delle risorse naturali e del cambiamento climatico viene avversata, principalmente, attraverso la promozione di una crescita economica dissociata dall'utilizzo delle risorse naturali, guardandosi all'economia circolare come allo snodo centrale per la trasformazione del mercato interno in un'economia moderna ed efficiente.

cuni paesi, da dragaggi marini. Gli aggregati secondari includono materiali riciclati e riutilizzati, ossia aggregati ritrattati che sono stati precedentemente utilizzati nella costruzione e aggregati provenienti da processi industriali come scorie di altoforni, di forni elettrici o residui di caolino». Gli aggregati trovano collocazione nell'industria dei materiali edilizi e delle costruzioni, specialmente come componente di materiali compositi, quali il calcestruzzo e l'asfalto.

Nella prospettiva accolta, appare, anzitutto, opportuno, verificare quali siano le misure su cui conviene puntare per dare avvio ai processi evolutivi che condurranno il settore verso un futuro *green*.

Ebbene, è evidente come la riorganizzazione dell'industria estrattiva di aggregati in chiave di eco-sostenibilità passi, necessariamente, per la predisposizione di incentivi statali volti a favorire l'adeguamento del settore al nuovo *diktat* delle politiche ambientali dell'Unione⁶.

Risultati altrettanto significativi potrebbero, inoltre, venire da una riforma fiscale volta ad orientare le decisioni degli *stakeholders* del mercato economico, attraverso: 1. l'introduzione di nuove e più efficaci forme di comunicazione tra amministrazione finanziaria e contribuente; 2. il recupero della funzione redistributiva; e, 3. la sperimentazione di nuovi modelli di prelievo diretti ad aumentare la resilienza dei sistemi economici, fiscali e previdenziali alle conseguenze delle trasformazioni intervenute nelle modalità di produzione della ricchezza⁷.

Invero, misure quali l'aumento dei canoni per la produzione di aggregati vergini, o una regolamentazione funzionale dello smaltimento e del recupero

⁶ Da tempo in dottrina si è fatta strada l'idea che la competitività degli attori del mercato estrattivo sia determinata, non solo, dalla quantità e dalla qualità del materiale estratto ma, anche e soprattutto, dal contesto normativo, amministrativo, economico e sociale, nel cui ambito si realizza l'estrazione. In tal senso, A. DACCÒ, *Spunti di riflessione su Capitalismo sostenibile e strumenti a disposizione*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2022, p. 372 ss., che si interroga, peraltro, sul ruolo assunto dalle grandi società nella tutela di interessi terzi, ossia sull'eventualità che le società per azioni di rilevanti dimensioni funzionalizzino il potere gestionale al perseguimento di interessi ambientali o sociali soprattutto qualora siano gli stessi soci (ovvero alcuni di questi) a richiederlo.

⁷ La necessità di addivenire a una vera e propria rivoluzione fiscale volta a ridurre le disuguaglianze e rafforzare la resilienza dei sistemi tributari, rendendoli più capaci di garantire la realizzazione di obiettivi fondamentali per il benessere e la crescita socioeconomica venne argomentata già da G. TREMONTI, *La fiera delle tasse. Stati nazionali e mercato globale nell'era del consumismo*, Bologna, 1991; ID., *La fiscalità nel terzo millennio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1998, p. 69 ss. Tali argomentazioni sono state, successivamente riprese da S. VILLANI, *op. cit.*, p. 15. Sul rapporto fiscalità-ambiente, soprattutto in riferimento al *Green Deal Europeo* si v.: S. MORATTI, *Green Deal Europeo: Nuove prospettive per la fiscalità dell'energia nelle politiche di gestione dei rischi climatici*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2020, p. 439 ss.; A. F. URICCHIO, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Bari, 2010, pp. 182 e 183, secondo cui i «tributi ambientali, anche minori, possono comunque concorrere a contrastare guasti ambientali o il consumo di risorse naturali scarse (...) e, assicurando comunque un gettito che può essere impiegato a fini ambientali proprio per rimuovere o attenuare i danni prodotti o per prevenirne altri».

dei Rifiuti da Costruzione e Demolizione (C&D), nell'interiorizzare il costo ambientale nel processo produttivo aziendale, ben potrebbero indirizzare le imprese verso soluzioni ispirate ai principi dell'economia circolare⁸.

È, dunque, principalmente, sul ruolo dei tributi ambientali nell'industria estrattiva degli aggregati che ci si soffermerà nelle pagine seguenti, per verificarne l'idoneità a fungere da volano per la transizione ecologica, avendo cura di sottoporre all'attenzione di chi legge, non solo, le esperienze nazionali più significative ma, anche, i recenti indirizzi europei.

Nella prospettiva accolta, particolare attenzione verrà, anche, riservata all'iniziativa "*Taxing great wealth to finance the environmental and social transition*", volta a richiedere l'introduzione di un'imposta europea sui grandi patrimoni proprio a vantaggio della transizione ecologica e sociale dell'Unione.

Quest'ultima, infatti, nell'attestare la progressiva affermazione di una nuova sensibilità ambientale del tessuto sociale europeo, laddove riuscisse, effettivamente, ad indirizzare l'attività della Commissione varrebbe, anche, a segnare un primo passo nella promozione di modelli di produzione finalmente più efficienti, sani e concorrenziali⁹.

2. Tributi ambientali e industria estrattiva degli aggregati nell'esperienza comparata

Negli ordinamenti europei, le risposte normative alle istanze di tutela ambientale, motivate dal crescente inquinamento dei territori, dall'uso eccessivo delle risorse fossili e dalla scarsità delle risorse energetiche, sono state, fortemente, influenzate dal contesto socioeconomico di riferimento¹⁰.

⁸ I tributi ambientali colpiscono stili di vita e/o attività produttive dannose sia per l'ambiente, sia per la salute e si caratterizzano per il nesso causale esistente tra il presupposto agli stessi riferibile e il fatto materiale e oggettivo che determina il deterioramento scientificamente accertato dell'ambiente, ferma restando la possibilità di perseguire, anche, una funzione di tutela ambientale. Nella prospettiva accolta, siffatti prelievi realizzano, dunque, lo scopo che si prefiggono quando non generano più entrate. Sul punto, A. TURI, *Come il fisco può agevolare lo sviluppo sostenibile*, in D. GAROFALO, P. PARDOLESI, A. RINALDI (a cura di), *Il DJSGE e la sfida dello sviluppo sostenibile*, Quaderni del Dipartimento ionico, Bari, 2020, p. 141 ss.

⁹ Cfr. A. F. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, p. 1853.

¹⁰ Sulla fiscalità ambientale in ambito sovranazionale, v. L. AGO, *Aspetti internazionali*

Ciò vale, particolarmente, in ambito tributario, tenuto conto di come la funzione impositiva risenta, non solo, delle profonde trasformazioni intervenute nelle modalità di produzione della ricchezza ma, anche, delle tensioni sociali, politiche e culturali innescate dalle emergenze finanziarie e ambientali in corso¹¹.

Nondimeno, in tutti i decisori statali è andata progressivamente affermandosi la consapevolezza della necessità di addivenire a scelte condivise e ad azioni di cooperazione internazionale che coinvolgano ogni Governo del mondo, sul presupposto di come il *diritto al futuro* passi, inevitabilmente, dal contemperamento tra i bisogni dell'economia e quelli dell'ecosistema¹².

In siffatto contesto, assolutamente centrale è diventato, pertanto, il rapporto tra politica e tassazione, dovendo entrambe concorrere alla tutela dell'ambiente, attraverso l'esercizio coordinato dei poteri di governo e di definizione degli assetti normativi e impositivi.

Nella prospettiva accolta, il *bene comune* – da intendersi come l'insieme delle condizioni di vita che consentono ai gruppi, quanto ai singoli membri della collettività, di ottenere la piena realizzazione dei propri bisogni e desideri – diventa, invero, la ragione e la principale giustificazione delle politiche pubbliche e, particolarmente, della fiscalità ambientale¹³,

e comunitari della fiscalità ambientale. La tassazione ambientale tra competenze comunitarie e nazionali, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2004, p. 12; S. CRISAFULLI, *Aspetti internazionali e comunitari della fiscalità ambientale. I rapporti fra tassazione ambientale e occupazione (il c.d. doppio dividendo)*, *ivi*, 2004, p. 117 ss.; G. D'ANDREA, *Aspetti internazionali e comunitari della fiscalità ambientale. La nozione di tributo ambientale*", in *ivi*, 2004, p. 105 ss.; F. PRINCIPATO, *Aspetti internazionali e comunitari della fiscalità ambientale. Le caratteristiche strutturali dei fenomeni inquinanti ed il loro tendenziale impatto globale*, *ivi*, 2004, p. 13 ss.

¹¹ In quest'ottica A. F. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, *cit.*, p.1849 ss.

¹² In argomento C. SCIANCALEPORE, *Cambiamenti climatici e green taxes*, Bari, 2016. Considerazioni simili sono ascrivibili già a G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano, 2008, p. 25, il quale evidenzia la necessità di regole comuni, tenuto conto di come «Se il mondo è unico, le politiche non possono essere diverse. Se il mondo è unico, le regole non possono essere parziali. O sono generali o non sono».

¹³ Per una accurata disamina della fattispecie dell'imposta ambientale si v. M. AULENTA, *Piccoli tributi crescono*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2020, p. 71; S. A. PARENTE, *Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, Torino, 2020, p. 879 ss. Per tale dottrina, considerando come l'intervento statale debba essere finalizzato non tanto a ripristinare lo status quo ante, ri-

utilizzata come strumento privilegiato per la realizzazione degli obiettivi perseguiti, tanto in virtù dell'istituzione di prelievi disincentivanti o di scopo, quanto per l'ideazione di ecoincentivi destinati a promuovere comportamenti «virtuosi»¹⁴.

L'introduzione di diverse forme di prelievo va, infatti, ad alterare l'equilibrio di mercato che si formerebbe naturalmente dall'incontro tra domanda ed offerta, attraverso il sistema regolatore dei prezzi, per scoraggiare i processi produttivi posti all'origine delle emissioni inquinanti, in virtù dell'internalizzazione dei costi ambientali nei prezzi di mercato¹⁵.

Tralasciando per evidenti ragioni di sintesi, la disamina delle principali caratteristiche riferibili ai trasferimenti a destinazione vincolata (cc.dd. *sussidi ambientali*), ai nostri fini, vale, anzitutto, segnalare come di tributi ambientali possa parlarsi con riferimento ad almeno tre tipologie di prelievo: la prima è costituita dalle imposte sulle emissioni con funzione disincentivante, applicate alla dispersione di sostanze inquinanti e riferibili alla quantità ed alla qualità dell'agente inquinante ed ai costi dei danni provocati all'ambiente; la seconda è rappresentata dai tributi sullo sfruttamento di talune risorse, volti alla copertura dei costi di trattamento, di raccolta e di smaltimento, nonché, dei costi amministrativi; nella terza rientrano, invece, i tributi sulla produzione o sul consumo, che si applicano su fattori

muovendo le conseguenze del pregiudizio ambientale, quanto piuttosto a prevenire condotte lesive dell'ecosistema e ad attuare misure di sostenibilità ambientale, sarebbe più corretto configurare il tributo ambientale come imposta, che come tassa. Ciò in ragione del fatto che trattasi di una prestazione pecuniaria resa in funzione della prevenzione e della riduzione del deterioramento ambientale. In caso contrario, si autorizzerebbe il soggetto agente a tenere condotte inquinanti, salvo sopportarne le spese di risanamento. L'aspetto risulta particolarmente evidente per quanto concerne le attività estrattive, poiché, in tal caso, l'imposizione riguarda l'utilizzo di una risorsa non rinnovabile ed è volta specificamente a sostenere le relative spese di ripristino e risanamento ambientale, senza incorporare una funzione preventiva.

¹⁴ Cfr. A. F. URICCHIO, *op. ult. cit.*, p. 1851.

¹⁵ In altri termini, la fiscalità ambientale rappresenta un'eccezione allo schema generale di mercato, perché va a correggere un segnale distorto assegnando un prezzo alla qualità ambientale che, pur avendo un valore, non ha un prezzo di scambio riconosciuto dal mercato, in tal modo rimediando al "fallimento del mercato", connesso alla mancata o inadeguata internalizzazione delle esternalità negative ambientali nei processi di produzione e consumo o al mancato riconoscimento delle esternalità positive associate al mantenimento dei servizi ecosistemici, nel breve e nel lungo periodo.

dannosi per l'ambiente, se utilizzati in applicazione del più generale principio «chi inquina paga»¹⁶.

In dottrina si suole, inoltre, distinguere tra tributi ambientali *in senso stretto* e tributi *con funzione ambientale*, posto che nei primi la fattispecie imponibile è rappresentata da una grandezza fisica che ha un comprovato impatto negativo sull'ambiente, in termini di danno, deterioramento, o di riduzione della disponibilità di una risorsa naturale; mentre, nei secondi l'ambiente si colloca all'esterno della fattispecie, rilevando solo su un piano extrafiscale¹⁷.

Entrambi i modelli di tributo sono, peraltro, in grado di incidere sui processi produttivi e sostenere gli interventi di valorizzazione del territorio o di contrasto degli effetti degli agenti inquinanti, ad esempio, incorporando il danno prodotto o, il depauperamento della risorsa naturale, nel prezzo dell'attività o del bene che produce le richiamate esternalità negative.

Su un piano economico occorre, infine, distinguere tra tributi ambientali *redistributori*, volti a finanziare interventi di salvaguardia e di bonifica ambientale, addossando i costi sugli inquinatori; e tributi ambientali *incentivanti* che, nel colpire le attività inquinanti, mirano a scoraggiarne l'esercizio.

A prescindere da siffatte classificazioni, a caratterizzare il gravame ambientale, generalmente, non è tanto la *ratio legis*, o l'obiettivo che si è inte-

¹⁶ Così A. DAIDONE, R. LUPI, *I tributi ambientali come collegamento tra "esternalità negative" e manifestazioni di ricchezza*, in *Dialoghi tributari*, 2013, p. 135.

In argomento si può distinguere, anche, tra: 1. *Energy taxes*: ossia tributi dovuti in aggiunta al prezzo dei prodotti energetici; 2. *Transport taxes*: ovvero tariffe volte a ridurre l'inquinamento legato ai trasporti; e, 3. *Pollution/resources taxes*: in cui rientrano tanto i prelievi dovuti dai soggetti che svolgono attività produttive inquinanti, quanto quelli che gravano sulle risorse energetiche che emettono anidride carbonica nell'atmosfera. Cfr. S. DORIGO, P. MASTELLONE, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive per la tassazione ambientale*, Roma, 2013, p. 26.

¹⁷ Sul punto F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 115 ss., secondo cui, la tutela dell'ambiente è una finalità, per sua natura "extrafiscale". I tributi con finalità ambientale sono stati tra le prime forme di intervento pubblico volte a tutelare le risorse naturali. Invero, la coattività del prelievo consentiva di far corrispondere ad ogni azione inquinante una contribuzione da parte dell'inquinatore. Originariamente, il legislatore europeo aveva inteso destinare le risorse reperite dagli ordinamenti nazionali al pagamento dei servizi e delle opere di risanamento ambientale. La salvaguardia ecologica veniva, dunque, considerata come una mera finalità politico-sociale. Per una approfondita disamina, cfr. R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012, p. 94.

so perseguire, quanto l'impatto ottenuto sul costo delle attività, o sui prodotti inquinanti, in una prospettiva meramente compensatoria¹⁸.

Gli strumenti fiscali tendono, invero, a favorire lo sviluppo di una nuova sensibilità ecologica, rendendo antieconomiche le condotte nocive e indirizzando i consumatori e gli operatori verso scelte compatibili con le esigenze di salvaguardia ambientale, in tal modo, anticipando la funzionalizzazione dello strumento impositivo alla prevenzione del danno, piuttosto che al suo mero risanamento.

Per quanto di nostro specifico interesse in questa sede, nel novero dei tributi ambientali rientrano, anche, le cc.dd. *imposte sulle risorse*, ossia i prelievi legati al consumo di materie prime, tra cui possono, certamente, ricomprendersi i tributi imposti alla attività di produzione in cava, introdotti da diversi Stati europei e, a livello regionale, anche dall'Italia.

È ad esempio, il caso della Svezia che, già nel 1996, introdusse la *Law Concerning a Tax on Natural Materials*, nel cui ambito, venne disciplinata un'imposta gravante su qualsiasi soggetto dedito allo sfruttamento di siti estrattivi autorizzati, che incorporava, tra l'altro, una tassa sull'estrazione e la commercializzazione della ghiaia naturale, la c.d. *Gravel Tax*¹⁹.

Le ragioni addotte dal legislatore svedese per giustificare l'introduzione del richiamato tributo erano molteplici e riguardavano, essenzialmente, la scarsità di questa materia prima sul territorio statale, la volontà di salvaguardare il paesaggio e, soprattutto, la necessità di tutelare la qualità delle acque nazionali, tenuto conto del ruolo svolto dalla ghiaia ai fini del convogliamento delle falde acquifere e della depurazione delle acque potabili e fognarie.

Siffatta normativa merita di essere segnalata a chi legge perché è stata in grado di comportare, in un periodo in cui la sensibilità verso le tematiche ambientali era certamente meno sviluppata di oggi, l'importante effetto secondario della progressiva trasformazione del mercato estrattivo nazionale, poi sfociata nell'implementazione di pratiche ispirate ai principi propri dell'economia circolare, tenuto conto di come la riduzione del con-

¹⁸ In argomento A. ZATTI, *Verso una riallocazione verde dei bilanci pubblici*, Pavia, 2017, p. 4, ove si precisa come possono considerarsi ambientali finanche «quelle forme impositive che, pur essendo state introdotte per altri fini, esercitano effetti disincentivanti rispetto a comportamenti dannosi o potenzialmente dannosi sull'ecosistema».

