



Papers di  
**DIRITTO  
EUROPEO**

[www.papersdidirittoeuropeo.eu](http://www.papersdidirittoeuropeo.eu)  
ISSN 2038-0461

2022, n. 1

DIRETTORE RESPONSABILE

**Maria Caterina Baruffi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

**Francesco Bestagno** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

**Adelina Adinolfi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).  
*Segretario:* **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

**Stefano Amadeo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Associato di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Silvia Marino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Francesca Ragno** (Associato di Diritto internazionale, Università di Verona); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

**Diletta Danieli** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Emanuela Pistoia** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Angela Maria Romito** (Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

**Isolde Quadranti** (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*). Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

## **Fascicolo 2022, n. 1**

### **INDICE**

Maria Caterina Baruffi e Ruggiero Cafari Panico <i>Le risorse proprie dell'Unione nella prospettiva delle riforme istituzionali</i>	1
Giacomo Biagioni <i>Giurisdizione in materia matrimoniale e principio di non discriminazione in base alla nazionalità</i>	31
Marco Borraccetti <i>Soggiorno di lungo periodo e assenza dal territorio secondo la Corte di giustizia: quando la sporadicità della presenza aiuta</i>	49
Ruggiero Cafari Panico <i>La disciplina delle imprese funebri nel prisma della libera prestazione dei servizi</i>	63
Angela Festa <i>Le sentenze «gemelle» del 16 febbraio 2022: oltre la questione di legittimità, un «manifesto» sui fondamenti del diritto europeo</i>	81
Martina Migliorati <i>Profili discriminatori della pubblicità comportamentale online: strumenti e prospettive di tutela nel diritto dell'Unione europea</i>	111
Olga Rubagotti <i>Collective bargaining and public health protection. Which role for the implementation of Agenda 2030 Goal 3 and EU social policies?</i>	133



# Le risorse proprie dell'Unione nella prospettiva delle riforme istituzionali

Maria Caterina Baruffi\* e Ruggiero Cafari Panico\*\*

**SOMMARIO:** 1. Il sistema di finanziamento dell'Unione europea. – 2. Le nuove risorse proprie e la capacità fiscale europea nell'emergenza da COVID-19 alla luce della decisione 2020/2052. – 3. Il regime di condizionalità e il programma *Next Generation EU*. – 4. La governance economica dell'Unione, la competenza tributaria e le prospettive di riforma istituzionale nella Conferenza sul futuro dell'Unione. – 5. *Segue:* gli strumenti per superare il voto all'unanimità in materia fiscale. – 6. Possibili proposte di riforma istituzionale: l'ipotesi referendaria. – 7. Conclusioni: il superamento dell'unanimità e le prospettive di integrazione europea.

## 1. Il sistema di finanziamento dell'Unione europea.

Il tema del finanziamento del bilancio dell'Unione europea è da tempo al centro del dibattito che accompagna le iniziative di riforma del sistema unionale. La crisi pandemica da COVID-19 ha reso ineludibile la ricerca di una risposta alla esigenza di un massiccio intervento dell'Unione, mediante proprie risorse di bilancio, a sostegno degli Stati non solo dell'eurozona, ma, non trattandosi questa volta di una crisi particolare dell'euro, di tutta l'Unione, in nome dei principi di solidarietà e resilienza. Si è aperta così una nuova fase nel processo di integrazione, che impone una ridefinizione della capacità fiscale europea e che dovrebbe portare, a esito della Conferenza sul futuro dell'Unione, all'introduzione delle opportune riforme sul piano istituzionale.

Non si erano però sopite le discussioni sugli strumenti cui si è fatto ricorso per reperire le risorse necessarie per far fronte all'attuale crisi economica, in particolare il *Next Generation EU* (NGEU), che la crisi ucraina ha riaperto il dibattito sul finanziamento delle iniziative dell'Unione europea.

Il bilancio europeo, basato sulla condivisione delle risorse prelevate negli Stati membri, rappresenta lo strumento che l'Unione europea ha a disposizione per conseguire i propri obiettivi, compreso quello della ripresa economica e ora della risposta alla crisi economica e umanitaria conseguente alla invasione dell'Ucraina, nonché affrontare le sfide che essa è chiamata a fronteggiare.

Il sistema di finanziamento dell'Unione<sup>1</sup>, previsto dall'art. 311 TFUE, stabilisce, al comma 1, che «[l']Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per

---

\* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bergamo.

\*\* Professore ordinario a r. di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

portare a compimento le sue politiche», mentre il comma successivo precisa che «[il] bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie», ossia mediante «mezzi di finanziamento “propri” dell’Unione e dunque indipendenti dalle politiche degli Stati membri: si tratta di entrate pubbliche, con diversa qualificazione giuridica imputabili anche all’ambito tributario, allo spazio doganale, definitivamente assegnate all’Unione, che le spettano di diritto, senza che occorra un’ulteriore decisione delle Autorità nazionale e senza che gli Stati membri abbiano la possibilità di opporsi. Grava su questi ultimi solo l’obbligo di riscuotere le risorse proprie e di riversarle al bilancio europeo tramite la c.d. messa a disposizione; si tratta, infatti, di gettiti già *ab origine* di “proprietà” dell’Unione ma riscossi nei territori ove si verifica il presupposto impositivo»<sup>2</sup>.

L’osservazione immediata è che, in mancanza di una capacità impositiva unionale<sup>3</sup>, la locuzione “risorse proprie” appaia in realtà impropria, se non ingannevole, venendo usata per descrivere un meccanismo di finanziamento composto di trasferimenti dagli Stati, e non già, come letteralmente potrebbe ritenersi, la possibilità di esercizio da parte dell’Unione di una propria sovranità impositiva, in virtù della quale l’Unione imponga propri tributi che siano pagati direttamente dai contribuenti europei che in tal modo finanziano, in via immediata, il bilancio europeo, senza transitare in quello degli Stati membri.

A prescindere da ogni considerazione in merito all’assenza di autonomia finanziaria che tale sistema di finanziamento comporta in relazione alla natura *sui generis* dell’Unione, va invece osservato che l’eccezionalità della situazione economica venutasi a creare con la pandemia da COVID-19 ha indotto gli Stati membri a modificare in misura significativa il quadro normativo delineato dal Trattato di Lisbona e che già negli anni immediatamente successivi era stato oggetto di valutazioni fortemente critiche. Ad essere fatta valere era l’esigenza di riformare l’assetto della finanza pubblica europea nell’ottica di attribuire all’Unione europea un reale potere impositivo per il conseguimento dei suoi obiettivi e la realizzazione delle sue politiche, come del resto enunciato nel citato art. 311 TFUE.

Le spese di funzionamento dell’apparato istituzionale dell’Unione, al pari di quelle destinate all’attuazione delle sue attività e delle sue politiche, sono finanziate attraverso

---

<sup>1</sup> Sul punto, in generale, cfr. G. ROSSOLILLO, *Il finanziamento dell’Unione europea. Proposte per una riforma dei trattati per istituire una competenza fiscale dell’Unione europea*, in *I quaderni federalisti*, 2021, reperibile [online](#).

<sup>2</sup> C. SCIANCALEPORE, *Le risorse proprie della finanza europea*, Bari, 2021, p. 1.

<sup>3</sup> Sul punto cfr. G. ROSSOLILLO, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2018, pp. 121-152.

il sistema delle risorse proprie<sup>4</sup> (art. 311, comma 2) che, istituito nel 1970<sup>5</sup>, si fondava su tre categorie di entrate rimaste nel tempo sostanzialmente immutate, pur variandone la rilevanza: dazi doganali comuni, prelievi alle importazioni e una percentuale di IVA di cui veniva armonizzata la base imponibile<sup>6</sup>.

A partire dagli anni Ottanta<sup>7</sup>, le residue esigenze finanziarie sono state coperte da trasferimenti a carico dei bilanci nazionali in misura proporzionale alla dimensione delle economie dei vari paesi. La quota a carico dei bilanci nazionali, a fronte del ridursi dei prelievi alle frontiere per la progressiva liberalizzazione degli scambi internazionali, ha conosciuto una crescita inarrestabile, divenendo la voce di gran lunga prevalente del totale delle entrate dell'Unione<sup>8</sup>.

La crisi finanziaria del 2008 aveva già evidenziato come l'eccessiva dipendenza delle finanze dell'Unione dai trasferimenti nazionali le impedisse di adottare adeguate politiche di sostegno in ragione del vincolo rappresentato dal voto unanime degli Stati, a sua volta giustificato dal peso delle entrate direttamente a loro carico.

La crisi pandemica in atto ha reso ancor più evidente l'inadeguatezza della architettura istituzionale nel momento in cui l'Unione è stata chiamata ad affrontare una situazione di emergenza mediante l'adozione di misure straordinarie di intervento che, ispirate ad una politica di solidarietà, non potevano essere finanziate con gli strumenti usuali, secondo una strada già imboccata nel corso del 2020 dalla BCE mediante l'adozione del *Pandemic Emergency Purchase Program* (PEPP)<sup>9</sup>, sulla scia del

---

<sup>4</sup> Il sistema precedente si basava sui contributi finanziari obbligatori versati dagli Stati membri in base ad una ripartizione stabilita nei Trattati, secondo un sistema tipico delle organizzazioni internazionali, poi sostituito per assicurare una maggiore autonomia finanziaria alle allora Comunità. Sul punto, cfr. G. ROSSOLILLO, *Il finanziamento dell'Unione europea*, cit.

<sup>5</sup> Decisione, del 21 aprile 1970, relativa alla sostituzione dei contributi finanziari degli Stati membri con risorse proprie delle Comunità ([70/243/CECA, CEE, Euratom](#)).

<sup>6</sup> S. CAFARO, *L'evoluzione della costituzione economica dell'Unione: si è conclusa l'era della stabilità?*, in AA.VV., *Quaderno AISDUE, Serie speciale*, n. 1, Atti del convegno di Bologna, 4-5 novembre 2021, Napoli, 2022, pp. 21-46, reperibile [online](#).

<sup>7</sup> Decisione del Consiglio del 24 giugno 1988 relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità ([88/376/CEE, Euratom](#)).

<sup>8</sup> In realtà l'obiettivo da perseguire dovrebbe essere l'opposto, in quanto «[r]idurre i trasferimenti nazionali a vantaggio del bilancio europeo restituirebbe un triplice beneficio: (i) renderebbe l'Unione più autonoma; (ii) le consentirebbe di adottare politiche di solidarietà a beneficio dei cittadini (possibilmente non degli Stati) e (iii) aprirebbe la strada ad una possibile eliminazione del voto all'unanimità, poiché è ben difficile da immaginare un passo indietro degli Stati fintantoché si attinge al loro portafoglio. In ultima analisi, consentirebbe un po' di politica economica europea al di là del coordinamento delle politiche nazionali, poiché è attraverso la porta stretta del bilancio che passa la maggiore o minore discrezionalità politica in quest'ambito» (S. CAFARO, *L'evoluzione*, cit., p. 30).

<sup>9</sup> [Decisione \(UE\) 2020/440](#) della Banca centrale europea del 24 marzo 2020 su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17).

*quantitative easing*<sup>10</sup> già in atto, e dalla stessa Unione con l'emissione dell'obbligazione sociale SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)<sup>11</sup>.

Tutte misure queste che, unite ad altre iniziative, quali il *Temporary Framework*<sup>12</sup>, in tema di aiuti, hanno aperto la strada all'adozione del pacchetto di misure denominato *Next Generation EU*<sup>13</sup>, in concomitanza con l'approvazione del quadro finanziario pluriennale, giunto nel frattempo a scadenza, e della decisione sulle risorse proprie, con di fatto una revisione delle regole di bilancio e di finanziamento in termini non solo di volumi, ma anche temporale, essendo le nuove regole destinate ad influenzare a lungo la programmazione finanziaria dell'Unione, sicuramente oltre la scadenza del 2027 del Quadro finanziario pluriennale (QFP)<sup>14</sup>.

Il sistema di finanziamento è attualmente disciplinato dalla decisione (UE, Euratom), del 14 dicembre 2020, 2020/2053<sup>15</sup> sul sistema delle risorse proprie dell'Unione europea all'interno del Quadro finanziario pluriennale 2021-2027, che, pur collocandosi nel contesto normativo attuale, contiene con ogni probabilità le premesse per l'introduzione di quelle modifiche, anche istituzionali, cui sopra si faceva cenno e di cui si trova eco nei lavori della Conferenza sul futuro dell'Unione, come avremo modo di accennare, destinate (auspicabilmente) ad attribuire all'Unione una propria capacità impositiva unitamente (come pure altrettanto auspicato) ad una competenza in materia di imposizione diretta.

L'insieme delle entrate derivanti dalle risorse proprie confluisce, unitamente alle spese previste per ciascun esercizio finanziario, nel bilancio annuale dell'Unione che, stante l'obbligo di pareggio, *ex art.* 310 TFUE, par. 1, comma 1, riguarda di fatto solo le uscite, visto che il plafond delle entrate è prefissato. L'adozione del bilancio avviene secondo una procedura legislativa speciale, che, disciplinata dall'art. 314 TFUE, vede confrontarsi sulla proposta della Commissione Consiglio e Parlamento sotto la responsabilità finale di quest'ultimo.

L'esercizio annuale di bilancio è peraltro da tempo inquadrato in una cornice programmatoria. Infatti, la decisione sulle risorse proprie dal 1988 viene presa per una

---

<sup>10</sup> Si tratta dell'*Asset Purchase Programme* (APP) relativo a: *Public Sector Purchase Programme* (PSPP); *Asset-Backed Securities Purchase Programme* (ABSPP); *Covered Bond Purchase Programme* (CBPP 3) e *Corporate Sector Purchase Programme* (CSPP).

<sup>11</sup> Istituito con il [regolamento \(UE\) 2020/672](#) del Consiglio del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19. Si veda anche il Commission Staff Working Document, *Next Generation EU - Green Bond Framework*, SWD(2021) 242 final del 7 settembre 2021, reperibile [online](#).

<sup>12</sup> Su di esso e sulle modifiche apportate, cfr. i documenti reperibili al sito [https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework\\_it](https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_it).

<sup>13</sup> Per un commento, in generale, F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e l'Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022.

<sup>14</sup> Per una disamina delle misure adottate v. S. CAFARO, *L'evoluzione*, cit., p. 33 ss., anche per la bibliografia ivi citata.

<sup>15</sup> [Decisione \(UE, Euratom\) 2020/2053](#) del Consiglio, del 14 dicembre 2020, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom.

durata che coincide con quella del Quadro finanziario pluriennale, ad oggi di sette anni, e, sul piano delle fonti, è un atto legislativo, adottato dal Consiglio con una procedura speciale, *ex art.* 311, comma 3, TFUE, per il quale è necessario il voto unanime di tutti gli Stati membri e la consultazione preliminare del Parlamento europeo, che esprime un parere obbligatorio, ma non vincolante. Tale decisione, come espressione del metodo intergovernativo, entra in vigore solo dopo essere stata ratificata da parte degli Stati membri secondo le rispettive procedure costituzionali di approvazione dei trattati internazionali. L'esecuzione del bilancio generale dell'Unione spetta alla Commissione ed è soggetta al controllo contabile della Corte dei Conti, *ex art.* 287 TFUE, e a quello politico del Parlamento europeo, che delibera il c.d. scarico di bilancio<sup>16</sup>, in forza dell'art. 319 TFUE, successivamente alla presentazione da parte della Commissione dei conti annuali del precedente esercizio<sup>17</sup>.

L'Italia ha ratificato la decisione relativa al *Next Generation EU* mediante l'art. 21 del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183<sup>18</sup> (c.d. decreto Milleproroghe), convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 2021, n. 21<sup>19</sup>. Ai sensi dell'art. 12 della decisione sulle risorse proprie, l'entrata in vigore, con effetto retroattivo dal 1° gennaio 2021, è avvenuta il 1° giugno 2021, a seguito della conclusione il 31 maggio 2021 del procedimento di ratifica da parte di tutti i ventisette Stati membri.

## **2. Le nuove risorse proprie e la capacità fiscale europea nell'emergenza da COVID-19 alla luce della decisione 2020/2052. La crisi ucraina: lo strumento europeo per la pace (EPF).**

Venendo ai principali contenuti della decisione sulle risorse proprie del 2020, si osserva che il *Next Generation EU* è uno strumento eccezionale e temporaneo,

---

<sup>16</sup> Lo scarico di bilancio è divenuto lo strumento attraverso il quale il Parlamento non si limita ad effettuare un adempimento tecnico di chiusura dei conti, ma esprime il suo giudizio politico sull'operato della Commissione: così R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 5ª ed., Torino, 2022, p. 110.

<sup>17</sup> Inoltre, l'art. 310, par. 6, TFUE dispone che l'Unione europea e gli Stati membri, questi ultimi in quanto destinatari dei fondi europei, combattano le frodi e, in genere, le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, secondo quanto previsto dall'art. 325 TFUE, che prevede un obbligo di coordinamento e di cooperazione tra il livello Ue e quello nazionale: si veda R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., p. 110 s.

<sup>18</sup> [Decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183](#), Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea.

<sup>19</sup> [Legge 26 febbraio 2021, n. 21](#), Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea. Proroga del termine per la conclusione dei lavori della Commissione parlamentare di inchiesta sui fatti accaduti presso la comunità "Il Forteto".

predisposto per la ripresa<sup>20</sup>, la cui dotazione finanziaria nominale ammonta a oltre 800 miliardi di euro – 806,9, per la precisione, a prezzi correnti – di cui 421,1 miliardi di euro di finanziamenti a fondo perduto e 385,8 miliardi di euro di prestiti, da rimborsare secondo piani di ammortamento di durata variabile<sup>21</sup>. Esso è destinato a riparare i danni economici e sociali immediati causati dalla pandemia da Coronavirus<sup>22</sup> per creare un'Europa più verde<sup>23</sup>, digitale, resiliente e adeguata alle sfide presenti e future<sup>24</sup>.

Il *Next Generation EU*<sup>25</sup> è costituito da una serie di fondi modellati sui fondi strutturali, che comportano il trasferimento di risorse agli Stati membri sotto forma di prestiti o a fondo perduto. Fulcro del NGEU è il Dispositivo per la ripresa e la resilienza<sup>26</sup> che mette a disposizione degli Stati 723,8 miliardi di euro di prestiti e sovvenzioni per sostenere le riforme e gli investimenti che gli Stati prevedono di effettuare tramite i singoli piani di ripresa e resilienza (PNRR) che, approvati dalla Commissione, danno diritto a ricevere i finanziamenti per *tranches* al raggiungimento dei target prefissati<sup>27</sup> e dovranno essere attuati entro il 31 agosto 2026.

---

<sup>20</sup> Per un commento, J.M. PORRAS RAMÍREZ, *EU Next Generation-Europe's recovery and resilience plan: a revolution in economic governance of EU?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, pp. 821-852. Sulla natura «solidaristica riequilibratoria del NGEU» cfr. G. MORGESE, *Il "faticoso" percorso della solidarietà nell'Unione europea*, in AA.Vv., *Quaderno AISDUE, Serie speciale*, n. 1, cit., pp. 57-95, a p. 85 s.

<sup>21</sup> Sulle risorse del NGEU v. N. RUCCIA, *Il Next Generation EU: solo luci o anche ombre?*, in AA.Vv., *Quaderni AISDUE*, Napoli, 2022, pp. 423-429, reperibile [online](#).

<sup>22</sup> Sulle interazioni tra tutela della salute e solidarietà finanziaria cfr. S. GIUDICI, *Governance economica europea e sistemi sanitari nazionali: la tutela della salute nelle raccomandazioni adottate nell'ambito del Semestre europeo*, in *I Post di AISDUE*, IV (2022), Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 21, 13 giugno 2022, pp. 441-463, spec. a p. 457 ss., reperibile [online](#).

<sup>23</sup> Sulla necessità di cambiare il sistema delle risorse proprie al fine della realizzazione degli «ambiziosi obiettivi che l'Unione europea si è data nell'ambito della politica ambientale», v. G. PEROTTO, *Il finanziamento del Green Deal europeo: fra risorse proprie e la creazione di una capacità fiscale europea*, in *I Post di AISDUE*, IV (2022), Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 20, 10 giugno 2022, pp. 424-440, a p. 439, reperibile [online](#).

<sup>24</sup> Critico nei confronti dell'operare della Commissione che ha individuato le priorità del NGEU «senza un vero dibattito democratico», F. COSTAMAGNA, secondo il quale altri obiettivi avrebbero potuto essere affiancati alla transizione digitale e a quella verde, come «la crescente disuguaglianza economica e sociale che si registra all'interno degli Stati membri» (*Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, in AA.Vv., *Quaderno AISDUE, Serie speciale*, n. 1, cit., pp. 47-55, a p. 55).

<sup>25</sup> Esso è basato sui sei pilastri della transizione verde, trasformazione digitale, crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, coesione sociale e territoriale, salute e politiche per la prossima generazione. I contributi finanziari destinati a ciascun Stato membro sono calcolati in base alla popolazione, al PIL e al tasso di disoccupazione e all'Italia spettano complessivamente 191,5 miliardi di euro. Ai primi di marzo 2022 è arrivato il via libera preliminare per il pagamento all'Italia dei 21 miliardi di euro della rata 2021 del Pnrr (*Via libera al pagamento all'Italia della rata 2021 del Pnrr*, in *Il Sole24Ore*, 1° marzo 2022), che segue l'anticipo generale di 24,9 miliardi di euro ricevuto nell'agosto 2021 e da recuperare mediante riduzione delle rate successive.

<sup>26</sup> [Regolamento \(UE\) 2021/241](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

<sup>27</sup> La Commissione ha adottato il 2 marzo 2022 una comunicazione che fornisce agli Stati membri orientamenti sulla conduzione della politica di bilancio nel 2023: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso un'economia verde, digitale e resiliente: il modello di crescita europeo*,

Il *Next Generation EU* stanziava anche 50,6 miliardi per la realizzazione di altri programmi di sostegno alle economie nazionali e per la realizzazione di obiettivi condivisi, come REACT-Eu (*Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe*), ripartendo le risorse tra Fondo europeo di sviluppo regionale (FERS), Fondo sociale europeo (FSE) e Fondo di aiuto europeo agli indigenti (FEAD). Ulteriori finanziamenti sono assegnati ad altri programmi di minore impatto, quali *Horizon 2020*, InvestEU, il Fondo per lo sviluppo rurale, il Fondo per una transizione giusta (JTF) e RescEU.

Venendo al reperimento delle risorse necessarie<sup>28</sup>, il bilancio a lungo termine continuerà ad essere finanziato utilizzando le usuali fonti di entrate: dazi doganali, che rappresentavano la fonte principale delle entrate e che oggi, anche a seguito dell'abolizione di quelli agricoli, sono limitati ai doganali sulle importazioni da paesi terzi; contributi degli Stati membri basati sull'IVA, secondo un'aliquota uniforme dello 0,30%, applicata alla base imponibile IVA di ciascun paese, che non supera il 50% del reddito nazionale lordo dello Stato in questione; e contributi basati sul reddito nazionale lordo, sulla base di un'aliquota uniforme dello stesso RNL, da concordare annualmente, con riduzioni forfettarie annue per Austria, Danimarca, Germania, Paesi Bassi e Svezia<sup>29</sup>.

Dal 1° gennaio 2021 inoltre, ed è questa una prima novità, è stata introdotto, in base a quanto disposto nella decisione sulle risorse proprie 2020/2053, un nuovo contributo nazionale relativo ai rifiuti di imballaggi di plastica non riciclati, calcolato applicando un'aliquota uniforme di 0,80 euro per chilogrammo alla differenza fra quantità di rifiuti di imballaggio di plastica generati e quelli riciclati, con riduzioni forfettarie annue per diciassette Stati membri il cui RNL è inferiore alla media dell'Unione<sup>30</sup>.

Per finanziare il *Next Generation EU* – ed è questa la novità più significativa che apre verso una nuova forma di autonomia finanziaria dell'Unione<sup>31</sup> – la Commissione, su incarico del Consiglio<sup>32</sup>, ha assunto a nome dell'Unione europea prestiti sui mercati

---

[COM\(2022\) 83 final](#) del 2 marzo 2022. Essa stabilisce i principi fondamentali che guideranno la valutazione, da parte della Commissione, dei programmi di stabilità e convergenza degli Stati membri. Fornisce inoltre una panoramica sullo stato di avanzamento nel riesame della governance economica.

<sup>28</sup> In merito v. F. BATTAGLIA, *Next Generation UE: concluso il processo di ratifica della decisione risorse proprie*, in EUblog.eu, 9 giugno 2021, reperibile [online](#).

<sup>29</sup> Si tratta dei c.d. meccanismi correttivi per correggere gli squilibri di bilancio tra i contributi degli Stati membri. Le riduzioni forfettarie di Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Austria e Svezia sono state estese al periodo 2021-2027.

<sup>30</sup> Si veda il [regolamento \(UE, Euratom\) 2021/770](#) del Consiglio del 30 aprile 2021 concernente il calcolo della risorsa propria basata sui rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati, le modalità e la procedura di messa a disposizione di tale risorsa, le misure per far fronte al fabbisogno di tesoreria, nonché taluni aspetti della risorsa propria basata sul reddito nazionale lordo.

<sup>31</sup> G. ROSSILLO e L. LIONELLO, *Cosa significa creare una capacità fiscale europea e perché è così importante per il processo di integrazione?*, in *I quaderni federalisti*, 2021, reperibile [online](#).

<sup>32</sup> G. MORGESE, *La governance europea del Next Generation EU*, in *PasSaggi Costituzionali*, 2021, n. 1, p. 68-81, a p. 73, reperibile [online](#). Meccanismo analogo era già stato lanciato in precedenza per finanziare il programma SURE, cit., che, come anticipato, prevede uno strumento europeo per il sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza. Sul cambio di «paradigma»

finanziari per circa 800 miliardi (5% del PIL dell'UE) emettendo a sua volta, per finanziare il debito, titoli obbligazionari dell'Unione che, in ragione della solidità del suo bilancio, godono di un *rating* particolarmente elevato.

Infine, il 22 dicembre 2021 la Commissione<sup>33</sup> ha proposto tre nuove fonti di entrate per il bilancio dell'UE, per contribuire a rimborsare il debito, e cioè: la prima basata sulle entrate provenienti dal sistema di scambio di quote di emissione (ETS); la seconda che attinge alle risorse generate dal proposto meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere dell'Unione; e la terza fondata sulla quota degli utili residui delle imprese multinazionali che sarà riassegnata agli Stati membri secondo l'accordo OCSE/G20 sulla redistribuzione parziale dei diritti di imposizione. Tali nuove fonti di entrate, una volta giunte a regime negli anni 2026-2030, dovrebbero generare in media fino a 17 miliardi di euro all'anno a favore del bilancio dell'Unione.

Come inizialmente accennato, la crisi ucraina ha riproposto all'attenzione dell'UE e degli Stati membri la necessità di fornire all'Unione strumenti finanziari ulteriori rispetto a quelli di bilancio per far fronte all'emergenza così creatasi.