¹⁹ In argomento J.P. TIEMSTA, *Wasting time and wasting the earth*, in *International Journal of Social Economics*, 2002, p. 260 ss.; G. LINDGREN, *Taxation of raw materials and chemical compounds. An overview of theory and practice*, Stockholm, 2003.

sumo di ghiaia naturale si sia ivi accompagnata ad una accresciuta competitività degli aggregati secondari.

Il caso in esame vale, invero, ad attestare l'importante ruolo giocato dallo *status quo* del mercato estrattivo nel contesto territoriale in cui la disciplina fiscale va ad innestarsi.

Ove si faccia riferimento a Stati che soffrono di una limitata capacità produttiva, a causa della scarsità della risorsa, e su cui, gravi l'onere dell'importazione, la spinta verso un'incentivazione del mercato del riciclo è, infatti, più importante di quella che caratterizza territori che vantino una maggiore presenza di siti di produzione attivi.

Altrettanto rilevanti, ai fini del buon esito delle politiche ambientali, appaiono, inoltre, le caratteristiche riferibili alla disciplina domestica sulla gestione dei rifiuti, i numeri dello smaltimento e del recupero e la presenza di aree suscettibili di essere destinate a discarica.

Ciò in quanto, tali fattori incidono sulle scelte dei legislatori statali di adottare o meno misure che penalizzino lo smaltimento in discarica degli scarti C&D idonei al riciclo, eventualmente attraverso un consistente aumento della tassa di conferimento o la predisposizione di regole stringenti in materia.

In ambito sovranazionale, ad occuparsi di questa specifica problematica è stata, anzitutto, la direttiva UE 2008/98/CE, la quale si pose come obiettivo il raggiungimento del 70% di riciclo di rifiuti C&D, entro il 2020, sull'assunto che un maggiore riciclo equivallesse a una diminuzione dei volumi conferiti in discarica, a un minor impatto ambientale e a una riduzione dell'utilizzo di materiali vergini estratti da cave, posto che attraverso la pratica del recupero degli scarti il rifiuto diviene risorsa.

Tale normativa, che demandava agli Stati la scelta misure attraverso cui conseguire i richiamati risultati, non ha, tuttavia, sortito gli effetti sperati, posto che la maggior parte dei Paesi europei alla data prevista era ancora lontano dal conseguimento di suddetto traguardo.

Su tale fallimento ha, certamente, pesato la disomogeneità delle normative introdotte e l'incapacità dei legislatori nazionali di individuare una metodologia comune di quantificazione delle "unità fisiche inquinanti", che consistono in porzioni quantitative di ambiente, il cui consumo o utilizzo consenta di misurare oggettivamente il deterioramento dell'ecosistema e, dunque, l'inquinamento.

Ad esempio, nell'ordinamento tedesco, l'imposta sui rifiuti è stata

commisurata alla quantità di spazzatura generata dall'inquinatore, di guisa che l'unità fisica inquinante sia stata identificata nei chilogrammi di rifiuti prodotti e non immessi nei sistemi di riciclo; mentre, nell'ordinamento francese, la stessa imposta è stata desunta dalla rendita catastale dell'unità immobiliare ed è indipendente dal volume dei rifiuti prodotti, risultando dovuta anche in totale e costante assenza di elementi di scarto.

Tra i pochi esempi virtuosi nella predisposizione di *best practices* relative al riciclo, può, invece, segnalarsi la Danimarca. Invero, la scarsità di siti produttivi di aggregati ha indotto il legislatore danese ad introdurre, già nel 1987, la c.d. *Waste Tax*, con l'intento di rendere antieconomico il conferimento a discarica di rifiuti C&D che potevano invece essere riciclati e reimpiegati²⁰.

All'epoca, il prelievo era limitato agli scarti industriali e commerciali conferiti agli impianti di raccolta dei rifiuti provenienti dai sistemi comunali, mentre non erano ricompresi nella base imponibile i materiali conferiti alle discariche private per rifiuti inerti.

La disciplina adottata, che prevedeva, peraltro, la possibilità di rimborso per i rifiuti successivamente rimossi dagli impianti registrati, allo scopo di incentivare le aziende e gli impianti di incenerimento a separare i rifiuti con finalità di riciclaggio, mirava, anche, a evitare la doppia tassazione dei materiali che venissero inceneriti e smaltiti in siti diversi.

Il gettito dell'imposta è stato utilizzato per finanziare regimi di sovvenzione di riciclaggio e tecnologie pulite; e oggi, proprio grazie a questa strategia, detto Stato detiene il primato assoluto europeo per il recupero dei materiali da costruzione e gli scarti di inerti, con oltre il 90% di materiali C&D recuperati e reimpiegati nei settori edili e delle infrastrutture.

La disarmonia tra i vari sistemi impositivi nazionali sembrerebbe, peraltro, superata a seguito dell'emanazione della direttiva 2018/851/UE, del 30 maggio 2018, secondo cui, l'imposizione fiscale deve ricadere diretta-

²⁰ Il testo della legge chiarisce che «The purpose of the proposed tax is to reduce the amount of waste going to incineration or landfills. The tax will promote recycling and incite companies to apply low waste technologies» (Lovforslag n. L176, sp. 4425). All'entrata in vigore della normativa in oggetto, l'entità del tributo per il conferimento a discarica dei rifiuti C&D era stato fissato in € 5,3 per ogni tonnellata di rifiuti da costruzione, divenuti già € 50 per tonnellata nel 1993, e poi oggetto di un progressivo aumento nel tempo. Sul punto v. M.S. ANDERSEN, N. DENGSOE, S. BRENSTRUP, *Waste tax 1987 – 1996 – an ex post evaluation of incentives and environmental effects*, in *Working report from the Danish Environmental Protection Agency*, 1999.

mente sull'effetto inquinante, gravando sulla produzione di rifiuti e sulla loro "non" immissione nei circuiti di riciclo.

Siffatto documento prescrive agli Stati membri di avvalersi di tasse sui rifiuti che risultino proporzionali alle quantità prodotte; anche richiamandoli alla necessità di incentivare la prevenzione e il riciclo, attraverso l'introduzione di misure che rendano meno conveniente il collocamento in discarica, in ossequio al principio *pay-as-you-throw*, da declinarsi in «regimi di tariffe puntuali che gravano sui produttori di rifiuti sulla base della quantità effettiva di rifiuti prodotti e forniscono incentivi alla separazione alla fonte dei rifiuti riciclabili e alla riduzione dei rifiuti indifferenziati».

Nella prospettiva accolta, l'ammontare della tariffa deve, quindi, essere correlato alla quantità e alla qualità di rifiuti prodotti da ciascuna utenza, di guisa che chi produca più rifiuti, soprattutto non differenziati, e dunque usufruisca di più servizi, debba pagare di più, mentre risulti incoraggiato chi ponga in essere comportamenti *virtuosi*²¹.

Per questa via, gli utenti finiscono, dunque, per essere cointeressati al raggiungimento di obiettivi ambientali fissati a livello dell'U.E., quali, la minore produzione di rifiuti, l'incentivazione della differenziazione, un minor utilizzo del servizio di discarica e un aumento del riciclo.

3. *La tassazione delle attività estrattive nell'ordinamento giuridico italiano*

In Italia, l'industria estrattiva di aggregati si caratterizza per la prevalente presenza di imprese di medie e piccole dimensioni e per l'esistenza di un elevato numero di siti di produzione, di guisa che non sussista carenza in termini di reperibilità di aggregati vergini sul territorio.

A livello normativo, la disciplina di riferimento è, ancora, il Regio Decreto n. 1443, del 1927, che si proponeva di incentivare lo sviluppo dell'attività di cava, senza tener conto delle questioni ambientali che, ai tempi, non costituivano oggetto di indagine, né di attenzione.

Più recentemente, in ottemperanza ai dettami costituzionali, la regolamentazione dell'estrazione dei minerali non energetici è confluita tra le

²¹ In argomento A. TROPEA, *L'armonizzazione europea della tassa sui rifiuti. L'applicazione del principio pay as you throw*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2019, p. 703.

competenze regionali esclusive, con tutte le conseguenze in termini di disorganicità che l'assenza di parametri legislativi unici ha determinato²².

Per questa via, anche i canoni estrattivi sono stati, dunque, regolamentati su base regionale, con importanti effetti distorsivi in termini di concorrenzialità tra gli operatori dislocati sul territorio nazionale.

Tali profili sono stati, da ultimo, evidenziati dal *Rapporto Cave 2021*, di Legambiente²³, che segnala, peraltro, come tra le Regioni che impongono un maggiore prelievo fiscale all'attività di estrazione di aggregati si annoveri la Campania.

Invero, in siffatto contesto, gli operatori del settore estrattivo di aggregati sono sottoposti: a) al contributo *ex art.* 18, L.R.C. n.54/1985, da versare, annualmente, al Comune o ai Comuni interessati, a titolo di contributo sulla spesa necessaria per gli interventi pubblici ulteriori, rispetto alla mera ricomposizione dell'area; b) al contributo *ex art.* 17, L.R. n.15/2005, imposto per la realizzazione e l'avviamento dell'aeroporto di Pontecagnano, che sottopone a prelievo, indistintamente, tutto il materiale estratto, indipendentemente dal pregio allo stesso riferibile; e, c) al contributo ambientale, *ex art.* 19, L.R. n.1/2008, che impone ai titolari di autorizzazioni estrattive il pagamento alla Regione di un prelievo diversificato in base alla tipologia di aggregato estratto, destinato per il 50% ad alimentare il Fondo per la ecosostenibilità, di cui all'art. 15 e per il restante 50% al finanziamento delle spese concernenti i lavori di recupero ambientale²⁴.

²² Più esattamente, la competenza legislativa in materia di cave è stata trasferita alle Regioni con il D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, mentre per quanto concerne le miniere si fa riferimento al d.lgs. 31/3/1998 n. 112 e al d.lgs. 22 giugno 2012 n. 83. Sul regime tributario degli atti dispositivi di beni minerari: G. TABET, *Profili Tributari dei contratti minerari*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2021, p. 477 ss., che distingue i contratti che hanno ad oggetto il diritto al godimento del giacimento minerario, da quelli relativi alla disposizione dei prodotti della cava, analizzando i relativi risvolti sul piano tributario.

²³ E. ZANCHINI, G. NANNI, *Rapporto Cave 2021. La transizione dell'economia circolare nel settore delle costruzioni*, Ufficio Clima di Legambiente, 2021.

²⁴ In argomento, giova segnalare come la richiamata legislazione regionale campana in materia di cave sia stata oggetto della questione di legittimità sollevata dalla Commissione Tributaria Provinciale di Napoli con ordinanza del 17 maggio 2016, su cui la Corte costituzionale si è pronunciata con sentenza 8 marzo 2018, n. 52, di inammissibilità sull'assunto che spettasse al remittente argomentare la natura tributaria delle prestazioni in esame. Sia consentito rimandare a C. FONTANA, *Legislazione tributaria regionale e tutela del paesaggio e dell'ambiente*, in E. PETRONCELLI (a cura di), *Il Paesaggio. Un tema transdisciplinare*, Napoli, 2019, p. 57 ss.

Approccio diametralmente opposto si registra, invece, in Regioni come la Valle D'Aosta, la Sardegna e la Basilicata, che non percepiscono alcun canone dall'industria degli aggregati, assumendone la strategicità ai fini dello sviluppo socioeconomico locale.

In una diversa prospettiva, ancora da segnalare, è, infine, il caso della Regione Umbria, in cui si è ritenuto di contrastare la crisi che ha investito il settore estrattivo e edilizio, prevedendo una sensibile riduzione dell'importo del canone estrattivo.

Pur in assenza di una disciplina statale di riferimento, i criteri di determinazione della base imponibile utilizzati dai legislatori regionali risultano, comunque, generalmente, accomunati dalla scelta di commisurare il *quantum* del prelievo alla quantità del materiale estratto e alla tipologia di aggregato.

Per questa via, la sottoposizione al canone di estrazione non dipende, quindi, dalla titolarità pubblica o privata del sito di produzione, né dalla sua capacità di produzione reddituale.

Ai nostri fini, il passaggio fondamentale diventa, pertanto, quello di appurare la natura riferibile ai prelievi introdotti.

Tali profili sono stati indagati dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui, non è possibile attribuire ai canoni in esame natura *stricto sensu* tributaria, sull'assunto di come gli stessi difettino di una funzione contributiva al bilancio degli enti locali e/o commutativa di un servizio²⁵.

I medesimi prelievi assumono, invece, una funzione chiaramente indennitaria del costo amministrativo e del pregiudizio correlato allo sfruttamento del suolo, in virtù della deturpazione del paesaggio e dell'impatto ambientale cagionato dalle attività di cava che, pur formalmente legittime, poiché autorizzate dalla legge, risultano parimenti nocive per il territorio in cui si esercitano²⁶.

²⁵ Per la giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 269 e n. 236 del 2017 e sentenza n. 89 del 2018), indipendentemente dal suo *nomen iuris*, una fattispecie deve ritenersi «di natura tributaria, laddove si riscontrino tre indefettibili requisiti: la disciplina legale deve essere diretta, in via prevalente, a procurare una definitiva decurtazione patrimoniale a carico del soggetto passivo; la decurtazione non deve integrare una modifica di un rapporto sinallagmatico; le risorse, connesse ad un presupposto economicamente rilevante e derivanti dalla suddetta decurtazione, debbono essere destinate a sovvenire pubbliche spese».

²⁶ Coerentemente con l'art. 191 TFUE, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130 il costo del disa-

In altri termini, detti canoni si ricollegano alle caratteristiche intrinseche dell'attività considerate, in riferimento alle esternalità negative ad esse connesse e al carico di lavoro prodotto sugli organi amministrativi periferici, per attività come pianificazione e programmazione territoriale, nonché per le ispezioni e i controlli dei siti coinvolti.

Per questa via, il gettito che ne risulta è, per lo più, destinato a finanziare investimenti compensativi, ovvero a coprire i costi collaterali associati all'estrazione, attraverso il finanziamento di interventi di conservazione e di bonifica del territorio.

Sebbene informato a principi ispiratori assolutamente condivisibili, i prelievi sull'attività estrattiva introdotti nel nostro Paese non sembrano, peraltro, aver sortito effetti rilevanti ai fini della transizione ecologica, posto che i legislatori regionali, nell'implementarli, non hanno inteso avviare politiche di sostenibilità ambientale volte a favorire la riduzione della produzione di aggregati vergini a favore del recupero, ma hanno, più semplicemente, agito allo scopo di interiorizzare i costi legati alla gestione amministrativa e al pregiudizio ambientale dell'iniziativa imprenditoriale nel processo produttivo stesso.

Proprio tali rilievi, in uno all'assenza di un approccio normativo comune a livello nazionale e all'entità generalmente molto esigua del prelievo fiscale a cui risulta sottoposta l'attività di cava, valgono ad argomentare la sostanziale mancanza di interrelazioni tra i canoni estrattivi vigenti e il perseguimento degli obiettivi di transizione ecologica imposti a livello dell'UE.

Considerazioni critiche possono riferirsi anche alla disciplina introdotta in materia di rifiuti. Per quanto concerne l'attività di riciclo, secondo i dati ISPRA, l'Italia recupera il 74% dei rifiuti C&D prodotti annualmente. Tuttavia, questi materiali vengono recuperati e stoccati, senza trovare alcun effettivo reimpiego nella filiera dell'edilizia.

Da un punto di vista normativo, il tema dello smaltimento e trattamento dei rifiuti rappresenta il crocevia del temperamento di beni di rango costituzionale come la salute e la tutela dell'ambiente.

Per la consolidata giurisprudenza costituzionale, la tutela dell'ambiente costituisce una materia trasversale e onnicomprensiva, con risvolti rilevanti sulla sfera delle competenze regionali²⁷, dal che discende che la disciplina

gio prodotto grava quindi su chi lo produce.

²⁷ Corte cost., sentenze n. 249/2009; n. 380/2007; n. 54/2012; n. 151/2018; n.

dei tributi per il conferimento a discarica, pur rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, ammetta l'esercizio della potestà legislativa regionale, nei limiti consentiti dalla legge statale e nel rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Il tributo per il conferimento in discarica è, dunque, un tributo proprio derivato, istituito da legge statale, il cui gettito è attribuito alle Regioni²⁸.

Tale prelievo a prevalente finalità ecologica, mira a ridurre la produzione di rifiuti e a favorirne il recupero e si applica a tutti i rifiuti solidi e ai fanghi c.d. palabili, conferiti in discarica, oltre che agli impianti di incenerimento senza recupero di energia, o comunque classificati esclusivamente come impianti di smaltimento mediante l'operazione "D10 Incenerimento a terra", ai sensi del d.lgs. n. 152/2006 e successive modifiche.

Soggetto passivo è il gestore dell'impianto di smaltimento, con l'obbligo di rivalsa su chi effettua i conferimenti. Ad essere assoggettati al tributo sono, inoltre, coloro che esercitano attività di discarica abusiva, coloro che abbandonano, scaricano, depositano in modo incontrollato rifiuti e chi gestisca rifiuti senza autorizzazione. Per le discariche abusi-

215/2018; n. 289/2019. In dottrina, V. GUIDO, *L'imposta regionale sulle cave e miniere: una proposta di fiscalità ambientale propria per il Legislatore regionale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2015, p. 250 ss., che pone in luce come «La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema rileva contemporaneamente a livello statale e locale. Le competenze concorrenti e quelle residuali affidate alle Regioni nelle numerose materie strettamente correlate con l'ambiente (urbanistica, trasporti, viabilità, agricoltura, cave e miniere ecc.) devono quindi essere esercitate con la consapevolezza dell'importanza accordata a livello statale e sovranazionale alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»; nonché C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale dell'ambiente: un profilo critico*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2022, p. 119 ss.; In argomento si v., anche, C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio «chi inquina paga»*, in *Rass. trib.*, 2003.