Al momento le misure adottate dall'Unione sono state finanziate attingendo ai fondi extrabilancio previsti per l'attuazione della politica estera e di sicurezza comune le cui spese, quando si tratti, *ex art.* 41, par. 2, TUE, di «spese derivanti che derivino da operazioni che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa», rimangono a carico degli Stati membri secondo un criterio di ripartizione basato sul PNL, a meno che il Consiglio, deliberando all'unanimità, non stabilisca altrimenti. In attuazione delle disposizioni in questione il Consiglio "Affari esteri" aveva adottato il 22 marzo 2021 la decisione 2021/509 che istituiva lo strumento europeo per la pace (EPF)<sup>34</sup>, strumento fuori bilancio, volto a consolidare la capacità dell'Unione di prevenire i conflitti, costruire la pace e rafforzare la sicurezza internazionale, consentendo il finanziamento di azioni operative nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune che hanno implicazioni nel settore militare e della difesa. L'EPF, cui si è fatto ricorso nell'immediatezza delle misure da adottare in relazione alla crisi ucraina, comprende due pilastri di finanziamento in un unico strumento, in modo da semplificare le procedure decisionali e rafforzare

---

imposto dalla crisi pandemica, vedi L. MELLACE, *Una nuova sfida attende l'Europa: quale futuro dopo la pandemia?*, in *Eurojus*, 2022, n. 1, pp. 91-104, p. 103, reperibile [online](#).

<sup>33</sup> In proposito si vedano del 22 dicembre 2021: comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. *La prossima generazione di risorse proprie per il bilancio dell'UE*, [COM\(2021\) 566 final](#); proposta di regolamento del Consiglio recante modifica del regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, [COM\(2021\) 569 final](#); ALLEGATO della proposta di regolamento del Consiglio recante modifica del regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, [COM\(2021\) 569 final ANNEX](#); proposta di decisione del Consiglio recante modifica della decisione (UE, Euratom) 2020/2053 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, [COM\(2021\) 570 final](#).

<sup>34</sup> [Decisione \(PESC\) 2021/509](#) del Consiglio del 22 marzo 2021 che istituisce uno strumento europeo per la pace, e abroga la decisione (PESC) 2015/528.

l'unità e la coerenza delle azioni della Unione in questo contesto. Si tratta, anzitutto, del pilastro Operazioni, che finanzia i costi comuni delle missioni e operazioni nell'ambito della PESC conformemente all'art. 42, par. 4, e all'art. 43, par. 2, TFUE; e poi del pilastro Misure di assistenza, che finanzia l'azione dell'Unione a favore di paesi terzi e di organizzazioni regionali o internazionali, conformemente agli artt. 28 e 30 TUE, al fine di rafforzare le capacità militari e di difesa e di sostenere gli aspetti militari delle operazioni di sostegno alla pace. Al finanziamento delle operazioni contribuiscono tutto gli Stati membri, con eccezione della Danimarca per quanto riguarda quelle militari.

In questo contesto, il Consiglio ha adottato, il 28 febbraio 2022<sup>35</sup>, come risposta all'invasione russa dell'Ucraina, un pacchetto di misure di sostegno da 500 milioni di euro nell'ambito dell'EPF destinate a rafforzare la capacità e la resilienza delle forze armate ucraine al fine di difendere l'integrità territoriale e la sovranità dell'Ucraina e proteggere la popolazione civile. L'invio di attrezzature e forniture alle forze armate ucraine comprende per la prima volta attrezzature "letali". Ulteriori misure sono state successivamente adottate.

In occasione del summit di Versailles, del 10-11 marzo 2022, gli Stati membri in sede di Consiglio europeo si sono confrontati sull'opportunità di ricorrere di nuovo all'emissione di titoli di debito, secondo lo strumento utilizzato per il *Next Generation EU*. Anche in questa occasione si è riproposta la divisione fra i c.d. paesi frugali e quelli, guidati da Francia e Italia, favorevoli ad una "solidarizzazione" del debito. È ancora presto per dire che il «momento Hamilton»<sup>36</sup> dell'Europa, legato al "momento COVID", è destinato a non ripetersi o, al contrario, a consolidarsi, anche perché è indubitabile che le scelte di matrice economica paiono aver impresso una svolta politica forse irreversibile<sup>37</sup>. In realtà, essendo il NGEU, come visto, uno strumento di natura eccezionale e temporanea, il suo consolidamento, ove anche politicamente accettato, richiederebbe comunque una modifica degli attuali Trattati. Si tratterebbe, infatti, di creare una unione fiscale, ovvero di realizzare una capacità fiscale accentrata a livello europeo con l'attribuzione all'Unione di un suo autonomo potere impositivo di raccolta delle risorse finanziarie ad essa occorrenti, con conseguente superamento del Patto di Stabilità e Crescita. Ne deriverebbe una forte spinta verso una integrazione di

---

<sup>35</sup> [Decisione \(PESC\) 2022/338](#) del Consiglio del 28 febbraio 2022 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza. Per un commento, M. VELLANO, *La decisione dell'Unione europea di fornire alle forze armate ucraine armamenti concepiti per l'uso letale della forza e le relative implicazioni giuridiche*, in *BlogDUE*, 7 marzo 2022, reperibile [online](#).

<sup>36</sup> Alexander Hamilton, primo Segretario del Tesoro degli Stati Uniti, è considerato l'artefice dell'unificazione economica di quel paese per aver fatto sì, nel 1790, che i debiti accumulati dalle tredici ex colonie americane durante la guerra d'indipendenza dalla Gran Bretagna venissero mutualizzati e cioè assunti a livello federale: per tutti, L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, 2020, n. 4, pp. 22-42, p. 22 s., reperibile [online](#).

<sup>37</sup> In merito v. P.V. DASTOLI, *È già finito il "momento Hamilton" dell'Unione Europea?*, 5 maggio 2021, reperibile [online](#); nonché G. ROSSILLO, *Fiscalità e sovranità*, cit., p. 148.

connotazione indubbiamente federalista che non pare realizzabile almeno in tempi ravvicinati, anche per l'opposizione di quegli Stati, in particolare del Nord Europa, avversi ad una mutualizzazione del debito pubblico a carattere permanente<sup>38</sup>.

Pare invece più realistico immaginare che il riproporsi di circostanze altrettanto eccezionali di quelle legate alla crisi pandemica possa giustificare il ricorso nuovamente all'emissione di debito da parte della Commissione e la successiva distribuzione agli Stati membri tramite quello che viene chiamato il Dispositivo, senza che sia necessaria una revisione dei Trattati. Del resto, nel parere del Servizio giuridico del Consiglio UE<sup>39</sup>, la base giuridica del Dispositivo è individuata nell'art. 122 TFUE che consente, al par. 1, al Consiglio, su proposta della Commissione, di decidere, in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, di adottare «le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di particolari prodotti, in particolare nel settore dell'energia». Il paragrafo successivo riguarda invece l'assistenza finanziaria che può essere fornita a uno Stato membro «seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali».

La formulazione della norma appare sufficientemente ampia, e soprattutto esemplificativa, per giustificare il suo utilizzo anche in circostanze di crisi energetiche ed umanitarie quali quelle provocate dalla guerra in Ucraina, rispetto alle quali l'intervento dell'Unione ha carattere suppletivo, nel rispetto del principio di solidarietà, come dimostrano i due casi precedenti in cui si è fatto ricorso in passato a questa norma, nel 2010 con l'istituzione del MESF (Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria) e più di recente con l'introduzione del SURE, nell'ambito delle misure del pacchetto anti Covid del regolamento 2020/672. Lo stesso art. 122 fa tuttavia salva «ogni altra procedura prevista dai trattati», prevedendo dunque che, al pari del NGEU, le eventuali future iniziative autorizzate dall'art. 122 dovranno conformarsi anche alle altre disposizioni dei Trattati che vengono in rilievo al riguardo. Si tratta in particolare delle disposizioni di cui all'art. 310, par. 1, in tema di bilancio, e dell'art. 311, comma 2 e 3 TFUE, in tema di risorse proprie, già menzionate.

Il problema, dunque, si porrebbe nel caso in cui anche futuri strumenti fossero finanziati con l'emissione sul mercato di titoli di debito dell'Unione. Ipotesi del tutto verosimile stante la limitata autonomia di entrate di carattere fiscale dell'Unione, sicché si tratterebbe a quel punto di distinguere a seconda del modo in cui le risorse vengono poi erogate. Se infatti si decidesse di procedere con prestiti a favore degli Stati, la base giuridica può ben essere il solo art. 122 TFUE, venendo rispettati comunque i requisiti di cui ai par. 1 e 4 dell'art. 310, dal momento che i debiti dell'Unione sul mercato trovano immediata contropartita nei crediti verso gli Stati beneficiari, oltre che nel patrimonio UE

---

<sup>38</sup> N. RUCCIA, *Il Next Generation EU*, cit., p. 6. Vedi anche P. SELICATO, *Accordi europei e sovranità fiscale nazionale: le ricadute dell'emergenza COVID-19*, in *federalismi.it*, 2021, n. 7, pp. 205-247, spec. p. 224 ss., reperibile [online](#).

<sup>39</sup> Consiglio dell'Unione europea, Parere del Servizio giuridico, [13593/18](#), 25 ottobre 2018.

nel caso di insolvenze statali. Diverso sarebbe il caso se le risorse venissero erogate gratuitamente (doni), non essendo più sufficiente la previsione di cui all'art. 122, dovendosi far ricorso, a fronte della scopertura di bilancio che così si determinerebbe, alla procedura dell'art. 311, comma 3.

Tali osservazioni trovano conferma in quanto avvenuto per il NGEU, per il quale, a differenza del SURE, che prevede unicamente la concessione di prestiti, si è dovuto invece ricorrere anche all'art. 311, essendo prevista l'erogazione di "doni" e non solo di prestiti, con tutte le difficoltà che ciò ha comportato per raggiungere un accordo unanime fra gli Stati. Mentre, infatti, ai sensi dell'art. 122 il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, per l'art. 311 è richiesta una procedura aggravata, ovvero la decisione unanime del Consiglio e la successiva ratifica dei parlamenti nazionali di tutti gli Stati membri.

La ripetizione del NGEU è dunque possibile, ma nei limiti sopra indicati, soprattutto in relazione alle modalità di erogazione, tanto da far ritenere che, stanti gli attuali Trattati, esso non possa divenire un normale strumento di intervento finanziabile col debito comune, pur essendo possibile far fronte con esso a specifiche necessità con una efficacia vincolata nel tempo. In altre parole, la sua trasformazione in strumento permanente idoneo a creare un sistema di reperimento di risorse autonome in capo all'Unione appare allo stato difficile da ipotizzare senza un consenso politico generale che, alla luce delle dichiarazioni rese dagli Stati in occasione del Consiglio europeo di Versailles, deve ritenersi, come già accennato, non sussista al momento.

### **3. Il regime di condizionalità e il programma *Next Generation EU*.**

L'approvazione del QFP, al cui interno sono inclusi i pacchetti di investimento volti a mitigare l'impatto della pandemia sulle economie europee, tra cui il *Next Generation EU*, è avvenuta a esito di un *iter* reso particolarmente difficoltoso per il legame tra tale documento e il meccanismo di condizionalità di accesso ai fondi europei.

Si tratta di quel sistema volto a proteggere gli interessi finanziari dell'Unione contro un utilizzo improprio delle risorse comuni, secondo cui la distribuzione dei fondi è vincolata al rispetto di taluni requisiti relativi allo Stato di diritto<sup>40</sup>. Su di esso si è acceso, fin da subito, un vivace dibattito tra i paesi membri, culminato con l'annuncio il 16 novembre 2020 da parte di Ungheria e Polonia del proprio veto sulla proposta di bilancio programmatico 2021-2027, sulla base della loro opposizione al meccanismo di condizionalità di bilancio.

---

<sup>40</sup> Si veda, anche per una ricostruzione storica e per gli opportuni riferimenti bibliografici, M. COLI, *Il regolamento condizionalità a protezione del bilancio europeo: quale prezzo per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *I Post di AISDUE*, IV (2022), Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 18, 6 giugno 2022, pp. 379-402, reperibile [online](#).

Un primo accordo era stato raggiunto in occasione del Consiglio europeo del luglio 2020, con l'approvazione del quadro finanziario pluriennale 2021-2027 e del piano di ripresa per l'Europa. L'accordo indicava che sarebbe stato «introdotto un regime di condizionalità a tutela del bilancio e di *Next Generation EU*»<sup>41</sup>.

Rimaneva così aperta la questione della condizionalità, sulla quale i due co-legislatori mantenevano posizioni differenti<sup>42</sup>.

Il consenso veniva infine raggiunto il 5 novembre 2020 su un testo che con qualche aggiustamento diveniva il regolamento 2020/2092.

Da parte loro, Ungheria e Polonia si opponevano al testo sul quale i co-legislatori avevano trovato il consenso e, sebbene non potessero impedirne l'adozione, in quanto basato sull'art. 332, par. 1, TFUE, che prevede la maggioranza qualificata, minacciavano, come sopra ricordato, di impedire il raggiungimento della unanimità degli Stati membri necessaria invece per l'adozione del QFP e del piano *Next Generation EU*.

La situazione si sbloccava al Consiglio europeo di dicembre 2020, le cui conclusioni includevano un «impegno» sulla portata e sull'applicazione del regolamento 2020/2092<sup>43</sup>. Come compromesso, le conclusioni del Consiglio europeo, pur essendo quest'ultimo privo di poteri legislativi al riguardo, ribadiscono le garanzie procedurali e sostanziali contenute nel regolamento a favore degli Stati membri e ne danno un'interpretazione, seppur non vincolante, ma certamente qualificata stante la fonte, del significato e della portata di diversi suoi elementi<sup>44</sup>. In particolare, in esse si prevede che il regolamento debba «essere applicato nel rispetto dell'articolo 4, paragrafo 2, del TUE, segnatamente dell'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, del principio di attribuzione, nonché dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri»<sup>45</sup>. Da parte sua, la Commissione avrebbe dovuto adottare, come in effetti avvenuto<sup>46</sup>, linee guida

---

<sup>41</sup> Segretariato generale del Consiglio, Riunione straordinaria del Consiglio europeo (17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020) - Conclusioni, 21 luglio 2020, [EUCO 10/20](#), punto 23.