²⁸ In argomento M. AULENTA, *Velleità e rattrappimenti tributari negli assetti finanziari degli enti territoriali*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2017, p. 467 ss., che denota come: «La finanza territoriale italiana si è sempre espressa, anche prima della promulgazione dall'art. 1 della L. n. 281/1970, come finanza derivata di trasferimento; per cui la decisione sul quantum delle risorse da destinare a Regioni ed Enti locali nonché la politica sulle basi imponibili da incidere è sempre stata statale [...]. La natura derivata della finanza locale ha contribuito a deresponsabilizzare i diversi governi regionali e locali, non dovendo gli amministratori locali darsi da fare per procacciare le entrate necessarie a finanziare la spesa pubblica sul territorio di propria competenza. La finanza di tipo derivato ha comportato una visione ristretta dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali che, invece, era prevista espressamente dall'art. 119 della Costituzione, riducendola ad una mera autonomia di spesa».

ve, coobbligati in solido al pagamento del tributo e delle relative sanzioni, sono, in specie, il proprietario del terreno in cui insiste la discarica e l'utilizzatore della stessa.

L'ammontare del prelievo è determinato annualmente con legge regionale e la base imponibile dell'imposta fa riferimento al quantitativo dei rifiuti conferiti.

Tra i più recenti provvedimenti del legislatore italiano in materia di rifiuti occorre, inoltre, richiamare il decreto *End Of Waste* (D. lgs. 27 settembre 2022, n. 152)²⁹.

Tale decreto, emanato dal Ministero della Transizione Ecologica è, invero, intervenuto sulla disciplina in esame introducendo criteri specifici, nel rispetto dei quali, i rifiuti inerti derivanti dalle attività di costruzione e di demolizione e gli altri rifiuti inerti di origine minerale sottoposti a operazioni di recupero cessano di essere qualificati come *rifiuti*, ai sensi dell'art. 184-ter, del d.lgs. 152/2006, per essere, viceversa, classificati quali *aggregato recuperato*, di guisa da potersi considerare come *prodotto*, laddove conformi ai criteri prestabiliti in sede normativa.

Il legislatore ha, invero, predisposto un elenco di rifiuti ammessi alle operazioni di recupero, prescrivendo il controllo visivo del materiale in ingresso e l'esame della documentazione a corredo, nonché, *qualora se ne ravveda la necessità*, dei controlli supplementari, e infine, la verifica sull'aggregato recuperato, mediante l'esame della presenza di determinate sostanze in misura inferiore rispetto ai parametri stabiliti dalla legge.

Lo stesso provvedimento limita, inoltre, l'impiego degli aggregati recuperati in oggetto al perseguimento di scopi specifici tra cui, ad esempio, la realizzazione di sottofondi stradali e il confezionamento di calcestruzzi e miscele.

La normativa introdotta, per tutelare la salute umana e l'ambiente, in-

²⁹ La nozione di "*end of waste*" nasce nell'ambito della direttiva quadro sui rifiuti (2008/98/CE), il cui art. 6 afferma che «un rifiuto cessa di essere tale quando è sottoposto ad un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio, e soddisfa i criteri specifici da elaborare conformemente alle seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto è comunemente utilizzata/o per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana». Tale definizione è stata, poi, ripresa dall'ordinamento italiano, già nell'art. 184-ter, comma 1, d.lgs. n. 152/2006.

roduce, quindi, requisiti e parametri limite così stringenti da ridurre, paradossalmente, le maglie del recupero ed aumentare, di rimando, il volume di rifiuti da conferire in discarica, con grave nocimento dell'industria del riciclo e dell'economia circolare.

Tra le più evidenti criticità del decreto in esame sembra esserci, *in primis*, l'incertezza applicativa riferibile all'elenco dei rifiuti allo stesso allegato, non risultando chiaro se questi ultimi possano essere qualificati direttamente come rifiuti inerti *ex lege*, o se occorra, viceversa, accertarne, di volta in volta, la natura.

Il legislatore ha, inoltre, mancato di operare una qualsiasi distinzione tra i materiali in base alla destinazione d'uso e neppure precisa quali debbano essere le modalità concrete di demolizione selettiva.

In buona sostanza, il quadro, fin qui sia pur brevemente delineato, sembra evidenziare come il combinato disposto delle norme italiane sui canoni di estrazione, le tasse sul conferimento a discarica e la recente disciplina sulla gestione dei rifiuti inerti rappresentino, allo stato, misure assolutamente insufficienti – quando non, addirittura, controproducenti – rispetto alla necessità di sostenere il recupero e, per questa via, di favorire la transizione ecologica del Paese.

4. La “ricetta” anglosassone: l'aumento dei canoni di estrazione quale strumento mediante cui incentivare la filiera del riciclo

Per quanto di nostro interesse in questa sede, un esempio virtuoso di legislazione nazionale ambientale in materia estrattiva è sicuramente quello anglosassone.

Diversamente dall'Italia, la Gran Bretagna conta poche società operanti nel settore degli aggregati, ognuna delle quali detiene un'importante fetta del mercato di riferimento.

In siffatto contesto, ogni anno si producono, in media, quarantacinque milioni di tonnellate di aggregati vergini e ben sessantaquattro milioni di tonnellate di aggregati secondari, grazie ad una efficiente filiera del recupero di rifiuti C&D, che rappresentano il 44 % della quantità complessiva dei rifiuti prodotti nel Paese.

La regolamentazione del settore estrattivo è demandata all'Assessorato all'Ambiente e delle politiche agricole (DEFRA), il quale agisce a salva-

guardia dell'ambiente, promuovendo una gestione responsabile delle risorse naturali, volta anche a mantenere stabili i livelli di crescita economica e occupazionale; e al Ministero dell'Edilizia abitativa, delle Comunità e degli Enti locali, il quale appronta le norme edilizie nazionali.

Tali Istituzioni sono intervenute nella regolamentazione del settore estrattivo di aggregati attraverso l'introduzione di due misure impositive: 1. la *Landfill Tax*, introdotta nel 1996, ossia l'imposta sul conferimento a discarica, e, 2. la *Aggregate Levy*, del 2002, cioè la tassa sugli aggregati.

La *Landfill Tax*, salutata dalla compagine governativa come la "*prima tassa inglese con esplicito scopo di tutela ambientale*", mira a ridurre i livelli complessivi di rifiuti conferiti a discarica e ad incoraggiare i sistemi di gestione alternativa dei rifiuti.

Nell'accrescere i costi di conferimento a discarica la stessa finisce, invero, per rendere più appetibili e convenienti le nuove tecnologie ecologiche di trattamento dei rifiuti.

Prima della sua effettiva introduzione, una consultazione con i rappresentanti delle industrie aveva indotto i suoi proponenti a suddividere l'imposta in due fasce di contribuzione, distinte in base alla tipologia di rifiuto conferito a discarica; e a virare da un prelievo *ad valorem* a uno basato sul quantitativo di materiale conferito.

Ne è scaturito un tributo, la cui entità varia in base alla tipologia di rifiuto (inerte o non inerte) e commisurato al quantitativo conferito, di guisa che il flusso di conferimenti più interessato dal prelievo fiscale sia stato proprio quello dei rifiuti C&D.

Per quanto concerne gli aggregati e i rifiuti edilizi, al momento dell'entrata in vigore della tassa, il loro conferimento a discarica aveva un costo di ventitré euro a tonnellata.

Tale importo è, tuttavia, risultato, sin da subito, troppo esiguo per conseguire gli obiettivi di riduzione dei conferimenti a discarica che il legislatore si era prefigurato, ragion per cui si è optato per un graduale aumento dello stesso che ha poi contribuito a decretare il successo della misura introdotta.

Invero, per questa via, la *Landfill Tax* si è, rapidamente, dimostrata in grado di incidere sulla condotta dei cittadini e degli operatori economici, inducendoli a ridurre la mole dei rifiuti conferiti in discarica. L'implementazione della stessa si è, pertanto, rivelata un tassello fondamentale nello sviluppo dell'industria del riciclaggio dei materiali compatibili per il riuso

in edilizia, tanto da consentire alla Gran Bretagna di radicare con successo pratiche di riciclo efficienti e di raggiungere il 70% di recupero dei materiali C&D.

Altrettanto positiva è stata l'esperienza legata all'introduzione della c.c. *Aggregate Levy*, l'imposta sull'estrazione di sabbia e ghiaia da cava. Siffatto tributo è stato istituito con due finalità: da un lato, in funzione prettamente indennitaria e, dunque, a compensazione dei costi ambientali associati all'estrazione degli aggregati (tra i quali le polveri, i rumori, l'impatto paesaggistico, i danni alla biodiversità); dall'altro, come strumento mediante cui indirizzare il mercato verso una riduzione della domanda di aggregati vergini, a vantaggio di quelli riciclati.

Il gettito del prelievo, dal 2002 al 2011, è confluito in un unico fondo nazionale, l'*Aggregates Levy Sustainability Fund*, destinato a finanziare interventi di recupero e di manutenzione ambientale, tra cui, quelli destinati a ridurre gli effetti dell'estrazione di aggregati sui territori circostanti al sito di produzione; a promuovere modalità di estrazione e di trasporto della materia prima ecosostenibili; e a ridurre la domanda di aggregati vergini.

Nella sua versione iniziale, soggetti passivi del canone erano tutti gli operatori economici che svolgessero attività di estrazione di aggregati vergini ai fini della commercializzazione; e ciò, indipendentemente dalla quantità di materiale estratto e dalla tipologia allo stesso riferibile, fatte salve alcune eccezioni espressamente previste dalla legge, come quelle previste per l'argilla, la terra e altri materiali organici.

Ulteriori esenzioni riguardavano, inoltre, il materiale destinato all'esportazione e quello recuperato e poi reimpiegato nell'industria edile.

Attualmente, l'entità del prelievo fiscale equivale a circa il 20% del prezzo medio di una tonnellata di aggregato. In data 1° aprile 2023 sono, nondimeno, entrate in vigore alcune importanti modifiche della normativa vigente che sembrano attestare l'intenzione del legislatore di rafforzare ulteriormente gli sforzi volti all'implementazione di un'economia circolare.

Invero, la disciplina introdotta riduce i casi di esenzione dall'applicazione del prelievo, di guisa che esso gravi, anche, sugli aggregati estratti da siti di produzione temporanei, preordinati al solo scopo di fornire materiale per uno specifico progetto edile o infrastrutturale.

Permane, invece, lo sgravio per gli aggregati estratti e reimpiegati presso il medesimo sito di produzione, o presso un sito limitrofo, ma solo nel perseguimento di scopi agricoli o forestali.

Viene, inoltre, previsto un ulteriore importante caso di esenzione riguardante tutti i sottoprodotti scaturenti dal recupero e dall'attività edilizia, in tal modo ampliandosi la classe degli aggregati secondari.

Tali disposizioni normative, che assecondano un trend positivo che dura ormai da quasi un quarto di secolo, sono state certamente coadiuvate dalle peculiari condizioni del territorio di riferimento e, particolarmente, dalla scarsità di aggregati naturali e di siti estrattivi, che rappresentano, certamente, un importante stimolo nella corsa della Gran Bretagna verso l'economia circolare.

D'altra parte, la transizione ecologica rappresenta, attualmente, un'urgenza rispetto alla quale non sembra comunque più possibile tergiversare.

In questi termini, una generalizzata revisione della fiscalità in funzione ambientale sembra poter costituire un valido strumento, mediante cui favorire il cambiamento.

In Italia, l'utilizzo di aggregati secondari in sostituzione degli aggregati vergini rappresenta ancora una pratica agli albori per una serie di ragioni, tra cui la mancanza di investimenti per garantire una effettiva transizione ecologica, nonché, la copiosità di siti estrattivi, che inibiscono il passaggio verso una gestione più etica di una risorsa ancora, tutto sommato, disponibile.

Una soluzione potrebbe essere, tuttavia, quella di rendere economicamente vantaggioso l'utilizzo degli aggregati secondari a scapito di quelli prodotti in cava.

Ciò significherebbe, da un lato, introdurre canoni di estrazione analoghi a quelli previsti in Gran Bretagna e, dunque, pari ad almeno il 20% del prezzo di vendita; e, dall'altro, trasformare il conferimento a discarica dei rifiuti C&D in una pratica antieconomica tramite l'innalzamento della relativa imposizione.

In buona sostanza, bisognerebbe rendere la transizione verso un'economia circolare uno sbocco forzato per gli operatori del settore.

Recenti studi hanno, peraltro, evidenziato l'esistenza di una relazione macroeconomica tra il gettito fiscale legato all'ambiente e il tasso di crescita economica³⁰.

Diversamente da quanto accade nei Paesi in via di sviluppo, negli Stati

³⁰ M. HASSAN, W. OUESLATI, D. ROUSSELIÈRE, *Environmental taxes, reforms and economic growth: an empirical analysis of panel data*, in *Economic Systems*, 2020.

ad alto livello di reddito i provvedimenti impositivi a finalità di tutela ambientale, sembrano, invero, contribuire, nel lungo termine, alla promozione del tasso di crescita economica del Paese.

Più precisamente, maggiore è il prodotto interno lordo *pro capite*, più le entrate fiscali correlate a imposte ambientali determinano un aumento del tasso di crescita economica, contribuendo a precorrere i tempi necessari perché le infrastrutture economiche e sociali si conformino all'ineludibile evoluzione del mercato verso investimenti sempre orientati al *problem solving* della crisi climatica ed ambientale.

In questa prospettiva, non solo, il *Green Business* finisce, dunque, per rappresentare la nuova frontiera della speculazione commerciale ma, operare una celere trasformazione degli assetti politico-economici secondo i canoni della gestione sostenibile delle risorse e con attenzione ai principi della tutela ambientale potrebbe diventare la strada agevole da percorrere per preparare le economie europee alle sfide del futuro, salvaguardando la competitività delle nostre industrie e dei nostri operatori economici.

5. *Tassare i grandi patrimoni per finanziare la transizione ecologica e sociale: profili evolutivi della fiscalità ambientale europea*

Se la tesi di Alexander Langer, secondo cui, *la conversione ecologica potrà affermarsi soltanto se apparirà socialmente desiderabile*³¹, è corretta, in quest'ambito, un grande passo avanti è stato, certamente, segnato dall'iniziativa popolare dal titolo "*Taxing great wealth to finance the environmental and social transition*" registrata dalla Commissione europea nel mese di luglio 2023.

Tale iniziativa propone di rendere permanenti le politiche di transizione ecologica e sociale equa e democratica avviate negli ultimi anni dalle Istituzioni europee, introducendo, su iniziativa della Commissione, una tassa sui grandi patrimoni, destinata ad accelerare la lotta contro il cambiamento climatico e le disuguaglianze.

Invero, siffatto prelievo, da un lato, potrebbe, generare un gettito atto a cofinanziare le più recenti politiche di transizione ecologica e sociale perse-

³¹ Cfr. A. LANGER, *La conversione ecologica potrà affermarsi soltanto se apparirà socialmente desiderabile*, in *Colloqui di Dobbiaco*, 1994, disponibile su: www.alexanderlanger.org.

guite dall'UE; e, dall'altro, risponderebbe ai numerosi appelli della società civile per l'introduzione di un'imposta progressiva sulle ricchezze estreme.

Nell'ottica dei suoi promotori, l'imminente direttiva sull'introduzione di un livello minimo di tassazione mondiale per i gruppi multinazionali nell'Unione europea ha già dimostrato che l'Unione è in grado di concordare una maggiore equità fiscale, anche in ossequio agli indirizzi emersi nella Conferenza sul futuro dell'Europa che ha, recentemente, sottolineato la necessità di armonizzare la politica fiscale e di utilizzare questa leva per combattere la crisi ambientale.

Tre le principali richieste alla Commissione contenute nell'iniziativa registrata:

1. La presentazione di una proposta di direttiva per l'istituzione di una tassa europea sulle grandi fortune, da emanarsi sulla base dell'art.115 TFUE, sull'assunto che le disparità nazionali nella tassazione degli ultra-ricchi possano alimentare una maggiore concorrenza fiscale all'interno dell'UE e creare distorsioni nel mercato interno, di guisa da rendere necessarie l'adozione di approcci strategici comuni e l'avvio di azioni coordinate per massimizzare l'impatto positivo della tassazione sugli ultra-ricchi.
2. La proposta di una modifica alla decisione 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, sulla base dell'art. 311, par. 3, TFUE, volta a consentire all'imposta sul patrimonio europeo di contribuire al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea. La proposta di una modifica alla decisione 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, sulla base dell'art. 311, par. 3, TFUE, volta a consentire all'imposta sul patrimonio europeo di contribuire al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea.
3. La presentazione di una proposta di regolamento destinata a rafforzare il Fondo di resilienza e preparazione (RRF), i fondi legati alla *Green Deal* e la politica di coesione, attraverso l'introduzione di un vicolo di destinazione delle nuove risorse proprie derivanti dalla tassa sui grandi patrimoni a una giusta transizione ecologica e sociale e alla alimentazione delle politiche dell'UE e degli Stati membri dedicate a questo scopo.

La patrimoniale europea che si chiede di introdurre si configurereb-

be come un'imposta progressiva sulla ricchezza delle persone più agiate dell'U.E. Soggetti passivi del prelievo dovrebbero, infatti, essere i cc.dd. ultraricchi, da definirsi Paese per Paese, a causa delle differenze economiche, fiscali e sociali tra gli Stati membri.

Il gettito di siffatto tributo dovrebbe essere utilizzato per finanziare politiche sociali ed ecologiche, come la transizione energetica, la protezione sociale e la solidarietà all'interno dell'UE, attraverso il Fondo per lo sviluppo e la resilienza (RRF), i fondi per il *Green Deal* e la politica di coesione.

In altri termini, laddove si riuscissero a raccogliere entro l'ottobre 2024 le firme necessarie, quella da introdurre sarebbe la prima imposta europea espressamente destinata a finanziare la transizione ecologica.