<sup>42</sup> In merito, si veda la ricostruzione contenuta nelle conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona del 2 dicembre 2021, [causa C-156/21](#), *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2021:974, punto 86. Al riguardo, vedi anche C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o Rule of Law a protezione del bilancio?*, in *Diritto & Conti*, 4 aprile 2022, reperibile [online](#).

<sup>43</sup> Segretariato generale del Consiglio, Riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020) – Conclusioni, [EUCO 22/20](#), punto 2.

<sup>44</sup> In tal senso conclusioni Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, cit., punto 90.

<sup>45</sup> Conclusioni del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020), cit., punto 2.

<sup>46</sup> Il 2 marzo 2022 la Commissione europea ha adottato gli orientamenti sull'applicazione del regolamento 2020/2092 (comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione*, [C \(2022\) 1382 final](#)), nelle quali ha precisato i requisiti per valutare la situazione e le violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro che compromettono o rischiano gravemente di compromettere la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari, ferma la necessità di precedere comunque ad una valutazione d'insieme.

sulle modalità di applicazione del meccanismo che avrà comunque carattere sussidiario rispetto alle altre procedure previste dal diritto dell'Unione<sup>47</sup>, fermo restando che le misure così adottate dovranno essere proporzionate all'impatto delle violazioni dello Stato di diritto sulla sana gestione finanziaria dell'Unione e sugli interessi finanziari della stessa Unione.

Grazie a tale impegno del Consiglio europeo, Ungheria e Polonia ritiravano il proprio veto al QFP e al piano *Next Generation EU* e il regolamento poteva essere adottato dal Consiglio il 14 dicembre e dal Parlamento il 16 dicembre 2020.

L'applicazione, o meglio la non applicazione, del regolamento ha continuato tuttavia a generare contrasti istituzionali tra la Commissione e il Parlamento, tanto che quest'ultimo il 29 ottobre 2021 ha presentato un ricorso in carenza contro la Commissione europea che non avrebbe assicurato la piena ed immediata applicazione del regolamento<sup>48</sup>. Nel contempo, Ungheria e Polonia avevano comunque impugnato il regolamento chiedendone l'annullamento e fondando i loro ricorsi sull'assenza di una base giuridica adeguata, sull'elusione della procedura prevista all'art. 7 TUE, sul superamento dei limiti delle competenze dell'Unione e sulla violazione del principio della certezza del diritto.

La Corte di giustizia, in seduta plenaria, respingendo i ricorsi, ha confermato la legittimità del meccanismo sanzionatorio legato alla condizionalità nei confronti degli Stati membri che violino lo Stato di diritto.

Le sentenze gemelle del 16 febbraio 2022<sup>49</sup> rivestono una importanza che va ben oltre la questione della gestione delle risorse di bilancio, segnando una svolta sul cammino dell'integrazione riconoscendo il primato del diritto dell'Unione, quale si esprime nei suoi principi-valori<sup>50</sup>, da realizzare anche mediante misure sanzionatorie che ne accrescono la capacità di *moral suasion* a tutela di quella *European way of life* che la Presidente Ursula von der Leyen ha tracciato nel suo programma. Il punto di snodo

---

<sup>47</sup> Conclusioni Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, cit., punto 92, ultimo trattino.

<sup>48</sup> Causa C-657/21, *Parlamento europeo c. Commissione europea*, cancellata dal ruolo con ordinanza del Presidente della Corte dell'8 giugno 2022, a seguito della rinuncia agli atti da parte del Parlamento europeo, ai sensi dell'art. 148 del regolamento di procedura della Corte. Alla Commissione veniva imputata la violazione dell'art. 17, par. 1, seconda frase, par. 2 e par. 3, secondo comma.

<sup>49</sup> Rispettivamente, [causa C-156/21](#), *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2022:97; e [causa C-157/21](#), *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2022:98. Per un commento cfr., per tutti, A. FESTA, *Le sentenze «gemelle» del 16 febbraio 2022: oltre la questione di legittimità, un «manifesto» sui fondamenti del diritto europeo*, in questo numero della *Rivista*, pp. 81-110, reperibile [online](#), anche per i necessari riferimenti; nonché J. ALBERTI, *Il Regolamento condizionalità è pienamente legittimo e, Ucraina permettendo, certamente attivabile. Prime riflessioni sulle sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-156/21 e C-157/21*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, Napoli, 2022, pp. 161-168, reperibile [online](#); e ID., *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, in *Eurojus*, 2022, n. 2, pp. 25-45, reperibile [online](#).

<sup>50</sup> Sul punto si veda ampiamente B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2022, n. 2, pp. 114-136, reperibile [online](#).

consiste nel legare la politica di bilancio europea al rispetto dello Stato di diritto, nel merito e nelle procedure, da parte dello Stato membro destinatario, introducendo, in maniera innovativa, a protezione del bilancio, una condizionalità generale e orizzontale rispetto a quelle più specifiche già esistenti per alcune forme di finanziamento. Appare evidente come questa pronuncia sia destinata a pesare sugli equilibri all'interno dell'Unione fra la sovranità dei singoli Stati e quella c.d. europea, intesa come supremazia dei valori democratici e in generale di quelli contemplati all'art. 2 TUE sull'esercizio dei poteri sovrani da parte degli Stati membri<sup>51</sup>, a conferma della natura *sui generis* della stessa Unione quale sistema integrato degli ordinamenti nazionali e di quello unionale interconnessi e integrati per il tramite della affermazione del principio del primato. Di fronte alle numerose anche recenti contestazioni di tale principio da parte delle Corti supreme di taluni Stati<sup>52</sup>, la Corte di giustizia ha così lanciato, tramite una riaffermazione dell'intangibilità dei suoi valori, un messaggio forte e chiaro che può rappresentare la premessa per una maggiore coesione anche sul piano politico.

#### **4. La governance economica dell'Unione, la competenza tributaria e le prospettive di riforma istituzionale nella Conferenza sul futuro dell'Unione.**

La crisi economico finanziaria determinata dall'emergenza sanitaria ha messo in luce le debolezze dell'attuale sistema di finanziamento dell'Unione europea, basato principalmente sui trasferimenti degli Stati membri. L'eccezionalità della situazione ha comportato, come si è visto, una risposta altrettanto eccezionale basata su uno spirito di solidarietà che ha portato la Commissione a percorrere strade nuove e straordinarie per reperire le risorse finanziarie necessarie per consentire il rilancio delle economie nazionali. Ne è emersa una sostanziale inadeguatezza dell'architettura contenuta nei Trattati in tema di bilancio dell'Unione.

Quanto accaduto potrebbe dunque essere l'occasione per riformare compiutamente il sistema di governance economica, dando finalmente all'Unione una propria autonomia finanziaria, attribuendole un potere impositivo. Il 2022 potrebbe perciò essere un anno decisivo in quanto il 19 ottobre 2021 la Commissione ha rilanciato la sua consultazione del febbraio 2020 sulla revisione della governance economica con l'intento di avanzare proposte di riforma. Una proposta ufficiale della Commissione è dunque attesa nel giugno 2022, per un'attuazione a partire dal 2024, tenendo conto del fatto che nel 2023 verrà

---

<sup>51</sup> Cfr. E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, Napoli, 2022, pp. 407-413, spec. p. 412, reperibile [online](#).

<sup>52</sup> In merito, per tutti, G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia difende il principio del primato a fronte della ribellione delle corti costituzionali di Polonia, Ungheria e Romania*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, pp. 473-491; e M.P. CHITI, *Il declino del primato del diritto dell'Unione europea nella recente giurisprudenza tedesca e francese*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, pp. 429-441.

disattivata la clausola di salvaguardia generale che ha congelato almeno fino alla fine del 2022 le regole del Patto di stabilità e crescita<sup>53</sup>. Il 2 marzo 2022 la Commissione ha adottato una comunicazione<sup>54</sup> che fornisce agli Stati membri orientamenti sulla conduzione della politica di bilancio nel 2023. Essa stabilisce i principi fondamentali che guideranno la valutazione da parte della Commissione stessa dei programmi di stabilità e convergenza degli Stati membri. Fornisce inoltre una panoramica sullo stato di avanzamento del riesame della governance economica.

La ricerca di una strategia fiscale europea che favorisca un modello europeo di crescita e si accompagni ad una riforma del Patto di stabilità e crescita è solo una parte, di certo la più immediata e significativa, delle soluzioni da adottare per favorire un effettivo rilancio delle economie nazionali. Indissolubilmente connesso alla capacità fiscale dell'Unione ai fini del reperimento di risorse proprie è il tema della competenza dell'Unione in materia fiscale, oggi largamente esclusa e - per il resto - condizionata alla regola dell'unanimità del consenso degli Stati. Quella stessa unanimità che è richiesta, come prima osservato, in seno al Consiglio nella procedura di adozione del quadro finanziario pluriennale, cui si aggiunge, nel caso di modifica del regime delle risorse proprie, la ratifica di tutti gli Stati membri. Pure sotto questo profilo il momento parrebbe propizio per un ripensamento delle attuali disposizioni ed una loro riforma anche per la avvenuta conclusione della Conferenza sul futuro dell'Unione che ha offerto a tutti i cittadini europei un'occasione per ragionare sulle sfide e le priorità dell'Europa e per riflettere sul futuro dell'Unione europea<sup>55</sup>.

Fra i temi in discussione nel corso della Conferenza, che si sono articolati in quattro macroaree<sup>56</sup>, un ruolo centrale ha assunto, ai fini del corretto funzionamento dell'Unione anche e soprattutto con riguardo alla competenza in materia fiscale, la questione delle modalità di voto, in una prospettiva di sviluppo a medio e lungo termine delle politiche europee una volta adeguate alle nuove priorità, come indicate da Ursula von der Leyen nel discorso sullo stato dell'Unione 2021<sup>57</sup>. Vi sono infatti settori del diritto dell'Unione, quali quello della politica estera e di sicurezza e quello fiscale *in primis*, ma non solo, in cui il ricorso alla procedura del voto unanime in sede di Consiglio ha rappresentato fino ad oggi un ostacolo al conseguimento di progressi verso una più completa integrazione. Si tratta di comprendere, dunque, anzitutto, se e come sia ipotizzabile il superamento,

---

<sup>53</sup> Memoria della Banca d'Italia, *Indagine conoscitiva sulla Conferenza sul futuro dell'Europa*, 7 dicembre 2021, reperibile [online](#).

<sup>54</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Orientamenti di politica di bilancio per il 2023*, COM(2022) 85 final del 2 marzo 2022.

<sup>55</sup> Per una valutazione della conclusione della Conferenza, vedi A. FIORENTINI e E. BULAND, *The day after the CoFoE: is the EU ready for a revision of the Treaty?*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, Napoli, 2022, pp. 295-300, reperibile [online](#).

<sup>56</sup> Si tratta delle seguenti macroaree: Democrazia e valori europei e Stato di diritto, sicurezza; Cambiamento climatico, ambiente e salute; Rafforzamento economico, giustizia sociale, lavoro ed educazione, sport e trasformazione digitale; e, infine, UE nel mondo, migrazioni.

<sup>57</sup> [Discorso sullo stato dell'Unione 2021 della Presidente von der Leyen](#), 15 settembre 2021.

anche, ma non necessariamente, attraverso una modifica dei Trattati<sup>58</sup>, del principio dell'unanimità, e, poi, nel caso, con quali modalità e strumenti alternativi alla riforma dell'attuale quadro normativo sia possibile pervenire sul piano istituzionale a soluzioni che tengano conto dell'esigenza, da più parte manifestata, di favorire una maggiore partecipazione democratica al processo di integrazione.

Analizzando i contributi raccolti sulla piattaforma *online* della Conferenza, si rileva come elemento comune a molti di essi sia stata la critica alle procedure di voto in seno alle Istituzioni europee, in realtà principalmente al Consiglio europeo, e come fra le proposte che sono apparse più frequentemente vi sia stata quella dell'applicazione del voto a maggioranza qualificata anziché all'unanimità al Consiglio e del rafforzamento del ruolo del PE. È ormai evidente la necessità di superare la previsione della unanimità che può essere – peraltro a ragione – ritenuta una vestigia dell'Europa del passato. L'obbligo di conseguire l'unanimità dei consensi in un consesso di ventisette Stati sovrani rende il processo decisionale estremamente lungo e complesso e troppo spesso lo blocca del tutto, quando invece l'Unione, laddove tale processo decisionale è basato sul principio maggioritario, si dimostra capace di agire con efficacia, pur con tutti i limiti e le contraddizioni legate al ruolo ancora insufficiente del Parlamento europeo in termini di democrazia partecipativa.

La questione è da tempo all'attenzione della Commissione e sicuramente le gravi conseguenze della pandemia in corso hanno reso ancor più necessario e improcrastinabile che, ad una rivisitazione delle competenze dell'Unione, oggi in larga misura esclusa dalle scelte in settori di estrema rilevanza per la vita quotidiana e per lo sviluppo economico e sociale, dalla politica di sicurezza sociale o protezione sociale, a quella ambientale, alla politica estera e di sicurezza comune, alla politica fiscale, per citare solo alcuni dei settori in cui l'attività unionale è relegata ad un ruolo di supporto e coordinamento, si accompagni una attribuzione alla stessa Unione di maggiori poteri nei confronti degli Stati sul piano delle procedure di voto.

Vero è che oggi, nel momento, cioè, in cui, come la recente crisi nei rapporti fra l'Unione e la Polonia, legata al pronunciamento del 7 ottobre 2021 del Tribunale costituzionale di quel Paese a favore della prevalenza del diritto nazionale, dimostra in tutta la sua gravità, il principio stesso della supremazia del diritto dell'Unione e dei principi che esso afferma, viene messo in discussione, appare difficile immaginare una profonda revisione dei Trattati. È tuttavia altrettanto vero che la domanda da porsi, ancor prima di verificare se sia effettivamente necessario procedere ad una modifica dei Trattati o sia invece possibile rinvenire una soluzione negli strumenti attualmente già previsti, è se una realtà come l'Unione, la cui natura *sui generis* la pone al di sopra degli Stati, ma non la qualifica ancora come una federazione, possa funzionare, secondo regole di

---

<sup>58</sup> Per un commento, cfr. F. SCHIMMELFENNIG, *The Conference on the Future of Europe and EU Reform: Limits of Differentiated Integration*, in *European Papers*, 2020, n. 2, pp. 989-998, reperibile [online](#).

democrazia, indispensabili per l'esercizio della sovranità ad essa conferita dagli Stati membri, mantenendo il diritto di veto.

Se la domanda è retorica, la risposta deve essere invece concreta e coerente con la realtà attuale, dove l'assenso di tutti gli Stati membri è necessario per le decisioni chiave dell'Unione in un'ampia gamma di settori, tra cui spiccano due ambiti cruciali: la politica estera e, per l'appunto, quella finanziaria.

La *ratio* dell'attuale architettura istituzionale in ambito finanziario, con riguardo sia alla autonomia impositiva dell'Unione in tema di risorse proprie sia alla sua competenza in materia tributaria, è chiara e prevede che sulle decisioni che contano nessuno Stato possa subire una decisione che non approva, col risultato che, di fatto, ogni Stato può tenere in scacco tutti gli altri. Gli esempi sono numerosi e, solo per ricordare alcuni tra i più recenti, basti pensare, come già osservato, all'approvazione del *Next Generation EU*, avvenuta dopo infiniti contrasti che hanno messo a rischio l'approvazione stessa del programma.

Inevitabile dunque l'avvio di approfondite riflessioni in sede europea, tanto che il superamento del voto all'unanimità è divenuto uno dei punti centrali delle proposte già della Commissione Juncker, poi riprese dalla Commissione von der Leyen, che tuttavia devono fare i conti col fatto che una revisione dei Trattati, sia essa ordinaria oppure semplificata, deve comunque avvenire, in base all'art. 48 TUE, col consenso unanime, generando una sorta di corto circuito da cui si può uscire, senza modificare direttamente i Trattati, in due modi: raggiungendo un accordo (internazionale) fra gli Stati che, ad esempio, rinuncino ad esercitare il diritto di veto a fronte della possibilità di ricorso a forme di democrazia partecipativa per legittimare democraticamente la loro decisione, in modo da salvaguardare sul piano formale la sovranità degli Stati stessi in sede europea, e, al contempo, da consentire comunque, su quello sostanziale, forme di integrazione differenziata, senza comportare necessariamente una modifica dei Trattati; oppure, limitandosi ad utilizzare gli strumenti già esistenti nei Trattati, per finalità ben specifiche e nella misura in cui ciò possa evitare un rallentamento nel processo di integrazione, avvalendosi in particolare della cooperazione rafforzata nelle forme ora previste dagli artt. 20 TUE e 326-334 TFUE, o, quando si tratti di porre rimedio a distorsioni della concorrenza, ricorrendo allo strumento di cui all'art. 116 TFUE<sup>59</sup>.

## **5. Segue: gli strumenti per superare il voto all'unanimità in materia fiscale.**

---

<sup>59</sup> Esso così recita: «[q]ualora la Commissione constati che una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato interno e provoca, per tale motivo, una distorsione che deve essere eliminata, essa provvede a consultarsi con gli Stati membri interessati.

Se attraverso tale consultazione non si raggiunge un accordo che elimini la distorsione in questione, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le direttive all'uopo necessarie. Può essere adottata ogni altra opportuna misura prevista dai trattati».

Diviene a questo punto necessario fornire un quadro degli strumenti che già i Trattati conoscono per consentire, entro certi limiti, fin da ora, il superamento del principio d'unanimità sancito, in materia di fiscalità, dagli artt. 113 e 115 TFUE, in base ai quali il Consiglio delibera in merito alle relative proposte secondo la procedura legislativa speciale. Al riguardo conviene prendere le mosse dalla comunicazione del 15 gennaio 2019<sup>60</sup>, nella quale, riprendendo quanto già evidenziato dal Presidente della Commissione Juncker nel discorso sullo stato dell'Unione, tenuto davanti al Parlamento europeo il 12 settembre 2018, la Commissione ha invitato gli Stati membri, il Parlamento europeo e tutte le parti interessate a superare la regola della unanimità nel processo decisionale in alcuni settori della politica fiscale dell'UE a favore del voto a maggioranza qualificata, senza tuttavia modificare i vigenti Trattati. Si tratterebbe, infatti, di utilizzare le "clausole passerelle" di cui agli artt. 48, par. 7, TUE e 192 TUE, che si affiancano a quella prevista dall'art. 31, par. 2, TUE in materia di politica estera che attribuisce al Consiglio europeo il potere di passare, con decisione presa all'unanimità, dall'attuale regola generale dell'unanimità di voto al voto a maggioranza qualificata.

Con specifico riferimento al settore fiscale, mentre l'art. 48, par. 7, TUE contiene una clausola passerella c.d. generale, che consente, in talune circostanze, di adottare la maggioranza qualificata e la procedura legislativa ordinaria, il par. 2 dell'art. 192 TFUE prevede una clausola passerella c.d. specifica per l'adozione di disposizioni in materia ambientale che incidono sulla disciplina di questioni di natura fiscale, attualmente sottoposte al voto all'unanimità.

L'iniziativa della Commissione Juncker, che ha trovato piena condivisione nella Commissione presieduta da Ursula von der Leyen, prevedeva che la transizione dalla procedura legislativa speciale (che contempla, giova ancora una volta ricordare, la regola dell'unanimità per l'adozione della relativa deliberazione) alla procedura legislativa ordinaria sarebbe dovuta avvenire attraverso quattro distinte fasi da attuare in tempi rapidi per le prime due. In ogni caso, il passaggio avrebbe dovuto concludersi entro il 2025, senza ricorrere a modifiche del vigente quadro normativo dell'Unione e senza incidere sulle attuali competenze degli Stati membri in materia fiscale.

La proposta della Commissione è stata oggetto nel nostro Paese di una approfondita valutazione da parte della VI Commissione permanente (finanze) della Camera che nel suo parere del 22 dicembre 2020<sup>61</sup> ha formulato considerazioni che, pur assumendo

---

<sup>60</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE*, [COM\(2019\) 8 final](#) del 15 gennaio 2019.

<sup>61</sup> Camera dei Deputati, VI Commissione permanente (finanze), doc. XVIII, n. 25, 22 dicembre 2020, Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio: *Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE*, COM(2019) 8 final, reperibile al sito <https://documenti.camera.it>.

anch'esse di operare a Trattati vigenti invariati, suggeriscono soluzioni differenti da quella indicata dalla Commissione per giungere ad un superamento del principio dell'unanimità in ambito fiscale. La Commissione parlamentare ritiene infatti che debbano essere valorizzate altre disposizioni dei Trattati che conferiscono flessibilità per il ricorso a procedure diverse dall'unanimità, senza dover rivedere i vigenti Trattati. Sta di fatto che comunque la Commissione europea aveva preso in esame nel suo documento i possibili strumenti alternativi, senza ritenerli soluzioni percorribili. Si tratta della cooperazione rafforzata oppure dell'art. 116 TFUE. Quest'ultimo, in particolare, prevede l'ammissibilità del voto a maggioranza qualificata nell'ambito della procedura legislativa ordinaria per eliminare distorsioni della concorrenza dovute alla disparità delle norme fiscali<sup>62</sup>. Ad avviso dell'Istituzione europea, tale disposizione, che è subordinata a condizioni rigorose, non sarebbe idonea a colmare tutte le lacune generate dall'unanimità, anche se la stessa Commissione parrebbe aver di recente assunto un atteggiamento più favorevole ad un suo possibile utilizzo<sup>63</sup>.

Quanto al ricorso a forme di cooperazione rafforzata, di cui agli artt. 20 e 42 TUE, quest'ultimo in materia di politica di sicurezza e di difesa comune, che consiste nella non integrale e uniforme soggezione di tutti gli Stati all'insieme della normativa europea, ed è perciò da distinguere dalla "normale" flessibilità, che comprende invece i casi nei quali le norme dell'Unione non si applicano in modo uniforme nella totalità degli Stati membri, esse non garantirebbero un "unico" regime fiscale omogeneo in tutta l'Unione, ma limitato ai soli Paesi partecipanti, consentendo agli Stati stessi di modulare la loro partecipazione alle politiche comuni e dando luogo ad una integrazione differenziata che genererebbe ulteriori e gravi disparità, a esclusivo vantaggio dei Paesi che non intendessero aderirvi.

L'obiettivo dovrebbe essere invece quello di superare, quanto più possibile, l'attuale fenomeno di frammentazione delle regole applicate nei diversi Stati membri, che mina la prospettiva di una corretta competizione, favorisce comportamenti opportunistici e sottrae all'erario risorse significative incentivando l'elusione, l'evasione e le frodi fiscali.

Per queste ragioni, ma soprattutto per il fatto che l'opzione suggerita dalla Commissione europea, ovvero l'utilizzo della clausola passerella generale, appare allo stato difficilmente percorribile per le resistenze di alcuni Stati che potrebbero impedire il raggiungimento dell'unanimità dei consensi necessaria per il passaggio al voto a

---

<sup>62</sup> Il voto a maggioranza qualificata può essere anche usato per le misure destinate a contrastare le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ai sensi dell'art. 325 TFUE. Si potrebbe dunque ipotizzare il suo utilizzo per talune misure di lotta contro le frodi in materia di IVA, data che tale imposta è una risorsa propria dell'Unione, ma, proprio in ragione di ciò, la possibilità di ricorrere a tale strumento risulta molto ristretta e mirata.

<sup>63</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Piano d'azione per una fiscalità equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa*, , [COM\(2020\) 312 final](#) del 15 luglio 2020.

maggioranza qualificata, la Commissione Finanze ha insistito per il ricorso allo strumento di cui all'art. 116 TFUE, in considerazione dell'evidente pregiudizio alla concorrenza che discende dall'adozione di regimi fiscali disomogenei. Deporrebbe in tal senso, come accennato, anche un apparente mutamento di atteggiamento da parte della Commissione, che nel citato *Piano d'azione per una fiscalità equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa* del 15 luglio 2020, ha dichiarato di voler esaminare «come avvalersi appieno delle disposizioni» del TFUE «che consentono l'adozione di proposte in materia di imposizione mediante procedura legislativa ordinaria» e, al riguardo, ha fatto esplicito riferimento alla possibilità di attivare l'art. 116 TFUE<sup>64</sup>. Non stupisce dunque che lo stesso Commissario europeo per l'economia, Paolo Gentiloni, nel luglio 2020, riferendosi alla posizione assunta dal Presidente della Commissione nel suo discorso programmatico all'atto dell'insediamento<sup>65</sup>, abbia confermato l'intenzione della Commissione di valutare la possibile applicazione della disposizione in parola.

## 6. Possibili proposte di riforma istituzionale: l'ipotesi referendaria.

L'avvio della Conferenza sul futuro dell'Europa ha rappresentato per gli Stati l'occasione per esprimere la propria opinione sulle questioni oggetto dei lavori e, in particolare, sul tema delle riforme istituzionali e dunque delle modalità di voto nella procedura legislativa. Come risulta da un report presentato il 3 giugno 2021 dal German Institute for International and Security Affairs<sup>66</sup> la preoccupazione maggiore riguarderebbe l'introduzione del voto a maggioranza qualificata nel settore della politica estera e di sicurezza comune, rispetto alla quale non pochi Stati hanno espresso una posizione decisamente contraria. Solo un numero limitato di Stati ha invece manifestato un interesse per l'introduzione del voto maggioritario in altri ambiti, tra cui *in primis* quello fiscale. Tra gli Stati che hanno menzionato espressamente la questione della fiscalità compare l'Italia. Già in occasione, come ricordato<sup>67</sup>, del dibattito in commissione parlamentare sulla comunicazione della Commissione su un processo decisionale più efficiente, il passaggio al voto a maggioranza nella fiscalità è stato giudicato essenziale per il progresso del cammino europeo e tali considerazioni compaiono anche nel *non paper* presentato, come da altri Stati, anche dal Governo italiano<sup>68</sup>, nel quale viene

---

<sup>64</sup> COM(2020) 312 final, cit., p. 2.

<sup>65</sup> Cfr. il sito [https://www.adnkronos.com/fisco-gentiloni-da-olanda-e-altri-politica-aggressiva-va-coretta\\_2drD8MZxIvTxnwWIZbwFCR](https://www.adnkronos.com/fisco-gentiloni-da-olanda-e-altri-politica-aggressiva-va-coretta_2drD8MZxIvTxnwWIZbwFCR). Vedi anche Answer given by Mr Gentiloni on behalf of the European Commission, 8 December 2020, [E-005215/2020](https://www.europa.eu/press-room/media/infographic/eu-answers-2020-12-08).