Un chiaro segno che i tempi sono, finalmente, maturi per una riforma della fiscalità in chiave ambientale che sia in grado di incidere sulle condotte dannose e sugli importanti profitti che dalle stesse derivano, a beneficio di attività economiche più attente alle proprie ricadute in termini di inquinamento e di depauperamento delle risorse naturali e, dunque, più rispettose di quel *diritto al futuro* che troppo spesso, in passato, le politiche pubbliche sembrano aver tralasciato.

POLITICHE DI CONTRASTO ALLA POVERTÀ ENERGETICA NEL MERCATO UNICO EUROPEO

Gabriella De Maio*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno della povertà energetica e la necessità di una transizione equa ed inclusiva. – 2. Il difficile inquadramento della povertà energetica: la tecnica UE del rinvio al “contesto nazionale” e il ruolo dei Piani Nazionali Integrati per l’Energia ed il Clima. – 3. L’evoluzione delle politiche europee di contrasto alla povertà energetica in tempi di crisi geopolitica: responsabilizzazione dei consumatori e rilancio dei territori. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Il fenomeno della povertà energetica e la necessità di una transizione equa ed inclusiva*

Il momento storico che stiamo attraversando – in cui vi è un’impellente urgenza di attuare politiche di contrasto al cambiamento climatico¹ e di gestire gli effetti sociali ed economici prodotti dalla pandemia e dalla crisi internazionale – richiede scelte lungimiranti, specie nell’attuazione del processo di transizione energetica².

* Professoressa Associata di diritto tributario e titolare della Cattedra di diritto dell’energia presso l’Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Il *climate change* è stato l’elemento chiave che ha portato l’Unione europea a discutere di politica energetica ad un diverso livello. Sul punto cfr. L. AMMANNATI, *Le politiche di efficienza energetica nel quadro del pacchetto europeo clima-energia*, in *Amministrazione in cammino*, 2013; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente.*, 2010, p. 12 ss.; F. FRACCHIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell’arte*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013.

² Cfr. A. CLÒ, *Transizione energetica e impatti sociali*, in *Energia*, 2018; T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, Padova, 2020; L. AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, in M. PASSALACQUA, *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, 2021; T. FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione energetica fra società e comunità*, in *Dialoghi di Diritto dell’economia*, 2022, p. 1 ss.

Ciò perché il passaggio ad un sistema di *carbon neutrality*, comportando profonde modifiche strutturali dei modelli d'impresa, delle competenze richieste e dei prezzi dell'energia, ha un costo che può avere un impatto negativo sui cittadini, in funzione della situazione sociale e geografica³, soprattutto sulle fasce della società a basso reddito⁴.

La pandemia di Covid-19⁵ e la crisi internazionale⁶ hanno aggiunto urgenza all'obiettivo di contrastare efficacemente il fenomeno della povertà energetica, imponendo una particolare attenzione nei confronti della fascia di popolazione più vulnerabile⁷, in quanto maggiormente esposta agli effetti nocivi dei cambiamenti climatici e del degrado ambientale⁸.

L'impatto di condizioni meteorologiche estreme è, infatti, particolarmente pericoloso per i segmenti più fragili della popolazione, come i giovani e le persone anziane⁹.

Temperature estreme, troppo calde o troppo fredde, hanno potenziali effetti acuti sulla salute umana con un aumento di morbilità, problemi re-

³ Cfr. P. RANCI, *Conclusioni*, in P. BIANDRINO, M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Milano, 2017, p. 173.

⁴ Cfr. P. RANCI, M. LEONARDI, L. SUSANI, *Poveri d'energia*, Bologna, 2016; D. TABARELLI, *Considerazioni sulla transizione italiana verso un modello energetico eco-sostenibile*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, n. 2, 2018, p. 24 ss.; I. FAIELLA, L. LAVECCHIA, R. MINIACI, P. VALBONESI, *Primo rapporto sullo stato della povertà energetica in Italia*, OIPE, 2019, oipeosservatorio.it

⁵ M. CORNELIS, *Covid19 e povertà energetica: è il momento di un diritto all'energia*, in *Energia*, 2020.

⁶ Cfr. L. AMMANNATI, A. CANEPA, *Intervento pubblico e finanza sostenibile per la transizione ecologica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'economia*, 2022, p. 136 ss.; circa l'impatto della guerra in Ucraina sulle prospettive future dei principi ambientali dell'Unione europea, cfr. F. FERRARO, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale*, in *DPCE online*, 2023, p. 41 ss.

⁷ 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, sottolinea che la transizione deve essere equa e inclusiva e mettere al primo posto le persone.

⁸ In tal senso, I. FAIELLA, L. LAVECCHIA, R. MINIACI, P. VALBONESI (a cura di), *Secondo rapporto sullo stato della povertà energetica in Italia*, OIPE, 2020, https://oipeosservatorio.it/wp-content/uploads/2020/12/rapporto2020_v2.pdf.

⁹ Il fatto non è sorprendente, dato il numero di studi che trova prove di una forte correlazione tra disparità di reddito e problemi di salute, K. ROWLINGSON, *Does Income Inequality Cause Health and Social Problems?*, York, 2011.

spiratori e cardiovascolari e, persino, un picco di mortalità durante inverni rigidi o estati calde.

L'accesso insufficiente ai servizi essenziali, quali un adeguato livello di calore, raffrescamento e illuminazione ed energia, necessaria per alimentare gli elettrodomestici, non solo impedisce di soddisfare i bisogni umani più essenziali, ma anche di superare la segregazione sociale e aumentare la percezione della propria capacità d'azione¹⁰.

Vivere in condizioni di povertà energetica ha, inoltre, conseguenze negative non solo per la salute fisica e per il benessere quotidiano, ma anche per la salute mentale, a causa dello *stress* associato all'incapacità di acquisire un servizio essenziale come l'energia.

È, dunque, prioritario cercare di risolvere il problema della povertà energetica, non solo per ridurre la spesa pubblica per la salute e la protezione ambientale, ma anche e soprattutto per assicurare a tutti un adeguato livello di benessere.

Non a caso la Commissione europea, nella sua visione strategica a lungo termine¹¹, ha precisato che affrontare la povertà energetica può anche aiutare a realizzare progressi verso la sostenibilità, in quanto il fenomeno ha un effetto indiretto su molti settori strategici, tra cui la sanità, l'ambiente e la produttività.

Ciò nonostante, in Europa si è assistito alla crescita della povertà energetica¹², con circa 57 milioni di persone che non possono riscaldare le loro case durante l'inverno, 104 milioni di persone che non possono rendere la loro casa confortevole durante l'estate; 52 milioni di persone che pagano le bollette energetiche in ritardo¹³.

¹⁰ La raccomandazione (UE) 2023/2407, del 20 ottobre 2023, sulla povertà energetica, pone l'accento sui principi di accesso all'energia, di inclusività, di equità e di non lasciare nessuno indietro, che si applicano alle famiglie che versano in condizioni di povertà energetica. L'energia, infatti, è il servizio essenziale nel quale i divari in termini di accesso sono i più marcati nell'Unione europea.

¹¹ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea per gli Investimenti, "un pianeta pulito per tutti - Una visione strategica europea a lungo termine per un futuro prospero, moderno e un'economia competitiva e climaticamente neutra", COM (2018) 773 final.

¹² A. CLÒ, *'Energy For All'?*, in *Energia*, 2018.

¹³ Cfr. <https://www.energy-poverty.eu/>.

2. Il difficile inquadramento della povertà energetica: la tecnica UE del rinvio al “contesto nazionale” ed il ruolo dei Piani Nazionali Integrati per l’Energia ed il Clima

La povertà energetica è una problematica complessa, legata a diversi fattori e temi che si collocano all’interno del dibattito sulla lotta al cambiamento climatico ed alla povertà assoluta¹⁴ e la difficoltà nell’inquadrarla deriva dal fatto che essa ha carattere multidimensionale¹⁵.

Contribuiscono, infatti, all’individuazione del fenomeno i livelli di reddito e di consumo, la dimensione e composizione della famiglia, il costo dell’energia, l’efficienza energetica dell’abitazione, la posizione geografica e le differenze climatiche, lo stato di salute delle persone, la percezione della propria condizione e lo stile di vita.

Uno dei primi momenti in cui le politiche europee hanno iniziato ad affrontare il tema della lotta alla povertà energetica è rinvenibile nel “terzo pacchetto energia¹⁶”, ma è nel corso degli ultimi anni che le politiche di contrasto al fenomeno sono diventate più incisive.

Con la direttiva sull’elettricità¹⁷ ed il regolamento (UE) 2018/1999¹⁸ è

¹⁴ Cfr. European Environment Agency (EEA), *Economic losses from weather and climate-related extremes in Europe*, 6 October 2023, www.eea.europa.eu/en, in cui viene segnalato che l’Italia, tra i paesi dell’Unione europea, detiene il triste primato del valore economico delle perdite subite dagli impatti derivanti da eventi climatici estremi; tra i 74 e i 90 mld di euro negli ultimi 40 anni, e tra i 1500 e i 2000 euro pro capite.

¹⁵ Sulla difficoltà di misurazione della povertà energetica, cfr. U. DUBOIS, *From targeting to implementation: the role of identification of fuel poor households*, in *Energy Policy*, vol. XLIX, 2012, p. 10 ss.

¹⁶ Direttiva 2009/72/CE, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica, in GUUE L 211, p. 55; direttiva 2009/73/CE, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, in GUUE L 211, p. 10, secondo queste disposizioni, gli Stati membri devono adottare misure adeguate volte a tutelare i clienti finali, assicurando «ai clienti vulnerabili un’adeguata protezione» e ad ogni Stato membro spetta la responsabilità nel contrastare la povertà energetica.

¹⁷ Si tratta della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, in GUUE L 328, p. 210.

¹⁸ Cfr. reg. (UE) 2018/1999, dell’11 dicembre 2018, sulla *governance* dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima, in GUUE L 328, p. 1, ai sensi del quale, qualora uno Stato membro riscontri, la presenza di un numero elevato di famiglie in condizioni di povertà energetica, sulla base di una sua valutazione di dati verificabili, esso include nel suo piano un obiettivo indicativo nazionale di riduzione della povertà energetica.

stato precisato che la “povertà energetica” è una situazione in cui una famiglia non può permettersi i servizi energetici essenziali necessari per un tenore di vita dignitoso.

L’art. 3, comma 3, lettera *d*) del citato regolamento ha, inoltre, imposto agli Stati Membri, tramite i propri Piani Nazionali Integrati per l’Energia e il Clima, di valutare il numero delle famiglie in condizioni di povertà energetica.

Tale valutazione va effettuata tenendo conto dei servizi energetici domestici, necessari per garantire un tenore di vita di base nel rispettivo contesto nazionale, della politica sociale esistente e delle altre politiche pertinenti, nonché degli orientamenti indicativi della Commissione sui relativi indicatori di povertà energetica.

È stata, dunque, lasciata flessibilità e, al contempo, responsabilità ai singoli ordinamenti interni nell’individuare i poveri energetici, sulla base di una valutazione circostanziata al tenore di vita “di base” nel rispettivo contesto nazionale, se pur sulla base delle indicazioni della Commissione in merito agli indicatori di sussistenza del fenomeno¹⁹.

La tecnica del rinvio al “contesto nazionale” è stata, altresì, confermata nella direttiva (UE) 2019/944 del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica²⁰.

L’art. 29 della citata direttiva, rubricato “Povertà energetica”, ha, infatti, precisato che sono gli Stati Membri a stabilire e pubblicare una serie di criteri relativi alla povertà energetica «che possono comprendere il basso reddito, l’elevata spesa per l’energia rispetto al reddito disponibile e la scarsa efficienza energetica».

¹⁹ Secondo l’Osservatorio europeo sulla povertà energetica (EPOV), gli indicatori principali per individuare la povertà energetica sono: a) una spesa energetica bassa in termini assoluti; b) la presenza di arretrati nel pagamento delle bollette delle utenze domestiche; c) una quota elevata del reddito destinata alle spese per l’energia; d) l’incapacità di riscaldare adeguatamente la casa. L’Osservatorio Europeo della Povertà Energetica, oltre ai quattro diversi indicatori primari per misurare la povertà energetica, fornisce anche gli indicatori secondari della povertà energetica, fra i quali c’è la mortalità invernale in eccesso o la presenza di gravi problemi di qualità dell’abitazione, come perdite dal tetto, umidità nei pavimenti, nei muri o nelle fondamenta, mufte e funghi alle finestre.

²⁰ 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, in GUUE L 158, p. 125, che modifica la direttiva 2012/27/UE del 25 ottobre 2012, in GUUE L 315, p. 1.

La direttiva *de qua* ha, altresì, imposto agli Stati membri l'adozione di misure appropriate²¹ per affrontare la povertà energetica ovunque sia individuata, anche nel più ampio contesto di povertà.

L'obbligo di riduzione della povertà energetica mediante l'aggancio delle politiche interne a quelle impositive degli obblighi di efficienza energetica è stato, invece, introdotto con la direttiva (UE) 2018/2002 sull'efficienza energetica²².

Con la direttiva (UE) 2018/844 sulla prestazione energetica nell'edilizia²³, inoltre, è stato chiesto agli Stati membri di delineare misure nazionali volte ad alleviare il fenomeno della povertà energetica, inserendole nelle strategie di ristrutturazione dei parchi residenziali nazionali e edifici non residenziali.

Nel pacchetto Energia pulita per tutti gli europei²⁴, la Commissione ha proposto una serie di misure per affrontare il fenomeno della povertà energetica, rafforzando le politiche in materia di efficienza energetica e

²¹ L'art. 28 della direttiva indica come misure appropriate la formulazione di piani d'azione nazionali per l'energia, fornendo vantaggi nei sistemi di sicurezza sociale per garantire la fornitura di energia elettrica necessaria ai clienti vulnerabili o fornitura di supporto per miglioramenti dell'efficienza energetica.

²² Cfr. direttiva (UE) 2018/2002, cit., la disciplina adottata dall'Unione europea in materia di efficienza energetica mira a rispondere all'esigenza di soddisfare le sfide politiche ed economiche nel settore dell'energia, tenendo ben presente lo stretto legame fra sicurezza energetica, sostenibilità, cambiamenti climatici, mercato interno e sviluppo economico; cfr. E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007; M. MONTINI, F. VOLPE, *La scienza della sostenibilità e la necessità di regolazione*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2011; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014; sul ruolo dell'efficienza energetica come fonte autonomia di energia, cfr. L. AMMANNATI, *La disciplina europea sull'efficienza energetica e il modello italiano: discrezionalità e vincoli per gli Stati Membri*, in P. BIANDRINO, M. DE FOCATIIS (a cura di), *op. cit.*, p. 31 ss.

²³ Trattasi della direttiva (UE) 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, in GUUE L 156, p. 75, che modifica la direttiva 2010/31/UE, del 19 maggio 2010, sulla prestazione energetica nell'edilizia, in GUUE L 153, p. 13; direttiva 2012/27/UE, cit.

²⁴ Con il pacchetto *Clean Energy for all Europeans*, adottato tra la fine dell'anno 2018 e l'inizio del 2019, l'Unione europea ha definito i propri obiettivi in materia di energia e clima per il periodo 2021-2030. Per approfondimenti, cfr. L. AMMANNATI, *La transizione energetica nell'Unione europea. Il nuovo modello di governance*, in G. DE MAIO, *Introduzione allo studio del diritto dell'energia* (a cura di), Napoli, 2019, p. 11 ss.; M. DE FOCATIIS, *Clean Energy for all Europeans*, in G. DE MAIO, *op. cit.* p. 39 ss.

migliorando la definizione e il monitoraggio di questo problema a livello di Stati membri tramite i Piani Nazionali per l'Energia e il Clima.

Se uno Stato membro valuta che il numero di famiglie in condizioni di povertà energetica è “significativo”, applica interventi pubblici nella fissazione dei prezzi per i consumatori vulnerabili.

Inoltre, il *National Energy and Climate Plan* deve includere un calendario e un “obiettivo indicativo nazionale” per ridurre il fenomeno e delineare le politiche pertinenti²⁵.

Gli Stati hanno, altresì, l'obbligo di riferire su qualsiasi dei progressi compiuti verso l'obiettivo di ridurre il numero di famiglie in condizioni di povertà energetica.

La Commissione, pertanto, utilizzando i Piani Nazionali per l'Energia e il Clima come punti di partenza²⁶, intende collaborare con gli Stati membri e le regioni per aiutarli a mettere in atto piani di transizione territoriale, nonché fornire dettagli sulle esigenze e misure necessarie per lo sviluppo economico, per la riqualificazione dei lavoratori e per l'ambiente.

L'aggiornamento dei Piani nazionali per l'energia e il clima e l'istituzione dei Piani sociali per il clima a norma del regolamento (UE) 2023/955²⁷ rappresentano un'opportunità per gli Stati membri di tenere

²⁵ Reg. (UE) 2018/1999, cit., art. 3, paragrafo 3, lettera d).

²⁶ Il NECP della Germania spiega che i cittadini vulnerabili hanno diritto a una protezione che copre l'intera esistenza umana e si traduce in leggi e politiche sociali integrate. Per quanto riguarda l'efficienza energetica, il NECP menziona lo *Stromsparcheck* “controllo del risparmio energetico” ed il ruolo dell'organizzazione dei consumatori per informare le persone sul risparmio energetico. Il NECP della Francia sancisce che il sostegno alle famiglie è un aiuto finanziario diretto per il pagamento delle bollette energetiche: “chèque énergie” e descrive l'attuale strategia globale di efficienza energetica e ristrutturazione per mitigare la povertà energetica, rivolta anche agli alloggi sociali, ai gestori di condomini, ai proprietari terrieri e ai proprietari di case. Questa strategia include aiuti diretti e incentivi fiscali per le famiglie. Il PNEC della Grecia ha annunciato il lancio di misure politiche mirate per eliminare la povertà energetica tra famiglie vulnerabili, di ridurlo almeno del 50% entro il 2025, del 75% rispetto al 2016, e di portarlo al di sotto della media dell'UE entro il 2030.