<sup>66</sup> M. ÅLANDER, N. VON ONDARZA, S. RUSSACK (eds.), *Managed Expectations: EU Member States' Views on the Conference on the Future of Europe*, June 2021, WP nr. 3, reperibile [online](#).

<sup>67</sup> V. *supra*, par. 5.

<sup>68</sup> *Using the Conference on the Future of Europe to shape a real European political discourse, Italian Non-Paper for the Conference on the Future of Europe (2020-2022)*, reperibile [online](#). Il Governo italiano ha successivamente emesso un *Revised Italian Non-Paper on the Conference on the Future of Europe (2021-2022)* (*The Conference on the Future of Europe: breaking new ground for the EU*, reperibile

proposto di fare pieno uso delle disposizioni già previste dai Trattati per semplificare il processo decisionale dell'UE, prevedendo, in particolare, il passaggio progressivo alla votazione a maggioranza qualificata in seno al Consiglio europeo per temi quali la sicurezza e la protezione sociale, misure antidiscriminazione, fiscalità e politica estera e di sicurezza comune, per alcuni settori. A tal fine, si suggerisce il ricorso alle clausole passerella e alle disposizioni dell'art. 31, par. 2, TUE. In particolare, il nostro Governo si dichiara favorevole ad una armonizzazione fiscale, da cui trarrebbe giovamento il funzionamento del mercato interno, e, sul piano della governance economica, ad un incremento delle risorse proprie dell'Unione traendo spunto dall'esperienza maturata con il *Next Generation EU*.

In realtà, il dibattito aveva stentato ad avviarsi, anche per le difficoltà manifestatesi sul piano procedurale nell'avvio dei lavori, per quanto si potesse già rilevare come le proposte fossero fin dall'inizio in prevalenza orientate nel senso di ricercare soluzioni che evitino, per quanto possibile, modifiche dei Trattati. In particolare, nel quadro di una più ampia riforma, già nel novembre 2019, il presidente del PE David Sassoli, riassumeva la posizione dell'Istituzione chiedendosi retoricamente «come può una democrazia funzionare con il diritto di veto» quando «neanche un condominio funziona con un sistema che richiede l'unanimità»<sup>69</sup>. Non può però tacersi la diffusa convinzione che scardinare il diritto di veto sarebbe un passo importante, ma probabilmente non risolutivo. In estrema sintesi, viene fatto rilevare che l'Unione è una entità “acefala”, in cui, anche passando dalla unanimità alla maggioranza qualificata, la competenza ad adottare talune decisioni di maggiore rilevanza rimarrebbe sempre al Consiglio europeo e al Consiglio, che non rappresentano l'interesse complessivo dell'Unione, ma quello dei singoli Stati, ognuno dei quali cerca di far valere le proprie posizioni. Il vero cambiamento avverrebbe dunque se venissero sottratte al potere esclusivo degli Stati le prerogative più importanti, cioè quelle in materia finanziaria e di politica internazionale. Le decisioni su tali temi dovrebbero perciò essere adottate attraverso procedure di co-legislazione per aumentare il peso specifico dell'istituzione propriamente democratica, vale a dire il Parlamento europeo.

Si comprende così la provocazione del Presidente del Consiglio europeo Charles Michel per il quale abolire il principio di unanimità sarebbe “una falsa buona idea” perché «quando siamo uniti, siamo forti. Quando non siamo uniti, siamo deboli, non abbiamo impatto. Il rischio, abbandonando troppo in fretta l'unanimità è quello di rinunciare allo sforzo necessario per creare questa unità, creando situazioni che darebbero ad alcuni Stati membri l'impressione che il loro punto di vista non sia importante o gradito. Dato che

---

*online*), in cui, con riferimento particolare alla materia fiscale, ha precisato che il passaggio dal voto all'unanimità a quello a maggioranza qualificata, si rivela «particularly urgent, since it is demonstrably true that unanimity represents a formidable obstacle to EU agency in this field, with the ensuing, crippling distortions in the internal market» (p. 4).

<sup>69</sup> Reperibile al sito <https://www.iltascabile.com/societa/europa-veto>.

non sono comunque necessari, non c'è più motivo di sforzarsi di costruire insieme un progetto comune»<sup>70</sup>. Lo stesso Michel è consapevole di assumere una posizione atipica, che può avere una qualche giustificazione semmai con riguardo alla politica estera e di sicurezza, ma non certo in tema di fiscalità, dove lo sforzo deve essere quello non già di essere uniti verso l'esterno, bensì di superare gli egoismi nazionali all'interno di un mercato che possa diventare veramente unico. Sta di fatto che questa prospettiva non è condivisa da quegli Stati che addirittura ritengono il passaggio al voto a maggioranza "pericoloso" in questo momento di fragilità, politica ed economica, dell'Unione. Meglio riparlarne, se del caso, in tempi migliori, risolte le attuali situazioni di crisi.

A spingere per un reale ed immediato cambiamento, almeno in materia fiscale, potrebbe essere però proprio la situazione economica creata dalla pandemia che ha già aperto scenari impensabili in precedenza<sup>71</sup>, dalla sospensione del patto di stabilità alla emissione di debito comune. Anche gli Stati più renitenti ad una maggiore integrazione economica e politica non possono non rendersi conto del mutato contesto e potrebbero essere così indotti a accettare sacrifici alla propria sovranità per costruire un progetto comune di rilancio delle proprie economie. Tutto ciò non è però emerso dalle posizioni assunte dagli Stati in sede di Conferenza per quanto concerne una possibile modifica della regola dell'unanimità; tanto che, a differenza del *non paper* dell'Italia, nel *non paper* di dodici paesi<sup>72</sup> compare solo un generico cenno alla necessità di fare dell'UE «a strong and credible global actor, including working towards more efficient decision-making processes», mentre in quello franco-tedesco<sup>73</sup> si fa riferimento, in via generale, fra i temi da trattare, agli «institutional issues» che andrebbero affrontati anche con l'obiettivo di «ensure a more efficient functioning of the Union and its Institutions». Non molto, in verità, ma comunque una manifestazione di disponibilità ad affrontare i temi istituzionali, tra cui non può non comparire il tema delle modalità di voto.

La Conferenza si è conclusa il 9 maggio 2022 con la presentazione presso il Parlamento europeo della relazione finale che contiene quarantanove proposte adottate il 30 aprile 2022 dalla Plenaria della Conferenza<sup>74</sup>. In particolare, le raccomandazioni, nell'ambito del tema della Democrazia europea, propongono una generalizzazione del voto a maggioranza qualificata, che miri a conservare l'unanimità per le sole questioni riguardanti l'adesione di nuovi Paesi membri e le modifiche ai principi fondamentali

---

<sup>70</sup> V. il sito <https://euractiv.it/section/futuro-delleuropa/news/michel-abolire-principio-unanimita-falsa-buona-idea>.

<sup>71</sup> Si veda G. PETRILLO, *Il rafforzamento del legame fra fiscalità e democrazia per la creazione di una capacità fiscale europea*, in *federalismi.it*, 2022, n. 6., pp. 86-100, reperibile [online](#).

<sup>72</sup> *Conference on the Future of Europe: Common approach amongst Austria, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Ireland, Latvia, Lithuania, Malta, the Netherlands, Slovakia and Sweden*, reperibile [online](#).

<sup>73</sup> *Conference on the Future of Europe. Franco-German non-paper on key questions and guidelines*, reperibile [online](#).

<sup>74</sup> La relativa documentazione è reperibile al sito della Conferenza <https://futureu.europa.eu/?locale=it>.

dell'Unione, contemplati dall'art. 2 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>75</sup>.

La Conferenza ha quindi rappresentato un'ottima occasione per verificare se sussistono le condizioni politiche per avviare un processo complessivo di revisione della attuale struttura istituzionale. Si tratta di conciliare i diversi timori con la necessità di procedure più efficienti, lasciando le modifiche dei Trattati come *extrema ratio*, anche per evitare quella sorta di cortocircuito, già menzionato, che potrebbe essere provocato dal fatto, più volte ricordato, che la modifica dei Trattati è a sua volta regolata dal voto all'unanimità.

L'umore di molti Stati non pare favorevole ad una integrazione ulteriore che consenta di superare il principio dell'unanimità. Non può però escludersi che, proprio a seguito della Conferenza, venga posta sul tappeto la questione, più generale, di una riforma dei Trattati. Le parole pronunciate dal Presidente Draghi dinanzi al Parlamento europeo il 3 maggio 2022, a favore di un federalismo, non solo pragmatico, ma anche ideale, che impone il superamento del principio dell'unanimità, quale unico modo per uscire dall'attuale situazione di stallo<sup>76</sup>, parrebbero da interpretare come un forte segnale in tal senso. Esse sono state peraltro riprese dalla Presidente della Commissione, nelle sue dichiarazioni di chiusura, il 9 maggio, dei lavori della Conferenza, e dal Presidente francese Macron<sup>77</sup> che, parlando a Strasburgo nella stessa occasione, ha difeso l'idea di una Europa a più velocità. Infine, lo stesso Parlamento europeo, pronunciandosi sulle conclusioni della Conferenza, ha auspicato l'abolizione dell'unanimità in seno al Consiglio, chiedendo l'attivazione della procedura di revisione dei Trattati<sup>78</sup>. Immediata però è stata la levata di scudi da parte di ben tredici Stati membri, fortemente contrari ad ogni ipotesi di modifica dei Trattati<sup>79</sup>.

Quanto agli strumenti alternativi alla revisione dei Trattati, a venire in considerazione sono la cooperazione intergovernativa e la cooperazione rafforzata, di cui la prima è stata utilizzata anche per costruire le basi per iniziative più ambiziose di armonizzazione nel campo della tassazione societaria, mentre la seconda, che ha un precedente nel 2013 nel settore fiscale nell'imposta sulle transazioni finanziarie<sup>80</sup>, non si

---

<sup>75</sup> Sull'esito della Conferenza si veda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, L. LIONELLO, *Gli esiti della Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di revisione dei Trattati*, in *BlogDUE*, 29 maggio 2022, reperibile [online](#).

<sup>76</sup> Il testo dell'intervento del Presidente Draghi al Parlamento europeo è reperibile [online](#).

<sup>77</sup> Cfr. il sito <https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/eu-affairs/20220506STO29018/futuro-dell-europa-la-conferenza-si-conclude-con-una-promessa-di-cambiamento>. Il discorso del Presidente francese è anche reperibile [online](#).

<sup>78</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 4 maggio 2022, *Seguito da dare alle conclusioni della Conferenza sul futuro dell'Europa*, (2022/2648 (RSP)), punti 11 e 15.

<sup>79</sup> In merito, *Non-paper by Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Romania, Slovenia, and Sweden on the outcome of and follow-up to the Conference on the Future of Europe*, 9 May 2022, reperibile [online](#).

<sup>80</sup> Proposta di direttiva del Consiglio che attua una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, [COM\(2013\) 71 final](#) del 14 febbraio 2013.

è rivelata particolarmente efficace per la partecipazione limitata a undici Stati, dopo che una proposta presentata nel 2011 non aveva ottenuto il consenso unanime del Consiglio.

Nel suo discorso sullo stato dell'Unione 2021, Ursula von der Leyen ha giustamente sottolineato che in materia di politica estera – anche ma non solo – la soluzione per fare dell'Unione un soggetto capace di agire non sta o non sta esclusivamente nell'abolizione del metodo del voto unanime e quindi del diritto di veto dei singoli Stati. La paralisi dell'Unione europea, specie in materia di politica estera e di difesa, sarebbe infatti dovuta alla mancanza di volontà politica dei governi e non alla capacità decisionale delle istituzioni europee.

In questo contesto, i movimenti politici di forte ispirazione europeista si sono in più occasioni espressi nel senso che forme di democrazia partecipativa e un rafforzamento dei poteri del Parlamento siano obiettivi da perseguire per giungere ad una riforma dell'attuale sistema europeo. In tale prospettiva, ad esempio, nel Documento politico-programmatico del Movimento europeo in Italia triennio 2019-2021<sup>81</sup> si afferma come «ineludibile» l'intervento della sovranità popolare attraverso un «referendum paneuropeo confermativo»<sup>82</sup> in caso di riforma dei Trattati. Evocato anche dal Parlamento europeo con riguardo all'ipotesi di modifica dei Trattati, l'istituto del referendum è ben noto alla storia dell'Unione e l'esperienza maturata nelle ben quaranta volte in cui i cittadini di ventidue Paesi europei sono stati chiamati ad esprimersi con referendum consultivi o deliberativi o di ratifica insegna che esso va maneggiato con estrema delicatezza, specie ove si trattasse, ad esempio, di farne uso per confermare, anche solo nei Paesi dove se ne avverta la necessità, scelte come quella di abbandonare il voto all'unanimità. In tali circostanze il ricorso allo strumento referendario potrebbe rappresentare la contropartita per la rinuncia ad una porzione di sovranità necessaria per transizione al voto a maggioranza qualificata.

Si potrebbe poi, per ridurre l'impatto della riforma sulla sovranità degli Stati, restringere il campo delle misure che potrebbero essere adottate senza l'unanimità, limitandolo, ad esempio, al contrasto dei fenomeni patologici, quali le frodi, o alla disciplina della fiscalità digitale che per la natura del mondo di Internet richiede una risposta che non sia territorialmente circoscritta, ma quanto più comprensiva possibile delle varie realtà economiche, e ricorrendo invece, quando ne sussistano le condizioni, allo strumento di cui all'art. 116 TFUE<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Documento politico-programmatico del Movimento europeo in Italia triennio 2019-2021, *Per un'Europa unita, democratica e solidale*, reperibile [online](#).

<sup>82</sup> Cfr. *Un Patto dell'Italia nell'Unione europea Decalogo per un'Europa unita, solidale e democratica*, reperibile [online](#). Si veda altresì P.V. DASTOLI, *Le condizioni per non far fallire la Conferenza sul futuro dell'Europa*, 27 aprile 2021, reperibile [online](#).

<sup>83</sup> Si veda, nel senso del ricorso alla procedura di cui all'art. 116 TFUE contro le pratiche fiscali dannose, risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021 sulla riforma della strategia dell'UE sulle pratiche fiscali dannose (compresa la riforma del gruppo "Codice di condotta"), (2020/2258(INI)), punto 16; nonché, risoluzione del Parlamento europeo del 21 ottobre 2021 sui Pandora papers: implicazioni per

Due osservazioni si impongono tuttavia. Anzitutto, le esperienze di consultazione popolare non sono state purtroppo sempre positive per il processo di integrazione europea, a causa della forte strumentalizzazione politica che, spostando l'attenzione degli elettori su vicende di politica interna, ha finito per svilire il valore del referendum sul piano europeo. D'altra parte, lo stesso ricorso allo strumento referendario su questioni particolarmente sensibili, quale la materia fiscale, non pare neppure appropriato, come dimostra del resto il divieto di referendum abrogativo contenuto nella Costituzione italiana. A ciò si aggiunge che comunque il meccanismo indicato dovrebbe in ogni caso essere limitato solo a talune delle possibili misure in ambito fiscale, consentendo che il passaggio al voto a maggioranza diventi di fatto la regola nella maggior parte dei casi. Indicazioni in tal senso potrebbero trarsi dalla Comunicazione della Commissione del 15 gennaio 2019<sup>84</sup> che, proponendo un graduale passaggio al voto unanime che si articolerebbe in quattro fasi, suggerisce un criterio di graduazione dell'intensità della misura di armonizzazione che potrebbe essere richiamato ai fini della formulazione della proposta in oggetto e, in particolare, della clausola di dissenso sopra ipotizzata.

Il tutto evidentemente con l'auspicio che, nel frattempo, la Commissione, avvalendosi dello strumento di cui all'art. 116 TFUE e giovandosi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di limiti alla sovranità fiscale degli Stati ogniqualvolta si configuri un aiuto di Stato e dunque una ingiustificata restrizione alla libertà di concorrenza, abbia progressivamente eroso i margini di competenza esclusiva degli Stati, tanto da rendere del tutto eccezionali le situazioni di attivazione necessaria della clausola di dissenso sopra descritta.

Appare evidente che una soluzione quale quella ora prospettata avrebbe il pregio di consentire un avanzamento della integrazione in campo fiscale in molteplici settori, ma non risolverebbe probabilmente le questioni di maggiore rilevanza per l'esercizio della potestà impositiva che con ogni probabilità finirebbe per rimanere in taluni ambiti, per quanto eccezionali, nella disponibilità degli Stati.

Una via che potrebbe esser percorsa in alternativa è quella, più volte menzionata, del più ampio utilizzo dell'art. 116 TFUE, in modo da consentire interventi dell'Unione ogniqualvolta, come già rilevato, le differenze di regime fiscale tra i vari Paesi costituiscano un ostacolo alla libertà di concorrenza. Sono state peraltro ricordate le titubanze della stessa Commissione che, di fronte alla manifesta contrarietà di taluni tali Stati, che vi ravviserebbero una indebita limitazione della loro sovranità fiscale, non ha ritenuto finora di farvi ricorso, pur facendone menzione forse anche solo come strumento di pressione su quegli Stati. Oggi, proprio quando, per altri versi, la situazione non parrebbe propizia per un "attacco" diretto alle prerogative statali, potrebbe invece

---

gli sforzi volti a contrastare il riciclaggio di denaro e l'evasione e l'elusione fiscale, [\(2021/2922\(RSP\)\)](#), punto 79.

<sup>84</sup> COM(2019) 8 final, cit.

soccorrere, come già accennato, la giurisprudenza della Corte di giustizia che, in tema di *tax ruling*<sup>85</sup>, si è pronunciata nel senso della estensione della disciplina sugli aiuti di Stato alle misure fiscali adottate dagli Stati membri, statuendo che detti Stati, nell'esercitare la loro competenza in materia di fiscalità diretta, devono astenersi «dall'adottare misure che possano costituire aiuti di Stato incompatibili con il mercato comune»<sup>86</sup>. Resta però il fatto che, come dimostrato nella sentenza del Tribunale del 15 luglio 2020, nel caso *Apple*<sup>87</sup>, il ricorso alla normativa sugli aiuti presenta comunque delle difficoltà, in quanto non è facile riuscire a provare la presenza di una distorsione del mercato rilevante ai fini dell'art. 107, par. 1, TFUE, anche laddove vi sia un'alterazione della concorrenza, derivante da un trattamento fiscale agevolato. La difficoltà di percorrere la strada dell'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato in una situazione in cui la distorsione creata dalla divergenza delle politiche fiscali nazionali è di tutta evidenza potrebbe dunque aprire la strada ad una interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della previsione di cui all'art. 116, in modo, ad esempio, da pervenire alla determinazione, per lo meno, di una base imponibile comune che consenta di ridurre l'impatto delle diversificazioni delle politiche fiscali dei singoli Stati<sup>88</sup>. Si realizzerebbe in tal modo un concorso fra i diversi strumenti che potrebbe, sul piano pratico, superare l'ostacolo del voto unanime nella materia fiscale<sup>89</sup>.

Sempre senza che sia necessario ipotizzare una modifica dei Trattati, potrebbe anche immaginarsi il ricorso a forme di cooperazione differenziata, che, come ormai noto, consente ad un gruppo di Stati di procedere sulla via dell'integrazione se gli altri Stati non intendono, almeno temporaneamente, prendervi parte attiva<sup>90</sup>.

Infine, rimarrebbe come ulteriore opzione il ricorso alle varie clausole passerella, che tuttavia scontano il difetto iniziale di richiedere per la transizione al voto a maggioranza il consenso unanime degli Stati membri, niente affatto sicuro, come dimostrano le estenuanti trattative per l'adozione di provvedimenti, quali quelli del 21 luglio 2020, che hanno introdotto, con l'attivazione dei bond, un avvio di fiscalità europea, seppur dichiarata temporanea, che l'emergenza sanitaria rendeva indispensabili.

---

<sup>85</sup> Per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 16 settembre 2021, [causa C-337/19 P](#), *Magnetrol International*, EU:C:2021:741.

<sup>86</sup> *Ivi*, punto 162.

<sup>87</sup> [Cause riunite T-778/16 e T-892/16](#), EU:T:2020:338. Vedi anche, dello stesso Tribunale, sentenza del 6 aprile 2022, [causa T-508/19](#), *Mead Johnson Nutrition (Asia Pacific) Pte Ltd e a. c. Commissione europea*, EU:T:2022:217.

<sup>88</sup> In merito alla insufficienza del ricorso agli strumenti forniti dalla disciplina sugli aiuti di Stato, vedi G. CAGGIANO, *Il cantiere dell'armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, pp. 3-25, reperibile [online](#).

<sup>89</sup> In tal senso, M. NOUWEN, *The Market Distortion Provisions of Article 116-117 TFUE: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?*, in *Intertax*, 2021, pp. 14-28, nonché, J. ENGLISCH, *Article 116 TFUE – The Nuclear Option for Qualified Majority Tax Harmonization?*, in *EC Tax Review*, 2020, pp. 58-61.

<sup>90</sup> Sul punto si veda J.A. EMMANOULIDIS, *Differentiated Europe 2035: Elaboration and Evaluation of Five Potential Scenarios*, September 2021, Policy Paper no. 16, reperibile [online](#).

Non pare invece sussistano motivazioni convincenti per promuovere l'adozione fra gli Stati più "volenterosi" di accordi di portata generale quali un *Political Compact* sul modello del *Fiscal Compact*<sup>91</sup>. Esso finirebbe per accentuare ancor di più le connotazioni di una Europa a geometria variabile, fondata su forme di integrazione differenziata, ben lontana dagli obiettivi che potrebbero conseguirsi attraverso una politica fiscale adottata a maggioranza degli Stati membri, ma di applicazione generale.

## **7. Conclusioni: il superamento dell'unanimità e le prospettive di integrazione europea.**

In conclusione, tutto sarebbe certamente più semplice se, con l'accordo di tutti gli Stati, si procedesse ad una modifica dei Trattati<sup>92</sup> al fine, almeno, di ridurre se non eliminare le ipotesi di ricorso al voto unanime specialmente in tema di risorse proprie dell'Unione e, più in generale, in materia fiscale. Per evitare, tuttavia, di rimanere senza opzioni alternative, sarebbe altrettanto auspicabile che, conclusasi la Conferenza sul futuro dell'Unione, venisse rivolto alla Commissione l'invito ad essere più coraggiosa nel ricorso allo strumento dell'art. 116 TFUE e agli Stati di accordarsi per consentire comunque il passaggio al voto a maggioranza. Se si rivelasse altrimenti impossibile ottenere il consenso di tutti, potrebbero rimanere escluse da tale mutamento talune materie essenziali per la sovranità degli Stati, rispetto alle quali la maggioranza degli Stati potrà sempre proseguire sulla via della integrazione, mentre gli Stati dissenzienti potranno non essere obbligati al rispetto delle misure così adottate a condizione che – ed è questa la vera novità – la loro posizione di dissenso sia confermata da una consultazione popolare.

Tutto ciò significa che, fino a quando non si creeranno le condizioni per una modifica dei Trattati in senso federativo, che cancelli definitivamente il metodo intergovernativo, l'Unione pare comunque destinata, in materia fiscale, ad un assetto normativo variabile. L'auspicio è dunque duplice: che la Commissione europea faccia più ampio ricorso all'art. 116 TFUE e che comunque gli Stati acconsentano perché, per lo meno per quanto ancora la maggior parte delle misure indicate dalla stessa Commissione nella comunicazione del 15 gennaio 2019<sup>93</sup>, esse possano essere adottate a maggioranza,

---

<sup>91</sup> In merito alla possibilità che la Conferenza potesse «decidere di redigere un nuovo trattato internazionale – chiamato *Political Compact*», che, sul modello del *Fiscal Compact*, entrasse in vigore se ratificato da una maggioranza qualificata di Stati membri, v. F. FABBRINI, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, Centro studi sul federalismo research paper, giugno 2021, p. 19, reperibile [online](#). In senso critico, B. DE WITTE, *Overcoming the Single Country Veto in EU Reform?*, in *European Papers*, 2020, n. 2, pp. 983-988, reperibile [online](#).

<sup>92</sup> In tal senso, vedi risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sulla richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati, ([2022/2705\(RSP\)](#)), nonché, comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, *Conferenza sul futuro dell'Europa. Dalla visione all'azione*, [COM\(2022\) 404 final](#) del 17 giugno 2022.

<sup>93</sup> COM(2019) 8 final, cit.

lasciando quelle più sensibili per gli Stati ad una ultima fase. La speranza che in quel momento o il problema sia stato superato in virtù dell'affermazione del principio della libertà di concorrenza, che non può prescindere da una omogeneità delle regole fiscali, o sia mutato il clima politico in senso più favorevole alla costruzione di una Europa veramente (o più) unita, fermo restando che, come ultima possibilità, vi sarebbe pur sempre quella di ricorrere, secondo e nei limiti della proposta in questa sede formulata, ad una consultazione popolare.

Da ultimo, non può non rilevarsi che le soluzioni indicate potrebbero solo in parte operare nel settore della politica estera e difesa dove, di fatto, le uniche soluzioni sono quelle dell'attivazione della relativa clausola passerella oppure di una revisione dei Trattati. Lo stesso vale, in una certa misura, anche per gli altri settori interessati attualmente dal voto all'unanimità, quale quello ambientale, dove il ricorso all'art. 116 TFUE può peraltro comunque ipotizzarsi fin da ora con riguardo ai profili di rilevanza fiscale della relativa disciplina, anche se appare più facilmente immaginabile il ricorso alla specifica clausola passerella, favorito dalla rilevanza assunta dalla stessa questione ambientale che dovrebbe agevolare il superamento degli egoismi statali in nome della tutela dell'interesse comune alla salvaguardia dell'ambiente.

**ABSTRACT:** Il contributo affronta il tema delle risorse proprie dell'Unione europea e, conseguentemente, del finanziamento del suo bilancio, di cui la crisi pandemica prima e il conflitto in Ucraina poi hanno messo in luce le attuali debolezze, proponendo riflessioni sulle iniziative di riforma istituzionale che si rendono necessarie per rilanciare le economie nazionali. Si è infatti assistito all'apertura di una nuova fase del processo di integrazione fondata sulla ridefinizione della capacità fiscale europea, anche traendo spunto dagli esiti dei lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa. Ruolo centrale riveste la questione del superamento del voto all'unanimità.

**PAROLE CHIAVE:** risorse proprie UE; capacità fiscale UE; Conferenza sul futuro dell'Europa; riforme istituzionali; superamento dell'unanimità.

*Union's own resources in the light of institutional reforms*

*ABSTRACT: The paper addresses the topic of the Unions' own resources and, consequently, the financing system of its budget, of which the Covid-19 pandemic and the conflict in Ukraine have displayed the current shortcomings, and offers some reflections on prospective institutional reforms that are required in order to boost national economies. This has indeed brought to a new phase of the integration process that aims at redefining the fiscal capacity of the Union, also in the light of the proposals arising from the Conference on the future of Europe. A crucial issue concerns the overcoming of the unanimity voting.*

*KEY WORDS: Union's own resources; Union's fiscal capacity; Conference on the future of Europe; institutional reforms; overcoming of unanimity.*



# Giurisdizione in materia matrimoniale e principio di non discriminazione in base alla nazionalità

Giacomo Biagioni\*

SOMMARIO: 1. La sentenza nel caso *OE*. – 2. Il ruolo della cittadinanza nei conflitti di giurisdizione negli atti normativi dell’Unione. – 3. La rilevanza generale del principio di non discriminazione in base alla nazionalità. – 4. L’idoneità delle norme dell’Unione a configurare una discriminazione in base alla nazionalità. – 5. L’approccio della Corte di giustizia alla possibile discriminazione determinata dall’art. 3 del regolamento 2201/2003. – 6. Verso una ‘specialità’ della cooperazione giudiziaria civile?