²⁷ Il reg. (UE) 2023/955 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, che ha istituito un Fondo sociale per il clima, in GUUE L 130, p. 1, e che modifica il reg. (UE) 2021/1060, del 24 giugno 2021, in GUUE 231, p. 159, con l'obiettivo di affrontare e prevenire i potenziali impatti negativi a livello di distribuzione derivanti dall'estensione agli edifici e al trasporto su strada dell'ambito di applicazione di un nuovo sistema di scambio di quote di emissioni dell'UE (ETS2), che ricomprende questi due settori e le pic-

conto non soltanto del quadro giuridico dell'Unione in termini di obiettivi energetici e climatici, ma anche di favorire l'equità in funzione di riduzione della povertà energetica.

Nell'alveo delle politiche volte a contrastare il fenomeno della povertà energetica vanno collocati l'iniziativa della Commissione Europea *Renovation Wave*²⁸ – che propone azioni a livello locale, livello regionale, nazionale e dell'Unione europea per migliorare le prestazioni energetiche degli edifici – ed il pacchetto «Pronti per il 55%»²⁹ con cui viene impostato un approccio globale per affrontare le cause della povertà energetica.

L'Unione europea³⁰, infatti, nelle sue politiche non si è limitata ad indi-

cole imprese conformemente alla direttiva 2003/87/CE, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità, in GUUE L 275, p. 32. Il Fondo sociale per il clima mira a fornire finanziamenti agli Stati membri al fine di sostenere le famiglie vulnerabili, comprese le famiglie in condizioni di povertà energetica, le microimprese vulnerabili e gli utenti dei trasporti vulnerabili che sono particolarmente colpiti dalla povertà energetica e dei trasporti, sostenendo gli investimenti volti ad aumentare l'efficienza energetica e l'accesso alla mobilità e ai trasporti a zero e a basse emissioni. Per sbloccare i finanziamenti gli Stati membri devono presentare i piani sociali per il clima entro giugno 2025 basandosi sugli aggiornamenti del 2024 dei piani nazionali per l'energia e il clima.

²⁸ *Renovation Wave for Europe* affronta il problema dei tassi di ristrutturazione in tutta l'Unione europea e gli ostacoli alla base del miglioramento dell'efficienza energetica degli edifici, con un *focus* particolare su ambiti quali alloggi sociali, scuole e ospedali. L'iniziativa copre misure legislative e non legislative specifiche e strumenti abilitanti, compreso il finanziamento e promuove l'azione a tutti i livelli (UE, nazionale, regionale e locale) per potenziare il rinnovamento e promuovere un rinnovamento profondo, cfr. ec.europa.eu/energy/topics/energy-efficiency/energy-efficient-buildings/renovation-wave_en.

²⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Pronti per il 55%: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica», COM(2021) 550 final.

³⁰ Con la raccomandazione (UE) 2020/1563 della Commissione, del 14 ottobre 2020, sulla povertà energetica, la Commissione europea ha chiesto agli Stati membri di definire tutte le politiche di contrasto alla povertà energetica, sulla base di processi di partecipazione pubblica rappresentativi e verificabili con un ampio coinvolgimento dei portatori di interessi. E sul punto, di recente e con ancora più coerenza, la direttiva (UE) 2023/2413 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, *Renewable Energy Directive III* (RED III) - che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., il reg. (UE) 2018/1999, cit., e la direttiva n. 98/70/CE, del 13 ottobre 1998, GUCE L 350, p. 58, per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili - ha valorizzato il ruolo del coinvolgimento

care solo il fine da perseguire, ma anche i mezzi da adottare, esprimendo una chiara preferenza per gli interventi di *welfare*.

Mentre la protezione dei consumatori, infatti, va inquadrata nell'ambito della tematica dell'accesso al mercato, di contro la povertà energetica è un problema sociale che va affrontato con rimedi (anche puramente) sociali³¹.

3. L'evoluzione delle politiche europee di contrasto alla povertà energetica in tempi di crisi geopolitica: responsabilizzazione dei consumatori e rilancio dei territori

Le politiche di contrasto alla povertà energetica, tradizionalmente, vengono classificate, in due categorie: politiche di "protezione" e politiche di "promozione"³².

Le prime sono di breve termine e hanno l'obiettivo di preservare un livello minimo di accesso all'energia.

Il secondo gruppo di politiche ha, invece, un respiro più ampio e mira ad un miglioramento strutturale della condizione degli individui fragili, facendoli emergere da situazioni di indigenza.

Le iniziative a breve termine, pertanto, sono necessarie per alleviare i sintomi più gravi di povertà energetica, in quanto possono fornire un sollievo immediato alle famiglie indigenti, ma solo azioni strutturali riducono in modo permanente il fabbisogno energetico degli utenti.

Le misure strutturali, infatti, affrontano le cause profonde della povertà energetica attraverso investimenti nell'efficienza energetica o nelle fonti di energia rinnovabile, riuscendo a produrre impatti duraturi nell'ambito dell'obiettivo di una transizione energetica giusta.

È questo il motivo per cui, secondo l'Unione europea, questo tipo di misure dovrebbe essere privilegiato insieme alle misure sociali complementari.

dei territori, statuendo che gli Stati membri promuovono l'accettazione pubblica dei progetti in materia di energia rinnovabile, mediante la partecipazione, diretta e indiretta, a tali progetti da parte delle comunità locali.

³¹ Sul punto cfr. *Come si contrasta la povertà energetica in Italia e in UE?*, in *Energia*, 2019.

³² La differenza è evidenziata da I. FAIELLA, L. LAVECCHIA, R. MINIACI, P. VALBONESI nel Secondo rapporto sullo stato della povertà energetica in Italia, OIPE, 2020.

Ciò, fra l'altro, rileva a maggior ragione nell'attuale fase di crisi geopolitica³³ che ha dimostrato la profonda vulnerabilità dell'Unione europea sotto il profilo dell'autonomia nell'approvvigionamento dell'energia.

Il conseguente rialzo delle tariffe energetiche che ha colpito in modo gravoso i cittadini, infatti, ha ancor di più palesato l'insufficienza delle misure a sostegno della bolletta e delle tariffe sociali, se pur potenziate in via emergenziale.

È, pertanto, emersa la necessità di un cambiamento di scenario, in cui rilevano le politiche strutturali e con orizzonti temporali più ampi, come quelle per migliorare l'efficienza energetica delle abitazioni³⁴ e quelle che

³³ Per approfondimenti, cfr. F. EROICO, *Conflitto Russia-Ucraina: l'impatto sulle politiche energetiche in Europa e in Italia*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2022, p. 259.

³⁴ Quanto agli immobili, l'obiettivo di riduzione dei consumi di energia è affidato a tre strumenti: la detrazione fiscale per interventi finalizzati alla riqualificazione energetica degli immobili, il Conto termico ed il Certificato bianco, sul punto cfr. M. DE FOCATIIS, *Il sistema italiano tra incentivi, obblighi e contraddizioni*, in P. BIANDRINO, M. DE FOCATIIS (a cura di), *op. cit.* p. 98; G. CANNIZZARO, G. D'AGNONE, *Le politiche e le azioni globali per il risparmio energetico*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica. Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2016; R. ALFANO, *Capacità contributiva e limiti europei in tema di agevolazioni fiscali per finalità ambientali. Il caso della riqualificazione energetica*, in L. SALVINI, G. MELIS (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Roma, 2014, p. 609 ss. Quanto al Conto Termico, introdotto dal D.M. 28/12/2012 come incentivo destinato a privati e Pubbliche Amministrazioni per l'efficienza energetica, nel tempo si è trasformato in Conto termico 2.0, con ampliamento degli interventi ammessi e delle modalità di accesso a fonti rinnovabili per impianti di piccole dimensioni. Sul punto, cfr. L. LAVECCHIA, *Il modello italiano per l'efficienza energetica*, in L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, cit., p. 41 ss. Quanto ai Certificati bianchi (TEE), va precisato che trattasi di titoli che certificano i risparmi energetici conseguiti da vari soggetti attraverso la realizzazione di specifici interventi (es. efficientamento energetico) e che valgono il riconoscimento di un contributo economico. Circa la natura giuridica dei Certificati bianchi, cfr. G. GOLINI, *Titoli di efficienza energetica (Tee): risultati del primo triennio e revisione del meccanismo*, in *Ambiente*, 2008, pp. 1070 ss.; S. BALZANO, *Alcune considerazioni in tema di efficienza energetica negli usi finali: le Esco*, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 929 ss.; L. AMMANNATI, A. CANEPA, A. CANDIDO, *Le norme, il disegno e la governance*, in Fondazione EnergyLab, *Efficienza energetica: governance, strumenti e mercato*, Milano, 2014, p. 67 ss.; L. GILI, *Efficienza energetica*, in *Digesto pubblico.*, 2016; L. CUOCOLO, *Gli incentivi agli interventi di efficienza energetica. I certificati bianchi*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, p. 89 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Il mercato artificiale dei titoli di efficienza energetica e la disciplina degli aiuti di Stato*, in P. BIANDRINO, M. DE FOCATIIS (a

puntano ad una maggiore responsabilizzazione dei cittadini sia nei consumi che nella produzione di energia rinnovabile.

E nell'ambito di quest'ultima direttrice delle politiche energetiche europee, si collocano le forme di autoproduzione di energia, che ben si prestano a realizzare un mutamento strutturale, non solo degli attuali scenari energetici, ma anche dell'approccio dei cittadini ad un uso consapevole e razionale del bene energia³⁵.

Le caratteristiche, infatti, di queste configurazioni volte a realizzare benefici ambientali, economici e sociali sui territori, possono rientrare appieno nell'ambito delle politiche strutturali di contrasto della povertà energetica, in quanto, l'inclusione non è solo riqualificazione del patrimonio immobiliare urbano, ma, attraverso questi modelli di condivisione di energia, anche recupero sociale ed economico delle periferie e dei borghi rurali che sono il tessuto del nostro paese³⁶.

La transizione energetica, infatti, può essere più rapida, più economica e più equa qualora venga supportata tramite il coinvolgimento diretto dei cittadini³⁷.

Ne consegue che, per affrontare la povertà energetica, oltre ai tradizionali strumenti (interventi finanziari per ridurre le bollette, misure per migliorare l'efficienza energetica), è fondamentale considerare anche i nuovi modelli di distribuzione decentrata di energia³⁸.

cura di), *op. cit.*, p. 105 ss.; A. CANCRINI, *L'assetto delle competenze e le procedure di verifica e certificazione dei risparmi energetici*, in A. CANCRINI, P. D'AMELIO (a cura di), *L'efficienza energetica nella P.A. e nelle imprese*, Roma, 2017, p. 13 ss.

³⁵ Per una disamina delle esperienze europee sulle comunità energetiche cfr. RESCOOP.EU, *Energy Communities under the Clean Energy Package*, 2020, <https://www.rescoop.eu/toolbox/howcan-eu-member-states-support-energy-communities>; RESCOOP.EU, *Transposition tracker - Definitions*, 2023, www.rescoop.eu/transposition-tracker; si veda, altresì, la mappa interattiva dell'Energy Community Platform: <https://energycommunityplatform.eu/communities/>.

³⁶ Sul punto cfr. M. CASTELLINI, I. FAIELLA, L. LAVECCHIA, R. MINIACI, P. VALBONESI, *Terzo Rapporto sullo stato della povertà energetica in Italia*, OIPE, 2023, p. 25, oipeosservatorio.it/wp-content/uploads/2023/07/rapporto2023.pdf.

³⁷ T. PELLERIN-CARLIN, J.A. VINOIS, E. RUBIO, S. FERNANDES, *Making the Energy Transition a European Success*, Report 114, June 2017, institutdelors.eu/en/.

³⁸ G. DE MAIO, *Climate change and decentralized renewable energy: the role of energy efficiency in smart cities*, in *European Energy and Environmental Law Review*, vol. XXVIII, n. 5, 2019, p. 14 ss.

L'*optimum* risiede in un approccio integrato³⁹, all'interno del quale gli interventi finanziari, fondamentali per incrementare l'accessibilità economica a breve termine, fungono da mezzi di protezione dei consumatori vulnerabili, mentre gli aspetti strutturali della povertà energetica vengono affrontati con politiche e misure di lungo termine: quelle "tradizionali" (volte a migliorare l'efficienza energetica) e quelle di "nuovo conio" (volte a promuovere l'autoconsumo e le comunità energetiche⁴⁰).

³⁹ S. PYE, A. DOBBINS, Policy Report of INSIGHT_E, Energy poverty and vulnerable consumers in the energy sector across the EU: analysis of policies and measures: Appendices to main report, 2015, energy.ec.europa.eu/publications/energy-poverty-and-vulnerable-consumers-energy-sector-across-eu-analysis-policies-and-measures_en.

⁴⁰ I modelli di generazione distribuita di energia sono stati disciplinati, *in primis*, e con specifico riferimento alle fonti rinnovabili, dalla direttiva (UE) 2018/2001 cit., poi, dalla direttiva (UE) 2019/944, cit., la prima direttiva, denominata anche REDII, è stata recepita in Italia con D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199. Precedentemente, nel nostro ordinamento, era stata avviata una disciplina sperimentale fondata sull'art. 42 bis del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162 e sulla Delibera ARERA 318/2020. La direttiva (UE) 2019/944, cit., invece, è stata recepita in Italia con D.lgs. 8 novembre 2021, n. 210 che, all'art. 11, primo comma, individua come "clienti vulnerabili e in condizioni di povertà energetica", i clienti civili: a) che si trovano in condizioni economicamente svantaggiate o che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita, ai sensi dell'articolo 1, comma 75, della legge 4 agosto 2017, n. 124; b) presso i quali sono presenti persone che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita; c) che rientrano tra i soggetti con disabilità ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104; d) le cui utenze sono ubicate nelle isole minori non interconnesse; e) le cui utenze sono ubicate in strutture abitative di emergenza a seguito di eventi calamitosi; f) di età superiore ai 75 anni. Sul tema, fra gli altri, cfr. G. DE MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *federalismi.it*, n. 8, 2019; R. MICCÙ, M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, *ivi*, n. 4, 2022, p. 603 ss.; C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, *ivi*, n. 29, 2022, p. 111; C. IAIONE, E. DE NICTOLIS, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, in *Rivista di diritto societario*, n. 4, 2022; L. GIANI, G. IACOVONE, A. IACOPINO, *Commoning e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche*, *ibidem*; A. AQUILI, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, *ibidem*.

4. Considerazioni conclusive

Nell'attuale fase di transizione, la visuale del legislatore europeo è mutata non solo nel lessico, ma anche nell'individuazione dei protagonisti dei futuri mercati energetici⁴¹ che possono avere un ruolo determinante, anche mediante l'utilizzo della fiscalità di vantaggio da parte degli Stati membri⁴².

Le politiche energetiche ed ambientali, europee⁴³ ed interne, infatti,

⁴¹ Sulla base degli ultimi indirizzi energetici dell'Unione europea, vengono ridisegnati gli scenari energetici degli Stati membri, con l'introduzione di nuovi concetti e soggetti giuridici: fra questi l'energia rinnovabile decentrata, l'autoconsumo, i *prosumers* e le comunità energetiche.

⁴² Sulle agevolazioni fiscali cfr. F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992; S. LA ROSA, *Le agevolazioni fiscali*, in A. AMATUCCI, (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, vol. I, Padova, 1994; S. BATTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese*, in A. MASSERA (a cura di), *Ordinamento comunitario e Pubblica Amministrazione*, 1994; M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario)*, in *Rass. trib.*, 2002; A. AMATUCCI, *Autonomia finanziaria e tributaria*, voce dell'Enciclopedia Giuridica Treccani, 2004; G. SELICATO, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione dello sviluppo sostenibile*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, n. 2, n. 3, 2004, p. 399 ss.; A. E. LA SCALA, *Il divieto di aiuti di Stato e le misure di fiscalità di vantaggio nel quadro della politica regionale dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2005; F. BATISTONI FERRARA, *Agevolazioni ed esenzioni fiscali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. I, 2006; A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Napoli, 2007; M. INGROSSO, G. TESAURO (a cura di), *Aiuti di Stato ed agevolazioni fiscali*, Napoli, 2009; S. FIORENTINO, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, in M. INGROSSO, G. TESAURO (a cura di), *Aiuti di Stato ed agevolazioni fiscali*, Napoli, 2009; R. ALFANO, *Agevolazioni fiscali in materia ambientale e vincoli dell'Unione europea*, in *Rass. trib.*, n. 2, 2011; F. FICHERA, *Agevolazioni fiscali, bilancio delle tax expenditures e politica tributaria: il caso italiano*, *ivi*, n. 4, 2012.

⁴³ S. CASSESE, *La finanza come strumento di azione dei poteri pubblici*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, n. 1, 1990; F.G. COCA, *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente*, in *Dir. soc.*, 1993; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2002; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 2, 2002; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2007; G. NAPOLITANO, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *federalismi.it*, n. 4, 2012; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti ed istituti*, Napoli, 2013; G. NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di "governance"*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*. Annuario di diritto dell'energia, Bologna,

muovono nella direzione di rafforzare la centralità dei cittadini e della innovazione tecnologica⁴⁴ per realizzare una transizione che muova dal basso⁴⁵ e che produca impatti positivi sociali ed economici, anche nelle azioni di contrasto alla povertà energetica⁴⁶.

In questo contesto, le forme di incentivazione fiscale previste in favore delle nuove forme di produzione decentrata di energia possono essere una leva di notevole rilievo⁴⁷ al fine di potenziare, in modo equo ed inclusivo, la produzione di energia rinnovabile ed il risparmio energetico.

Ci si riferisce, in particolare, alle misure introdotte dal decreto del Ministero dell' Ambiente e della Sicurezza Energetica⁴⁸, approvato dalla

2013, V. M. SBRESCIA, *Politiche energetiche, sviluppo sostenibile e integrazione comunitaria: dall'Europa la spinta verso le rinnovabili*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2013; S. OGGIANU, *Politica europea dell'energia*, in E. PICOZZA, S. M. SAMBRI (a cura di), *Il diritto dell'energia*, Milano, 2015; L. AMMANNATI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018; S. NISI, *La trasformazione del settore energetico: i processi di policy making tra strategie e nuovi target*, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, Napoli, 2019.

⁴⁴ F. CONTÒ, F. PROTA, *Politiche ambientali e incentivi per l'innovazione tecnologica*, in *Riv. dir. intern. trib.*, nn. 2-3, 2004, p. 455 ss.; F. GALLO, *Le ragioni del fisco - Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2011; M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011; G. DE MAIO, *La tutela dell'ambiente fra amministrazione, economia e fisco*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli, 2020, p. 1661 ss.

⁴⁵ La comunicazione del Green Deal ha riconosciuto che “la transizione può avere successo solo se viene condotta in un modo giusto e inclusivo. I più vulnerabili sono i più esposti agli effetti nocivi del cambiamento climatico e del degrado ambientale”. Per approfondimenti cfr. F. ROLANDO, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?* in *Dir. Un. eur.*, 2022, p. 1 ss.

⁴⁶ La raccomandazione (UE) 2023/2407 evidenzia che il fenomeno deve essere affrontato nell'ambito di un approccio multisettoriale che comprenda soprattutto, ma non soltanto, i settori della politica energetica e sociale, tenendo a mente gli obblighi giuridici concreti contenuti nella legislazione in materia energetica e climatica.

⁴⁷ Sull'inquadramento delle politiche di *nudging* e, segnatamente, delle politiche di incentivazione fiscale nel nostro ordinamento, sia consentito rinviare a G. DE MAIO, *Fiscalità energetica e cambiamento climatico. Il ruolo del diritto tributario nella società moderna*, Napoli, 2020.

⁴⁸ Il decreto *de quo*, nel perseguire gli obiettivi di decarbonizzazione al 2030, disciplina, ai sensi dell'articolo 8 del d.lgs n. 199 del 2021, le modalità di incentivazione per sostenere l'energia elettrica prodotta da impianti a fonti rinnovabili inseriti in configurazioni di

Commissione europea il 22 novembre 2023 ed entrato in vigore in data 24 gennaio 2024, con l'obiettivo di incentivare la diffusione di forme di produzione e autoconsumo collettivo di energia da fonti rinnovabili⁴⁹.

Le misure previste dal Decreto *de quo* sono due: una tariffa incentivante sull'energia rinnovabile prodotta e condivisa ed un contributo a fondo perduto del 40%.

Quanto all'incentivo in tariffa di cui all'art. 4 del citato decreto, si tratta di una tariffa *feed in premium*⁵⁰ che, appunto, premia la quota di energia condivisa nell'ambito delle CACER⁵¹ attraverso la porzione di rete di distribuzione sottesa alla medesima cabina primaria⁵².

autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile di cui all'articolo 2, comma 1, lett. *b*), e definisce criteri e modalità per la concessione dei contributi previsti dalla Missione 2, Componente 2, Investimento 1.2 (Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'autoconsumo) del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in avanti PNRR).

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 3, comma 2 del citato decreto, gli incentivi si applicano a impianti a fonti rinnovabili, inclusi i potenziamenti, inseriti all'interno delle configurazioni di autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile o CACER, la cui potenza nominale massima del singolo impianto, o dell'intervento di potenziamento, risulta non superiore a 1 MW.

⁵⁰ Con la tariffa *feed in premium* il prezzo dell'energia rinnovabile è composto da due fattori: il valore di mercato dell'energia elettrica, esposto alle oscillazioni della domanda e dell'offerta, e un premio fissato dall'autorità pubblica. Questo schema di incentivi è stato usato in Italia per il fotovoltaico (Conto energia). Più precisamente il conto energia è un meccanismo di incentivazione della produzione di elettricità mediante impianti fotovoltaici permanentemente connessi alla rete elettrica, basata sull'acquisto a tariffe agevolate da parte del Gestore dei servizi energetici (per i primi venti anni di vita dell'impianto) e finanziato attraverso il prelievo tariffario obbligatorio. Questi meccanismi sottendono un contrasto potenziale tra l'obiettivo di incrementare la produzione di energia da fonti rinnovabili (susceptibile di contribuire, nel lungo periodo, ad un abbassamento delle tariffe al pubblico) e quello del contenimento (immediato) dei costi dell'energia per gli utenti finali.

⁵¹ Per CACER (Configurazioni di autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile), ai sensi dell'art. 2 del decreto, si intendono le configurazioni (Sistemi di autoconsumo individuale di energia rinnovabile a distanza; Sistemi di autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili; Comunità energetiche rinnovabili) che utilizzano la rete di distribuzione esistente per condividere l'energia prodotta da impianti a fonti rinnovabili.

⁵² Il periodo di diritto alla tariffa incentivante decorre dalla data di entrata in esercizio commerciale dell'impianto ed è pari a 20 anni, considerato al netto di eventuali fermate derivanti da cause di forza maggiore ovvero di fermate effettuate per la realizzazione di interventi di ammodernamento e potenziamento non incentivati. La tariffa incentivante è cumulabile con i contributi in conto capitale nella misura massima del 40 per cento, nel rispetto del principio di divieto di doppio finanziamento di cui all'art. 9 del reg. (UE)

Quanto al contributo a fondo perduto di cui all'art. 7 del decreto, rientrante nella concessione dei benefici del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, i destinatari della misura, *ex art.* 14, comma 1, lettera *e*) del decreto legislativo n. 199 del 2021, sono le comunità energetiche rinnovabili e i sistemi di autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili ubicati in Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti⁵³.

Questo regime, la cui capienza finanziaria è pari ad un importo di 5,7 miliardi di euro⁵⁴, dovrebbe consentire all'Italia di sostenere la produzione e l'autoconsumo di energia elettrica da fonti rinnovabili da parte delle comunità energetiche, fra cui anche quelle ad impronta solidaristica e con l'obiettivo di combattere la povertà energetica.

Tuttavia, in commento a quanto descritto, va osservato che, per raggiungere gli sfidanti obiettivi energetici ed ambientali individuati in sede europea, è necessario, come ci insegnano esperienze passate sull'utilizzo della fiscalità di vantaggio nell'ambito energetico italiano, che il quadro normativo e regolatorio sia chiaro e stabile⁵⁵.

241/2021, del 12 febbraio 2021, in GUUE L 57, p. 17, del Parlamento europeo e del Consiglio pena la riduzione dell'incentivo secondo le modalità indicate nell'allegato 1 del medesimo decreto. L'art. 9 (Addizionalità e finanziamento complementare) del reg. (UE) 241/2021, cit., che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, statuisce che «il sostegno nell'ambito del dispositivo si aggiunge al sostegno fornito nell'ambito di altri programmi e strumenti dell'Unione. I progetti di riforma e di investimento possono essere sostenuti da altri programmi e strumenti dell'Unione, a condizione che tale sostegno non copra lo stesso costo».

⁵³ L'accesso ai contributi, la cui concessione è disposta con provvedimento ministeriale, avviene attraverso la presentazione delle domande a sportello esclusivamente tramite il sito www.gse.it. Gli impianti ammessi al contributo di cui al presente titolo devono entrare in esercizio entro diciotto mesi dalla data di ammissione al contributo e, comunque, non oltre il 30 giugno 2026.

⁵⁴ A seguito dell'entrata in vigore, in data 24 gennaio 2024, del decreto MASE sulle modalità di incentivazione per sostenere l'energia elettrica prodotta da impianti a fonti rinnovabili inseriti in configurazioni di autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile, il GSE avrà un mese di tempo per le regole operative e altri 45 giorni per mettere online tre portali: a) il primo per la richiesta di qualifica della Comunità Energetica Rinnovabile; b) il secondo per la richiesta del contributo in conto capitale e c) il terzo, facoltativo, per le verifiche preliminari che consentirà ai proponenti di accertare la bontà della propria progettazione.

⁵⁵ M. CASTELLINI, I. FAIELLA, L. LAVECCHIA, R. MINIACI, P. VALBONESI (a cura di), *op. cit.*, p. 25, secondo i quali, a titolo di esempio, gli attuali quadri giuridici potrebbero

È, infatti, noto che, con particolare riferimento alle fonti di energie rinnovabili, uno dei più grandi limiti è stata l'assenza di un quadro di stabilità e di certezza⁵⁶, dunque di prevedibilità per gli operatori, che è l'unica condizione che possa favorire gli investimenti e lo sviluppo del settore⁵⁷.

Tali osservazioni sono mutuabili anche con riguardo al sistema di incentivazione in favore delle comunità energetiche, in quanto a maggior ragione la certezza e stabilità delle relative previsioni impatterà sulle scelte

essere semplificati e concedere un maggiore accesso alle risorse materiali, umane e finanziarie agli attori disposti ad avviare tali progetti.

⁵⁶ Sul punto cfr. N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 2000; A. MAESTRONI, *Pronunce della Corte costituzionale e del giudice amministrativo in materia di energia da fonti rinnovabili tra tutela ambientale e concorrenza*, in A. MAESTRONI, M. DE FOCAIIS (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato*, Milano, 2012, p. 63; G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 2012; B. CARAVITA DI TORITTO, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico-finanziaria*, in *Annuario di diritto dell'energia*, 2013, p. 99 ss.; L. PARDI, N. COSENTINO, *Gli interventi del legislatore sul conto energia fotovoltaico: quale protezione per gli investitori in sede comunitaria e internazionale?*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di) *op. cit.*, p. 313; M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, 2014, in *amministrazioneincammino.luiss.it.*; C. CREMONA, *Accesso agli incentivi previsti dal c.d. Conto Energia: le aspettative di fatto non meritano alcuna tutela?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2015, p. 266 ss.; E. MARIANI, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 15, 2017; F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 229 ss.; G. DE MAIO, *Fiscalità energetica e cambiamento climatico. Il ruolo del diritto tributario nella società moderna*, Napoli, 2020, p. 221 ss.

⁵⁷ L'elevato grado d'incertezza normativa, insito nel susseguirsi di continui mutamenti dei regimi di sostegno, in passato, ha fatto presumere agli operatori economici che fosse più conveniente effettuare scelte immediate, ponendo, di conseguenza, oneri sociali elevatissimi sui consumatori finali; cfr. T. M. MOSCHETTA, *I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'Unione europea*, in *Rivista quadrimestrale di diritto ambientale*, 2015, p. 94; sull'incertezza normativa come fattore problematico in vista della promozione delle fonti rinnovabili, cfr. L. AMMANATI, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente.*, n. 3, 2012, p. 2 ss.; in tal senso cfr. anche G. F. CARTEI, *Tutela dell'ambiente e mercato energetico europeo nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Dir. econ.*, 2013; P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921.

dei soggetti che possono costituirle e, dunque, anche sui benefici che si possono produrre sui territori, in funzione della lotta alla povertà energetica.

Ciò rende necessario accelerare il processo di definizione degli aspetti ancora poco chiari e critici del quadro normativo, regolatorio e tecnico relativi a questi modelli di energia condivisa⁵⁸, al fine di non perdere l'opportunità di innovare ed efficientare il sistema energetico italiano, contribuendo a renderlo equo, autonomo e sicuro.

⁵⁸ M. CASTELLINI, I. FAIELLA, L. LAVECCHIA, R. MINIACI, P. VALBONESI (a cura di), *op. cit.*, p. 25

CARBON BORDER ADJUSTMENT MECHANISM (CBAM):
NUOVE “RISORSE PROPRIE” DELL’UE,
TUTELA DELL’AMBIENTE E DEL MERCATO UNICO

Mariagiulia Trapanese*

SOMMARIO: 1. Strategia europea contro il *climate change* e riflessi sul piano globale. – 2. *Carbon border adjustment mechanism* (CBAM): meccanismo operativo e procedimentale. – 3. *Carbon leakage*: EU ETS e CBAM. – 4. I molteplici “scopi” del CBAM e la tutela del mercato unico. – 5. Criticità e brevi riflessioni conclusive.

1. *Strategia europea contro il climate change e riflessi sul piano globale*

Il presente scritto intende offrire uno sguardo sul mercato unico, di cui si è celebrato il trentesimo anniversario, da una differente prospettiva, ponendo l’attenzione su misure che l’Unione europea sta adottando con una primaria “finalità ambientale”, tra tutte sul *Carbon Border Adjustment Mechanism* (c.d. CBAM) che incide direttamente sul comportamento dei Paesi terzi, incentivando l’adozione di modelli economici “decarbonizzati”¹.

Il cambiamento climatico ed il degrado ambientale, come evidenziato dalla Commissione, costituiscono un problema mondiale che richiede una risposta globale. L’Unione europea, in tal senso, si colloca in una posizione *leader*² nella lotta alla crisi climatica, per la quale il 12 dicembre 2015 gli

* Assegnista di ricerca in diritto tributario presso l’Università degli Studi di Napoli Federico II. Il presente contributo è stato realizzato nell’ambito del Programma per il Finanziamento della Ricerca di Ateneo (FRA) 2022 dell’Università degli Studi di Napoli Federico II denominato “Imprese e transizione ecologica (ITE). Riforma Fiscale e Semplificazione Amministrativa” (codice P025).

¹ Cfr. M. MEHLING, H. VAN ASSELT, *The Role of Border Carbon Adjustment in the EU’s Climate Policy Toolbox*, in *Review of Environmental Economics and Policy*, 2021, p. 237 ss.; U. E. HANSEN, *Border Carbon Adjustments and International Trade: A Literature Review*, in *Economic Analysis and Policy*, 2020, p. 199 ss.; S. E. WEISHAAR, *Carbon border adjustments: Addressing emissions embodied in trade*, in *Journal of World Trade*, 2020, p. 595 ss.

² Comunicazione della Commissione, dell’11 dicembre 2019, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il*

Stati membri della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) hanno adottato la prima intesa universale e giuridicamente vincolante (c.d. Accordo di Parigi) avente l'obiettivo di contenere l'aumento della temperatura media globale al di sotto della soglia di 2°C oltre i livelli pre-industriali, e di limitare tale incremento a 1.5°C.

Con l'*European Green Deal*³, l'UE ha fissato l'ambizioso obiettivo di conseguire la neutralità in termini di emissioni di carbonio entro il 2050 e quello di rendere l'Europa il primo continente ad impatto climatico zero⁴. La Commissione ha, quindi, indicato una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'Unione europea «in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse».

Tale impegno politico è stato reso vincolante mediante l'approvazione del regolamento UE n. 1119 del 30 giugno 2021 ("*Normativa europea sul clima*"), che a sua volta ha innalzato l'obiettivo di riduzione delle emissioni dell'UE per il 2030 dal 40% al 55% rispetto al livello del 1990.

Per raggiungere tale obiettivo è stato emanato il "*Fit for 55% package*"⁵, un insieme di proposte volte a rivedere e aggiornare la legislazione dell'Unione nei settori del clima, dell'energia, dei trasporti e della fiscalità.

All'interno di tale "pacchetto di misure", comprendente anche la revi-

Green Deal europeo, p. 22, par. 3 rubricato "L'UE come leader mondiale", COM(2019) 640 final.

³ COM(2019) 640 final, cit. v. S. MORATTI, *Green Deal europeo: nuove prospettive per la fiscalità dell'energia nelle politiche di gestione dei rischi climatici*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2020, p. 439.

⁴ Parte integrante, altresì, della strategia della Commissione europea per attuare l'Agenda 2030 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite. La Commissione intende riorientare il processo di coordinamento macroeconomico del semestre europeo per integrarvi gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, al fine di porre la sostenibilità e il benessere dei cittadini al centro della politica economica e degli interventi dell'UE.

⁵ COM(2021) 550 final, comunicazione della Commissione, del 14 luglio 2021, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "*Pronti per il 55 %*": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica; v. M. T. MONTEDURO, *Cambiamenti climatici e politiche fiscali: impatti sociali ed effetti economici del pacchetto europeo "Fit for 55"*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2021, p. 447.

sione del sistema di scambio di quote di emissione ETS (strettamente correlato al CBAM), è stato introdotto il “meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere” che – come si legge nel testo della proposta di regolamento⁶ – è considerato «l’elemento essenziale degli strumenti dell’Unione per conseguire l’obiettivo di un’UE climaticamente neutra entro il 2050, in linea con l’accordo di Parigi, affrontando i rischi di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio derivanti dall’accresciuto livello di ambizione dell’Unione in materia di clima».

Ed invero, a tali ambiziosi programmi europei nella lotta contro il clima, si contrappongono quelli di molti Paesi terzi che, diversamente, adottano una legislazione sul clima molto meno rigida.

Ciò determina un alto rischio di “*carbon leakage*”, ossia il rischio che le imprese europee possano “delocalizzare” la produzione in altri Paesi con una regolamentazione meno rigorosa, ovvero il rischio della “sostituzione” di prodotti europei con prodotti importati con maggiore contenuto di carbonio.

Tale rischio di delocalizzazione delle emissioni ha significative conseguenze negative, in primo luogo, sull’“ambiente”, in quanto compromette l’efficacia delle politiche di riduzione delle emissioni dell’UE, comportando una mera “rilocalizzazione” delle stesse e, dunque, un aumento complessivo a livello globale; in secondo luogo, sulla *competitività delle imprese europee*, che subiscono il costante incremento del prezzo del carbonio e dei conseguenti costi di produzione, mettendo a rischio il “mercato interno”. Come evidenziato dal vicepresidente esecutivo per il *European Green*

⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 luglio 2021, che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, COM(2021) 564 final. Sul tema, cfr. A. COMELLI, *La tassazione ambientale, nella prospettiva europea, oltre la crisi economica e sanitaria innescata dal Covid-19*, in *Dir. prat. trib.*, 2022, p. 800 ss.; H. KOGELS, *Good Intentions and a Call for Higher Speed on the Bumpy Road to Carbon Neutrality*, in *EC Tax Review*, 2022, p. 2 ss.; A. MAJOCCHI, *Carbon pricing e la politica climatica dell’Unione europea*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2022, p. 18 ss.; ID., *Setting a price for carbon to achieve carbon neutrality in the European Union*, in H. ASHIABOR, J. E. MILNE, M. SKOU ANDERSEN (eds.), *Environmental Taxation in the Pandemic Era, Critical Issues in Environmental Taxation*, Cheltenham, 2021; A. PIRLOT, *Carbon Border Adjustment Measures: A Straightforward Multi-Purpose Climate Change Instrument?*, in *Journal of Environmental Law*, n. 34, 2022, p. 25; F. TARINI, *Considerazioni sulla proposta di introduzione del Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)*, in *Riv. dir. trib.*, 2022, p. 71 ss.

Deal Frans Timmermans, l'introduzione del CBAM rappresenta “*a matter of survival of our industry*”.

2. Carbon border adjustment mechanism (CBAM): meccanismo operativo e procedimentale

Il CBAM, introdotto con il regolamento (UE) n. 956 del 10 maggio 2023 (nel prosieguo, regolamento CBAM), si configura come un meccanismo di “adeguamento del prezzo” di determinati prodotti ad alto contenuto di carbonio da applicare al momento della immissione nel mercato unico, al fine di garantire che i prodotti importati sostengano il medesimo prezzo del carbonio rispetto a quello sostenuto nell’ambito del sistema dell’Unione⁷, che è regolato dallo scambio di quote ETS⁸.

La Commissione europea ha identificato la base giuridica di tale strumento negli articoli 191-193 del TFUE⁹: dando prevalenza alla finalità ambientale, è stata adottata la procedura legislativa ordinaria di cui all’art. 192, par. 1, TFUE, in parte per le condivisibili correlazioni tematiche ed in altra (e forse prevalente) parte per evitare le paralisi causate dalla regola dell’unanimità vigente in materia fiscale¹⁰. Ed invero, la Commissione ha chiarito che non si tratta di una misura avente natura fiscale, ma di uno

⁷ Reg. (UE) 2023/956 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, considerando n. 15: «In quanto strumento per prevenire la rilocalizzazione delle emissioni di carbonio e ridurre le emissioni di gas a effetto serra, il CBAM dovrebbe garantire che i prodotti importati siano soggetti a un sistema normativo che applica costi del carbonio equivalenti a quelli sostenuti nell’ambito dell’EU ETS, con il risultato di pervenire a un prezzo del carbonio equivalente per i prodotti importati e quelli nazionali. Il CBAM è una misura per il clima che dovrebbe sostenere la riduzione delle emissioni globali di gas a effetto serra e prevenire il rischio di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio, garantendo nel contempo la compatibilità con la legislazione dell’Organizzazione mondiale del commercio».

⁸ Direttiva (UE) 2023/959 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, recante modifica della direttiva 2003/87/CE, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell’Unione, e della decisione (UE) 2015/1814, relativa all’istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato nel sistema dell’Unione per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra.

⁹ Titolo XX del TFUE, sul tema “ambiente”.

¹⁰ Le ambiguità e le delicate manovre nel corso di lavori preparatori del CBAM, difatti, possono essere comprese alla luce di tali esigenze politiche

strumento di politica ambientale «che fa sì che i prezzi dei beni scambiati riflettano gli standard di emissione di gas serra (GHG) del Paese importatore»¹¹.

Si può, tuttavia, affermare che il CBAM costituisce il primo e rivoluzionario meccanismo di tassazione ambientale¹², intesa in senso ampio, che

¹¹ Questione estremamente controversa in dottrina, cfr., tra gli altri, F. TARINI, *op. cit.*, p. 71, il quale, operando una analisi comparativa con la natura del sistema ETS, ne pone in evidenza le differenze che fanno qualificare il CBAM come un vero e proprio tributo. Difatti, quanto al presupposto applicativo, l'A. afferma che mentre l'EU-ETS costituisce una «semplice autorizzazione all'emissione di sostanze inquinanti nell'attività produttiva», gli obblighi CBAM, «sorgono al momento dell'immissione in libera pratica, presupposto tipico dell'obbligazione (tributaria) doganale». Inoltre, l'assenza di una negoziazione dei certificati e le diverse modalità di determinazione del *quantum* dovuto per l'immissione in libera pratica consentono certamente di determinare a priori base imponibile e aliquota del CBAM. Ed infine, il CBAM, a differenza degli ETS, costituisce una risorsa propria dell'Unione, la quale va a concorrere alle entrate nella medesima misura dei dazi doganali (75%). Pertanto, conclude l'A. che il CBAM «nella formulazione ad oggi proposta, sia uno strumento a carattere tributario e, più precisamente, un dazio doganale o, tutt'al più, una tassa ad effetto equivalente».

¹² L'OCSE, sin dagli anni '90, ha evidenziato il potenziale della "tassazione" per affrontare i problemi ambientali grazie alla sua flessibilità. Sul tema della tassazione ambientale, tra tutti, si veda F. AMATUCCI, *Le fondamenta costituzionali dell'imposta ambientale*, Napoli, 1993; F. PICCIAREDDA, P. SELICATO, *I tributi e l'ambiente. Profili ricostruttivi*, Milano, 1996; F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 115 ss.; R. PERRONE CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente*, in A. AMATUCCI (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, Padova, 2001, p. 123 ss.; A.Y. STERLING, P. HERRERA MOLINA (dirs.), *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos*, Madrid, 2002; P. SELICATO, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2004, p. 257 ss.; G. SELICATO, *Fisco e ambiente: strumenti per un Governo sostenibile del territorio. Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2004, p. 399 ss.; S. CIPOLLINA, *Fiscalità e tutela del paesaggio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2008, p. 552 ss.; L. ANTONINI (a cura di), *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, Napoli, 2010; F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 303 ss.; J. A. ROZAS VALDÉS, *Los impuestos autonómicos sobre emisiones atmosféricas*, in I. BILBAO ESTRADA, F.A. GARCÍA PRATS, A. CORNEJO PÉREZ (dirs.), *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, 2010; R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012; J. E. MILNE, M.S. ANDERSEN (eds.), *Handbook of Research on Environmental Taxation*, Cheltenham, 2012; P. MASTELLONE, S. DORIGO, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione*, Roma, 2013; M. ALLENA, *I tributi ambientali tra normativa interna e disposizioni comunitarie*, in M. SCUFFI, G. ALBENZIO, M.

estende la sua applicazione al mercato internazionale e che può comportare importanti conseguenze sul piano politico ed economico.

Quanto al meccanismo applicativo, il CBAM opera mediante l'acquisto di certificati di emissione, il cui prezzo corrisponde al prezzo medio di chiusura dell'asta delle quote ETS tenutasi nella settimana precedente sulla piattaforma comune designata.

Al fine di equilibrare i diversi meccanismi globali di *carbon pricing*, l'art. 9 del regolamento CBAM prevede che le importazioni provenienti da Paesi che applicano un proprio sistema di tariffazione del carbonio o di scambio di quote di emissioni (ETS) possono ottenere una riduzione del

MICCINESI (a cura di), *Diritto doganale, delle accise e dei tributi ambientali*, Milano, 2014; F. ADAME MARTÍNEZ (dir.), *Fiscalidad ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro*, Aranzadi, 2015; P. MASTELLONE, L. DEL FEDERICO, M. BASILAVECCHIA (eds.), *Tax implications of environmental disasters and pollution*, The Hague, 2015; V. FICARI, *Nuovi elementi di capacità contributiva ed ambiente: l'alba di un nuovo giorno... fiscalmente più verde?*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, p. 827 ss.; P. PISTONE, M. VILLAR EZCURRA (eds.), *Energy taxation, Environmental Protection and State Aids: Tracing the Path from Divergence to Convergence*, Amsterdam, 2016; R. MICELI, *Tassazione ambientale e sistema tributario nazionale: nuove linee guida per le regioni dalla sentenza della Corte cost. n. 58/2015*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, p. 57 ss.; A. BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, p. 590 ss.; A.F. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, p. 1849 ss.; K. BACHUS, F. VANSWIJGENHOVEN, *The use of regulatory taxation as a policy instrument for sustainability transitions: old wine in new bottles or unexplored potential?*, in *Journal of Environmental Planning and Management*, n. 9, 2018; M. VILLAR EZCURRA (ed.), *Environmental Tax Studies for the Ecological Transition*, Cizur Menor, 2019; F. CIMINO, S. SPARACIA (a cura di), *Nuovi orientamenti di Diritto ed economia in campo ambientale*, Milano, 2019; R. ALFANO, C. BILLARDI, R. BOURGET, M. BISOGNO, *Medidas fiscales y medio ambiente: principios Ue y su concreta aplicación en algunos Países Europeos en tema de imposición sobre las emisiones de Co2*, in P. MASBERNAT, J. M. CANSINO (eds.), *Environmental taxation. Multidisciplinary, compared and international approach*, Cizur Menor, 2019; T. ZACHARIADIS, J. E. MILNE, M. S. ANDERSEN, H. ASHIABOR (eds.), *Economic Instruments for a Low-carbon Future, Critical Issues in Environmental Taxation series vol. XXII*, Cheltenham, 2020; G. SELICATO, A.F. URICCHIO (eds.), *Circular Economy and Environmental Taxation*, Bari, 2020; J. E. MILNE, M.S. ANDERSEN, H. ASHIABOR (eds.), *Environmental Taxation in the Pandemic Era, Critical Issues in Environmental Taxation*, cit.; E. TRAVERSA, B. TIMMERMANS, *Value-Added Tax (VAT) and Sustainability in the European Union: A Radical Proposal*, in *Intertax*, 2021, p. 871 ss.; S. SCARASCIA MUGNOZZA, *Fiscalità ambientale e green economy. Profili evolutivi*, Bari, 2021; A. COMELLI, *Cambiamenti climatici e profili tributari della protezione dell'ambiente, nella prospettiva europea*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, p. 1969 ss.; ID., *La tassazione ambientale*, cit., p. 791 ss.

numero di certificati da restituire dimostrando di aver già pagato il prezzo del carbonio nel Paese di origine¹³.

Entro il 31 maggio di ogni anno¹⁴, l’importatore deve “restituire”¹⁵ all’Autorità competente il numero di certificati corrispondente alle emissioni implicite dichiarate.

A differenza delle quote ETS, che seguono un meccanismo di “*cap and trade*”, i certificati CBAM non sono negoziabili e, pertanto, gli eventuali certificati rimanenti nel registro CBAM possono essere rivenduti esclusivamente all’Autorità competente, allo stesso prezzo di acquisto (art. 23 regolamento CBAM).

È previsto un periodo di transizione di tre anni (dalla data di entrata in vigore del regolamento, 1° ottobre 2023, fino al 31 dicembre 2025) in cui gli importatori, ovvero i rappresentanti doganali per i casi di cui all’art. 32 del regolamento CBAM, sono tenuti a comunicare le emissioni relative alle merci importate¹⁶, senza alcun impegno finanziario, al fine di acquisire informazioni sulle quantità dei prodotti in entrata soggetti al CBAM, com-

¹³ Cfr. A. COMELLI, *Profili europei della tassazione ambientale*, in *Dir. prat. trib.*, 2023, p. 2264, il quale evidenzia che trattasi di un meccanismo che consentirà di riequilibrare, sul piano economico, il *dumping* ambientale posto in essere da alcuni Stati terzi che, almeno finora, non si sono impegnati (o non si sono sufficientemente impegnati) a contrastare l’emissione di gas a effetto serra all’interno dei loro territori, secondo il principio “chi inquina paga”.

¹⁴ Il primo anno sarà il 2027 per l’anno 2026.

¹⁵ Per “restituzione” dei certificati si intende la compensazione dei certificati CBAM con le emissioni incorporate dichiarate nelle merci importate o con le emissioni incorporate nelle merci importate che avrebbero dovuto essere dichiarate, v. art. 3, par. 1, n. 25) del reg. CBAM.

¹⁶ La comunicazione è trimestrale, da operare entro un mese dalla fine del trimestre di riferimento. La prima comunicazione deve essere inviata entro il 31 gennaio 2024, con riferimento ai beni importati nel quarto trimestre 2023 e l’ultima comunicazione del periodo transitorio dovrà essere inviata entro il 31 gennaio 2026, con riferimento ai beni importati nel quarto trimestre 2025. Tuttavia, nel regime italiano si sono verificate le prime criticità tecniche nell’accesso e nel funzionamento del Registro transitorio CBAM e, pertanto, la Commissione ha reso noto che, a partire dal 1° febbraio 2024, sarà disponibile sul Registro transitorio una nuova funzionalità che consentirà ai dichiaranti, nei termini e modalità stabiliti dalla Commissione, la possibilità di presentare la relazione CBAM oltre il termine del 31.01.2024. Ciò a riprova che trattasi di un meccanismo complesso e che necessita di significativi mezzi per l’attuazione, v. M. FABIO, A. MARROCCO, B. BRUNETTI, *CBAM: nuovi adempimenti “ambientali” da gennaio 2024 per le importazioni di taluni materiali da Paesi extra UE*, in *Fisc. comm. intern.*, 2024, p. 47.

presa la valutazione delle emissioni incorporate. In tale fase ha inizio, altresì, l'attività di autorizzazione dei soggetti obbligati da parte delle Autorità nazionali competenti.

Una volta che il meccanismo sarà pienamente operativo (a partire dal 1° gennaio 2026), l'impresa autorizzata dovrà presentare, entro il 31 maggio di ogni anno, una dichiarazione (art. 6 regolamento CBAM) che indichi: (i) le quantità di beni importati nell'anno precedente; (ii) le emissioni totali incorporate nelle merci; (iii) il numero totale di certificati CBAM da restituire, corrispondenti alle emissioni incorporate nei prodotti importati; d) copie delle relazioni di verifica, rilasciate dal verificatore accreditato.

Il CBAM trova applicazione in specifici settori a rischio di rilocalizzazione delle emissioni, per determinate merci che rientrano nei codici della nomenclatura combinata (NC) elencati nell'allegato 1 del regolamento CBAM, ossia prodotti ad alta intensità di carbonio quali: il cemento, l'energia elettrica, i concimi, i prodotti siderurgici, l'alluminio e l'idrogeno.

Esso si applica alle emissioni dirette di gas a effetto serra, prodotte dal momento della produzione delle merci fino all'importazione nel territorio doganale dell'Unione, rispecchiando l'ambito di applicazione dell'EU ETS per garantire la coerenza del sistema; si applica, inoltre, anche alle emissioni indirette, ad eccezione dei prodotti di cui all'allegato 2 del Regolamento CBAM, ossia alle emissioni derivanti dalla produzione di energia elettrica utilizzata per produrre le merci a cui si applica il regolamento.

Sul piano territoriale, il CBAM trova attuazione nei confronti dei Paesi che non fanno parte dell'Unione doganale.

La gestione amministrativa e l'attuazione del regolamento CBAM è "decentralizzata" in quanto è affidata alle Autorità nazionali, e la Commissione europea ha un importante ruolo di coordinamento. I singoli Stati, pertanto, possono individuare l'Autorità competente, che non deve necessariamente coincidere con le Autorità doganali.

Il CBAM, infine, costituisce una "nuova risorsa propria dell'UE": il 75% del gettito è destinato al bilancio dell'UE¹⁷, con la specifica ed ulteriore finalità di fronteggiare l'indebitamento derivante dalle politiche attuate per contrastare l'emergenza sanitaria Covid e rilanciare l'economia¹⁸.

¹⁷ È stato stimato un gettito dai 5 ai 14 miliardi l'anno.

¹⁸ Così L. DEL FEDERICO nel proprio intervento nell'ambito del Convegno tenutosi a Cagliari il 12 maggio 2023, "La transizione ecologica nel sistema tributario: le politiche fiscali al servizio della green economy".

3. Carbon leakage: EU ETS e CBAM

Il sistema dell’EU ETS ed il CBAM condividono il medesimo obiettivo di imporre un prezzo per le emissioni di gas serra in determinati settori o per specifici prodotti, tramite l’assegnazione rispettivamente di quote o di certificati. Entrambi i sistemi sono regolamentati e legittimati dalla necessità di ridurre le emissioni di gas serra, conformemente all’obiettivo vincolante dell’Unione europea di ridurre entro il 2030 le emissioni del 55% rispetto al 1990 e di raggiungere entro il 2050 la neutralità climatica in tutti i settori, come stabilito nel regolamento (UE) 2021/1119.

Tuttavia, mentre l’EU ETS stabilisce un limite massimo al numero complessivo di quote assegnate per le emissioni provenienti dalle attività soggette a tale regime e consente la cessione di tali quote (attraverso il sistema *cap and trade*)¹⁹, il CBAM non prevede limiti quantitativi sulle importazioni, al fine di non ostacolare i flussi commerciali.

Inoltre, mentre l’EU ETS si applica esclusivamente agli impianti situati all’interno dell’Unione europea, il CBAM è applicato a specifiche merci importate nel territorio doganale dell’Unione e, pertanto, colpisce soggetti terzi extra-UE²⁰.

Attualmente, il rischio di *carbon leakage* viene attenuato nell’ambito del sistema europeo dell’ETS mediante la concessione di “quote gratuite” a quei settori in cui vi è un più elevato rischio di rilocalizzazione, e mediante compensazioni per l’aumento dei costi dell’energia elettrica ai sensi delle norme sugli aiuti di Stato.

Tuttavia, come evidenziato dalla Commissione, l’assegnazione gratuita nell’ambito del sistema UE ETS «indebolisce il segnale di prezzo dato dal sistema agli impianti che ne beneficiano rispetto alla messa all’asta integrale», incidendo sugli incentivi agli investimenti per ridurre ulteriormente le emissioni di gas a effetto serra. Tale meccanismo, pertanto, ha il solo scopo di salvaguardare il mercato interno dalla possibile rilocalizza-

¹⁹ S. GIORGI, *L’Emissions Trading Scheme: aspetti contabili e fiscali*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2017, p. 14.

²⁰ Cfr. F. TARINI, *Considerazioni sulla proposta di introduzione del Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)*, *op. cit.*, p. 73 secondo cui il CBAM è uno strumento che «nell’intenzione dei suoi proponenti, mira a completare il sistema introdotto dall’*Emission Trading Scheme* (c.d. EU-ETS), finalizzato, quest’ultimo, ad incentivare la riduzione delle emissioni di carbonio (CO₂)».

zione delle attività, ma non incentiva la minore produzione globale di gas a effetto serra.

Il CBAM, in tale panorama, si presenta come meccanismo alternativo che va a sostituire gradualmente il sistema della concessione di certificati gratuiti dell'EU ETS. Il meccanismo inizierà ad essere applicato ai prodotti che godono dell'agevolazione nel sistema ETS ed in modo direttamente proporzionale alla riduzione delle quote gratuite assegnate a questi settori. Fino alla completa eliminazione della concessione dei certificati gratuiti nel 2035, il CBAM si applicherà solo alla parte di emissioni che non beneficia di quote gratuite nell'ambito del sistema ETS, garantendo così la parità di trattamento degli importatori rispetto ai produttori dell'UE.

4. I molteplici “scopi” del CBAM e la tutela del mercato unico

Nel discorso giuridico e politico, al CBAM sono stati attribuiti molteplici scopi²¹, tra cui: *a*) la lotta al “cambiamento climatico” in conformità agli obiettivi dell'Accordi di Parigi; *b*) la prevenzione della “rilocalizzazione” delle emissioni di carbonio; *c*) la “neutralizzazione dei vantaggi competitivi” dei prodotti importati rispetto quelli interni; *d*) il rafforzamento della “leadership europea” sul clima; *e*) il reperimento di “risorse” per la finanza europea²².

²¹ Cfr. European Parliament Resolution (2020/2043(INI)), Committee on the Environment, Public Health and Food Safety, *Report towards a WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism*, p. 28: «Acknowledges that the primary purposes of the CBAM must be to protect the climate, mitigate the carbon leakage dilemma, provide a level playing field for decarbonisation costs, and increase demand for low-carbon products and processes, as well as to prevent distortions to competition and trade, and to safeguard the competitiveness of EU industries; stresses that the CBAM will help the EU to meet its climate targets while ensuring a level playing field in international trade, reducing offshoring of production to third countries with less ambitious environmental regulations, and respecting the “polluter pay” principle, with the aim of galvanising the rest of the world into taking climate action in line with the Paris Agreement and the European Green Deal; believes that the eventual outcome of the introduction of a CBAM would be more innovation and investments in greener technologies; highlights, moreover, the necessity for the CBAM to be designed with the highest environmental integrity in mind».

²² Si veda A. PIRLOT, *op. cit.*, la quale analizza le seguenti differenti funzioni (“stories”): «1) “fair competition story” in addressing carbon leakage risks and fostering fair competition; 2) “Paris Agreement story”: the role of CBAMs in promoting compliance

Il CBAM, difatti, consiste in uno strumento complesso sia nella struttura che nella funzione.

La Commissione, nei lavori preparatori, ha dato prevalenza alla finalità ambientale, come confermato anche dalla collocazione “topografica” tra le misure volte a conseguire gli obiettivi fissati nell’*European Green Deal* e, poi, nel *Fit for 55% package*, unitamente a numerose altre proposte, tra cui la revisione della tassazione dell’energia, nonché l’ampliamento dell’ambito di applicazione del sistema ETS.

Prendendo in considerazione la struttura della misura, la finalità ambientale è confermata dal fatto che il CBAM colpisce direttamente le emissioni incorporate nel prodotto, per le quali non è stato pagato un “prezzo” nel Paese di origine, e viene determinato sulla base della quantità e qualità delle stesse (mediante uno specifico calcolo previsto nell’allegato IV del regolamento CBAM). Secondo la tradizionale classificazione della tassazione ambientale, tale misura si collocherebbe nell’ambito dei “tributi in senso stretto”²³, per i quali il fattore “ambiente” si colloca all’interno del presupposto d’imposta e non incide sulla sola finalità del gettito.

Tale strumento, inoltre, a differenza delle altre misure adottate con finalità ambientale che hanno una incidenza sugli Stati membri dell’UE, ha una portata applicativa che travalica i confini dell’Unione. In questo senso, l’UE rafforza la propria *leadership* a livello globale per la lotta al cambiamento climatico, imponendo misure vincolanti che vanno oltre la propria “competenza territoriale”, incidendo sulle decisioni di Paesi extra-UE.

Una misura speculare, che ha la medesima finalità di affermazione della “*leadership* europea” sul clima, è rappresentata dal regolamento contro la deforestazione²⁴, n. 1115 del 31 maggio 2023, che impone norme obbligatorie di “diligenza” a tutti gli operatori e commercianti che immettono o mettono a disposizione sul mercato dell’UE specifiche materie prime (quali olio di palma, bovini, legno, caffè, cacao, gomma e soia) o che le espor-

with the Paris Agreement; 3) “climate leadership story”: the role of CBAMs as an instrument of climate leadership for the implementing country; 4) “consumption-based story”: the role of CBAMs in internalising greenhouse gas emissions linked to consumption; 5) “budgetary story”: budgetary objective of CBAMs».

²³ Cfr., per un’ampia analisi, R. ALFANO, *op. cit.*

²⁴ Reg. (UE) 2023/1115 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo alla messa a disposizione sul mercato dell’Unione e all’esportazione dall’Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale, GUUE L 150/206, e che abroga il regolamento (UE) n. 995/2010.

tano dal mercato dell'UE. Essa, difatti, incide sul mercato internazionale, sebbene con un meccanismo totalmente differente, in quanto prevede che potranno essere commercializzati nell'Unione solo beni il cui fornitore abbia rilasciato una specifica dichiarazione che attesti che il prodotto non proviene da «terreni deforestati e non ha contribuito al degrado di foreste». Come espressamente previsto all'art. 3 del regolamento n. 1115/2023 «le materie prime interessate e i prodotti interessati non sono immessi o messi a disposizione sul mercato o esportati, a meno che non soddisfino tutte le condizioni seguenti: a) sono a deforestazione zero; b) sono stati prodotti nel rispetto della legislazione pertinente del paese di produzione; e c) sono oggetto di una dichiarazione di dovuta diligenza».

Oltre alla primaria finalità ambientale, inoltre, il CBAM ha una finalità definita “protezionistica”. Ed invero, se da un lato la “rilocalizzazione” delle attività, ovvero la “sostituzione” dei prodotti, determinano un mero “spostamento dell'inquinamento” e non una riduzione dello stesso, con un effetto negativo sulla lotta al *climate change*, dall'altro tali fenomeni mettono in serie pericolo la competitività del mercato interno.

Come è stato osservato, i diversi strumenti di “*carbon pricing*”, compresi i sistemi di scambio delle emissioni (come il sistema EU ETS) e gli strumenti propriamente fiscali (come le tasse sul carbonio), possono determinare la rilocalizzazione del carbonio e, quindi, una perdita di competitività per le imprese nazionali²⁵.

Il meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, pertanto, va a sopperire alla mancanza di un “*global carbon price*”, che rappresenterebbe la soluzione ottimale al fine di combattere all'unisono un problema di rilevanza mondiale al quale non si può approcciare con misure miopi ed unilaterali.

In tal senso, parte della dottrina considera il CBAM come una misura che consenta di evitare gli effetti concorrenziali “sleali” legati ad una politica di tariffazione del carbonio estremamente differenziata tra i diversi Stati e, dunque, teso ad affermare una “concorrenza leale” tra gli stessi²⁶.

Tuttavia, tale visione viene contrastata da quegli Stati che danno prevalenza alla finalità protezionistica del CBAM (sebbene nell'ambito di un

²⁵ Cfr. A. PIRLOT, *op. cit.*, p. 28, con riguardo alla “*fair competition story*”.

²⁶ V. M. A. MEHLING, H. VAN ASSELT, K. DAS, S. DROEGE, C. VERKUIJL, *Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action*, in *American Journal of International Law*, 2019, p. 433.

protezionismo “verde”²⁷), in quanto teso a proteggere le imprese nazionali dalle conseguenze economiche negative causate dalle ambiziose politiche climatiche dell’Unione, ostacolando il commercio internazionale.

Sul piano nazionale, tale finalità ha portato la maggior parte dei primi commentatori a qualificare il CBAM come una prestazione avente natura propriamente tributaria, e nello specifico quale “dazio doganale” (anche denominato “dazio ambientale”), ovvero come tassa ad effetto “equivalente”²⁸.

In ultimo, la “circolarità” di tale misura riguarda la finalità del gettito, che deve essere tenuta distinta dalla finalità della misura stessa. A seguito delle numerose crisi che si stanno susseguendo – dalla crisi pandemica alla crisi bellica e quindi energetica – e degli importanti impegni finanziari che sono stati assunti a livello europeo, l’Unione ha evidenziato la necessità di individuare nuove “risorse proprie”.

Tuttavia, nonostante l’interesse e l’esigenza di generare nuove entrate per l’Unione, la Commissione sembra respingere l’idea che il “*budgetary objective*” sia parte integrante degli obiettivi del CBAM²⁹. Nella valutazione d’impatto della Commissione, infatti, si legge tra gli “*ancillary effects*” che «sebbene non sia stato introdotto con l’obiettivo di aumentare le entrate e non abbia svolto un ruolo nella progettazione della misura, il CBAM aumenterà le entrate sulle emissioni di gas serra alla frontiera»³⁰.

²⁷ OCSE, *Climate Policy Leadership in an Interconnected World: What Role for Border Carbon Adjustments?*, OECD Publishing, Paris, 2020.

²⁸ Sulla natura di “dazio”, si veda A. MAJOCCHI, *op. cit.*, p. 19 il quale parla di «dazio compensativo alla frontiera riscosso sulle importazioni di merci provenienti da paesi che non impongono un carbon price»; A. COMELLI, *Profili europei della tassazione ambientale*, *op. cit.*, il quale rileva che «il meccanismo di adeguamento in esame sembra più esattamente da qualificare come un nuovo tributo doganale, ovvero come dazio ambientale, che sarà applicato alle importazioni di beni ad alta intensità di carbonio»; F. TARINI, *Considerazioni sulla proposta di introduzione del Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)*, *op. cit.*, per il quale si rinvia a quanto analizzato nella nota n. 11; nonché, in tal senso L. DEL FEDERICO nel proprio intervento nell’ambito del Convegno tenutosi a Cagliari il 12 maggio 2023.

²⁹ Cfr. A. PIRLOT, *op. cit.*, p. 37, in riferimento alla “*Budgetary Story*”.

³⁰ V. *CBAM Impact Assessment Report, Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism* (SWD/2021/643 final): «While not introduced with revenue raising as its purpose and it not playing a role in the design of the measure, the CBAM will raise revenue on GHG emissions at the border. This is acknowledged in the Interinstitutional

L'impatto sulle entrate dell'UE, inoltre, è collegato al livello futuro del prezzo del carbonio e dalle emissioni incorporate nei prodotti CBAM importati: mentre il prezzo del carbonio potrebbe continuare ad aumentare in futuro, le emissioni incorporate nei prodotti CBAM provenienti dai partner commerciali dell'UE potrebbero diminuire a seguito dell'applicazione del CBAM, in ragione della funzione incentivante all'adozione di tecnologie a zero o basse emissioni nei Paesi terzi.

5. Criticità e brevi riflessioni conclusive

In virtù della analizzata complessità del CBAM e, nello specifico, della sua incidenza sull'economia di Paesi terzi, tale misura presenta diverse criticità.

Si è, difatti, posto un dubbio di compatibilità dello stesso con regolamentazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)³¹, in particolare con le norme relative alla non discriminazione: l'art. II.2 del GATT, difatti, prevede che gli Stati possono imporre, all'atto dell'importazione, oneri paragonabili a imposte interne applicabili a prodotti nazionali simili, ma a condizione che gli stessi non siano superiori a quelli applicabili ai prodotti nazionali equivalenti, ai sensi del successivo art. III.2³². Tali criticità, tuttavia, potrebbero essere superate tenendo in considerazione la primaria finalità ambientale, tutelata all'art. XX del GATT, secondo cui possono ritenersi legittime le misure «necessarie per proteggere la vita o la salute umana, animale o vegetale» e «relative alla conservazione di risorse naturali esauribili, se tali misure sono rese effettive in combinazione con restrizioni alla produzione o al consumo interno». Ciò, laddove tali misure non siano «applicate in modo da costituire un mezzo di discrimina-

agreement including the CBAM in the list of future own resources in the context of NextGenerationEU. The introduction of a CBAM would also incentivise key trading partners to consider the revenue generation dimension of carbon pricing policies».

³¹ N. ZUGLIANI, *La proposta di un meccanismo europeo di adeguamento del carbonio alle frontiere (CBAM). Tra il raggiungimento degli obiettivi prefigurati nell'accordo di Parigi e presunte violazioni degli obblighi OMC*, in *Dir. comm. int.*, 2022, p. 165.

³² Si veda il parere del CESE sulla proposta di reg. (UE) (2022/C 152/30), del 6 aprile 2022, riguardante l'introduzione di un meccanismo di adeguamento del controllo del carbonio alle frontiere.

zione arbitraria o ingiustificata tra Paesi in cui prevalgono le stesse condizioni, o una restrizione dissimulata al commercio internazionale»³³.

Un altro aspetto particolarmente delicato consiste nell’impatto sui Paesi in via di sviluppo, che potrebbero subire conseguenze negative dall’attuazione del CBAM, avendo difficoltà ad adottare tecnologie a basse emissioni di carbonio ed a competere sul mercato europeo, con il pericolo di aggravare le disuguaglianze globali. Si andrebbe, in tal modo, a violare il principio cardine, di cui all’art. 4, par. 3, dell’Accordo di Parigi, del c.d. “*common but differentiated responsibilities and respective capabilities principle*”, in base al quale gli sforzi verso la lotta ai cambiamenti climatici devono essere tarati sulle concrete possibilità e capacità dei singoli Stati.

L’implementazione del CBAM, ancora, comporta una significativa complessità amministrativa, oltre alla difficile individuazione di un sistema affidabile per il calcolo e la verifica delle emissioni di carbonio incorporate nei prodotti importati³⁴.

Esso, inoltre, può determinare un aumento del costo dei beni importati nell’UE, poiché internalizza il costo del carbonio nei relativi prezzi, con un impatto diretto sui consumatori europei, in particolare sui beni di consumo di base.

³³ F. TARINI, *op. cit.*, il quale evidenzia alcuni dubbi che potrebbero sorgere, da un lato, in relazione al concetto di “Paesi in cui prevalgono le stesse condizioni” in quanto la proposta della Commissione non contiene alcuna disposizione specifica concernente il riconoscimento dell’equivalenza dei sistemi adottati da Paesi terzi; dall’altro, l’A. afferma che «il CBAM, pur avendo un connotato sicuramente ambientale, finisce inevitabilmente per introdurre una misura a carattere commerciale simile ad un dazio *antidumping*». L’acquisto dei certificati EU-ETS per i produttori europei costituisce, invero, oltre che un obbligo volto alla tutela ambientale, anche un “costo di produzione”, tendenzialmente idoneo ad innalzare il prezzo di vendita dei beni finali. Di conseguenza, prodotti paragonabili provenienti da Paesi terzi privi di misure ambientali simili potrebbero essere introdotti nel mercato europeo ad un prezzo significativamente inferiore, circostanza potenzialmente lesiva per l’industria nazionale del paese importatore.

³⁴ Cfr. S. ARMELLA, *CBAM: un nuovo dazio ambientale sulle merci importate*, in *Corr. trib.*, 2024, p. 92, la quale pone in evidenza che sussistono molte criticità sia per l’ampiezza delle responsabilità attribuite agli importatori europei che per la limitatissima tempistica di adeguamento ai nuovi e penetranti obblighi. La dichiarazione CBAM richiede, infatti, elementi conoscitivi estranei alla sfera di conoscenza dell’importatore e lo espone a una forma di responsabilità per fatto altrui, sia sotto il profilo fiscale che sanzionatorio, che solleva molte perplessità. In tal senso, lo sviluppo tecnologico e l’utilizzo dell’intelligenza artificiale potrebbe svolgere un ruolo fondamentale.

Ebbene, nonostante sussistano diverse criticità e, tra tutte, rilevanti tensioni sul piano internazionale (essendo il mercato dell'UE il secondo più grande al mondo), il CBAM, come anche il regolamento contro la deforestazione a cui si è fatto cenno, devono essere valorizzati per la propria portata rivoluzionaria, essendo misure con cui l'Unione utilizza il commercio internazionale quale strumento per attuare l'ambiziosa strategia di decarbonizzazione, fungendo da esempio ed incentivo per i Paesi terzi a rafforzare le proprie politiche climatiche.

Tali misure, infine, sono una icastica espressione dell'incidenza e della forza delle politiche dell'Unione, anche a tutela del mercato unico, sul mercato internazionale, andando ad incidere su comportamenti e problemi globali che non possono essere "combattuti" unilateralmente.

I QUADERNI DEL CORSO DI PERFEZIONAMENTO IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

1. R. Mastroianni, A. Maffeo (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, 2015
2. A. Maffeo, *Il délai raisonnable nel contenzioso dell'Unione europea*, 2016
3. R. Mastroianni, F. Rolando (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, 2017
4. R. Mastroianni, A. Arena (edited by), *60 Years of EU Competition Law*, 2017
5. A. Arena, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, 2019
6. G. Vitale, *La delega di poteri normativi nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, 2019
7. F. Rolando, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, 2020
8. R. Mastroianni, F. Ferraro (a cura di), *Libertà di informazione e diritto dell'Unione europea*, 2022
9. A. Circolo, *Il valore dello stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, 2023
10. C. Massa, *Gli accordi internazionali preesistenti tra Stati membri e Stati terzi nell'ordinamento dell'Unione europea*, 2024

Finito di stampare nel mese di febbraio 2024
presso la *Grafica Elettronica* - (Na)