## 1. La sentenza nel caso *OE*.

Con una recente sentenza<sup>1</sup> la Corte di giustizia ha esaminato una questione pregiudiziale relativa all’art. 3, par. 1, lett. *a*, sesto trattino, del regolamento 2201/2003<sup>2</sup>, che attribuisce, in materia di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, la giurisdizione al giudice dello Stato di residenza abituale dell’attore, purché tale residenza perduri da almeno sei mesi se l’attore ha la cittadinanza di tale Stato membro.

La questione era stata sollevata dall’*Oberster Gerichtshof* nell’ambito di un procedimento di divorzio instaurato da un cittadino italiano residente in Austria da più di sei mesi, ma da meno dei dodici mesi richiesti dall’art. 3, par. 1, lett. *a*, quinto trattino, del regolamento rispetto ad un attore non cittadino dello Stato del foro. I giudici austriaci dubitavano che la disposizione, o meglio la combinazione tra le due disposizioni potesse considerarsi contraria al principio di non discriminazione in base alla nazionalità di cui all’art. 18 TFUE, poiché essa produce l’effetto di disciplinare diversamente l’attribuzione della giurisdizione proprio a seconda della cittadinanza dell’attore.

Un eventuale contrasto con tale principio avrebbe dovuto condurre la Corte di giustizia a dichiarare la parziale invalidità del regolamento (alla quale pure il giudice del rinvio non aveva fatto espresso riferimento)<sup>3</sup>: il giudice rimettente chiedeva peraltro alla

---

\* Professore associato di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Cagliari.

<sup>1</sup> Corte di giustizia, sentenza 10 febbraio 2022, [causa C-522/20](#), *OE*, EU:C:2022:87.

<sup>2</sup> [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.

<sup>3</sup> Peraltro, può essere interessante notare che la questione pregiudiziale era stata formulata – ed è stata risolta – secondo la terminologia comunemente usata per prefigurare un contrasto tra una norma

Corte anche di stabilire quale tra le disposizioni contenute, rispettivamente, nel quinto e nel sesto trattino dovesse considerarsi applicabile. Tale soluzione avrebbe spiegato effetti anche con riguardo al regolamento 2019/1111<sup>4</sup>, che sostituirà dal 1° agosto 2022 il regolamento 2201/2003, poiché esso contiene nel suo art. 3 disposizioni formulate in termini identici<sup>5</sup>.

La Corte di giustizia ha dapprima rammentato, sul piano generale, che il principio di non discriminazione impone di trattare in modo uguale situazioni analoghe e che, al contempo, il legislatore dell'Unione conserva un ampio margine di discrezionalità rispetto all'individuazione di tali situazioni nell'esercizio delle sue competenze. Dopo questa premessa, la Corte ha esaminato la struttura delle norme sulla giurisdizione nel regolamento 2201/2003 e il ruolo del *forum actoris* in tale contesto, in relazione all'obiettivo di garantire l'esistenza di un collegamento effettivo tra il giudice e la controversia. In particolare, essa ha rilevato la sostanziale diversità delle due fattispecie esaminate nel quinto e nel sesto trattino in ragione del nesso costituito dalla cittadinanza, ma anche la circostanza che tale nesso garantisce una maggiore prevedibilità del titolo di giurisdizione, in quanto è verosimile attendersi che, in caso di crisi matrimoniale, uno dei coniugi torni nel suo Stato nazionale per avviare il procedimento diretto allo scioglimento del rapporto.

Pertanto, avendo ritenuto che il legislatore dell'Unione non avesse ecceduto i limiti della sua discrezionalità presumendo che un coniuge mantenga contatti più stretti con lo Stato di cui possiede la cittadinanza e che, sulla base di una giurisprudenza relativa allo statuto dei funzionari dell'Unione<sup>6</sup>, la cittadinanza possa talora essere usata per fondare

---

nazionale e una norma dell'Unione: «il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, sancito dall'articolo 18 TFUE, deve essere interpretato nel senso che *esso non osta a che* la competenza dei giudici dello Stato membro nel cui territorio si trova la residenza abituale dell'attore, come prevista all'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), sesto trattino, del 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, sia subordinata ad un periodo minimo di residenza dell'attore, immediatamente precedente alla sua domanda, di sei mesi inferiore rispetto a quello previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), quinto trattino, di tale Regolamento, in quanto l'interessato è un cittadino di tale Stato membro» (corsivo aggiunto).

<sup>4</sup> [Regolamento \(UE\) 2019/1111](#) del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori.

<sup>5</sup> I medesimi criteri sono richiamati, per quanto condizionatamente all'accordo dei coniugi o dei partner, anche nell'art. 5, par. 2, del [regolamento \(UE\) 2016/1103](#) del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e del [regolamento \(UE\) 2016/1104](#) del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

<sup>6</sup> Corte di giustizia, sentenza del 16 ottobre 1980, *Hochstrass c. Corte di giustizia*, [causa 147/79](#), EU:C:1980:238, e sentenza del 15 aprile 2010, [causa C-485/08 P](#), *Gualtieri c. Commissione*, EU:C:2010:188.

una categorizzazione, la Corte ha escluso che le disposizioni sopra menzionate possano risultare contrarie all'art. 18 TFUE.

La sentenza offre così una soluzione apparentemente di portata generale, che auspicabilmente salvaguarda il ruolo del criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, escludendo che esso possa determinare *ex se* una discriminazione vietata dal Trattato. Essa rende tuttavia utile una riflessione sull'interazione tra il principio oggi consacrato nell'art. 18 TFUE e le norme UE in materia di cooperazione giudiziaria civile, anche al fine di verificare se il percorso argomentativo seguito dalla Corte possa effettivamente ritenersi inserito nel solco precedentemente tracciato dalla giurisprudenza in materia di divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

## **2. Il ruolo della cittadinanza nei conflitti di giurisdizione negli atti normativi dell'Unione.**

È ormai un elemento consolidato della cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea, sulla scorta dell'approccio inaugurato dalle convenzioni concluse nell'ambito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, che la residenza abituale costituisce, almeno in materia familiare, il legame che viene più frequentemente valorizzato sia quale titolo di giurisdizione sia quale criterio di collegamento per la determinazione della legge applicabile.

Nel contesto della cooperazione giudiziaria internazionale la tendenza a privilegiare la residenza abituale e a superare la tradizionale centralità del criterio della cittadinanza si collegava alla convinzione che la residenza abituale, da un lato, costituisse un criterio di più agevole applicazione, in quanto insuscettibile di determinare conflitti, positivi o negativi, analoghi a quelli esistenti per la cittadinanza<sup>7</sup>, e, dall'altro, assicurasse un collegamento maggiormente effettivo tra la persona o le persone interessate e un determinato Stato. Ciò sembrava consentire di superare anche i possibili inconvenienti legati alla minore prevedibilità di tale criterio, in quanto implicante un accertamento di fatto talvolta complesso sulle circostanze di vita del soggetto interessato<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Per l'idea che, a differenza della cittadinanza, la residenza abituale di un coniuge può essere una sola, Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 2021, [causa C-289/20, IB](#), EU:C:2021:955, punto 49 ss. In senso analogo, con riferimento alla materia successoria, v. Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2020, [causa C-80/19, E.E.](#), EU:C:2020:569, punto 41.

<sup>8</sup> V., per un esempio relativo a circostanze di fatto particolarmente complesse, le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella [causa C-501/20, M P A](#), presentate il 24 febbraio 2022, EU:C:2022:138. Sulle difficoltà create dalla disposizione in taluni limitati casi, v. M.C. BARUFFI, *When Italy Crosses the UK: An Overview of the Application of Brussels IIa Regulation in the Italian Legal Order*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, pp. 41-62, specialmente p. 45 s.

Peraltro, nell'ordinamento dell'Unione europea il mancato ricorso al criterio della cittadinanza poteva apparire suggerito anche da un altro elemento, e precisamente dalla presenza di una norma primaria – largamente valorizzata dalla Corte di giustizia nelle materie coperte dal diritto dell'Unione europea – che vieta discriminazioni in base alla nazionalità tra i cittadini degli Stati membri e che si lega ormai all'idea della cittadinanza europea come status fondamentale di tali soggetti e ai connessi diritti di circolazione e soggiorno<sup>9</sup>.

Tale limitazione risultava particolarmente rilevante proprio in tema di giurisdizione per due ordini di ragioni. Per un verso, rispetto alle norme sulla giurisdizione il richiamo alla cittadinanza delle parti può operare in senso attributivo solo in quanto questa sia quella di uno Stato membro, mentre, nel caso della legge applicabile, il carattere universale delle norme di conflitto fa sì che un eventuale riferimento alla cittadinanza delle parti possa portare, con eguale probabilità, al richiamo della legge di uno Stato membro o di uno Stato terzo: ma quest'ultima situazione non potrebbe comunque ricadere sotto la portata applicativa dell'art. 18 TFUE<sup>10</sup>. Per altro verso, l'eventuale discriminazione tra i cittadini di diversi Stati membri rispetto alle norme sulla giurisdizione è suscettibile di determinare un accesso differenziato alla giustizia di uno Stato membro proprio in relazione alla nazionalità di una delle parti, con conseguente possibile compressione del «diritto a un tribunale»<sup>11</sup>: proprio per evitare tale rischio, nella materia civile e commerciale era stata introdotta sin dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 una disposizione che consentiva ai soggetti domiciliati in uno Stato membro di cui non avevano la nazionalità di far valere, contro convenuti domiciliati in Stati terzi, le norme nazionali sulla giurisdizione eventualmente basate anche sulla cittadinanza dell'attore<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. anche T. PFEIFFER, *The Notion of Habitual Residence*, in T. PFEIFFER, Q.C. LOBACH, T. RAPP (edited by), *Facilitating Cross Border Family Life – Towards a Common European Understanding*, Heidelberg, 2021, pp. 10-19. Le misure sulla cooperazione giudiziaria civile sono, d'altronde, viste di regola come dirette a favorire la libera circolazione delle persone, anche se talora alcuni valori fondamentali ad essa inerenti, come l'interesse superiore del minore, possono prevalere: v. A. SCHRAUWEN, *Citizenship and Non-Discrimination Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (edited by), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, pp. 394-412, in specie p. 408 s.

<sup>10</sup> Tra gli altri, v. D. MARTIN, *Article 18 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (edited by), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, pp. 413-423, specialmente p. 415.

<sup>11</sup> Cfr. F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 895-938.

<sup>12</sup> V. oggi l'art. 6, par. 2, del [regolamento \(UE\) n. 1215/2012](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; analoga funzione è svolta dall'art. 7, par. 2, del regolamento 2201/2003.

Ne è derivata la costruzione di un sistema nel quale, appunto in tema di giurisdizione, la cittadinanza ha conservato rilievo a specifiche condizioni, che non operano peraltro univocamente nei diversi atti normativi in materia di cooperazione giudiziaria civile.

Anzitutto, essa viene richiamata quale vero e proprio titolo di giurisdizione soltanto quando sia comune alle parti interessate, laddove il legislatore manifesti un particolare *favor* per l'ampliamento della sfera di giurisdizione degli Stati membri, e ciò in via alternativa rispetto ai titoli fondati sulla residenza abituale, come si verifica in materia matrimoniale<sup>13</sup>; oppure in via sussidiaria rispetto ad essi, come accade in materia di obbligazioni alimentari<sup>14</sup>, nonché in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>15</sup>.

In altre ipotesi la cittadinanza di una delle parti viene presa in considerazione non isolatamente, ma quale elemento da valutare in combinazione con altri all'interno di una norma attributiva di giurisdizione: un esempio si rinviene proprio nella disposizione oggetto della sentenza in commento, ma ancor più chiaramente, in materia di successioni, nell'art. 10, par. 1, lett. *a*, del regolamento 650/2012, che prevede un titolo di giurisdizione sussidiario se nel territorio dello Stato nazionale, il defunto non residente abitualmente in uno Stato membro possedeva beni caduti in successione. Parimenti, la cittadinanza dell'attore può costituire, come espressamente suggerito nel preambolo di taluni regolamenti<sup>16</sup>, un elemento idoneo, nel contesto di una valutazione globale, a denotare un collegamento sufficiente tra lo Stato membro del giudice e la controversia ai fini del ricorso al foro di necessità, naturalmente in aggiunta alle ulteriori condizioni richieste per l'operatività di quest'ultimo<sup>17</sup>.

Assimilabile a quella appena menzionata è l'ipotesi in cui la cittadinanza di una delle parti costituisca il presupposto per la determinazione della giurisdizione sulla base della volontà delle parti stesse, in presenza di una facoltà di scelta limitata a taluni fori. Così, la cittadinanza di una delle parti viene menzionata quale uno dei legami che

---

<sup>13</sup> Sul *favor* per l'instaurazione delle cause matrimoniali che ha guidato il legislatore dell'Unione nell'elaborazione della platea dei titoli di giurisdizione, v. F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84.

<sup>14</sup> V. art. 6 del [regolamento \(CE\) n. 4/2009](#) del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari: sul sistema dei titoli di giurisdizione previsto da tale regolamento, v. F. POCAR, I. VIARENGO, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 805-828; F. PESCE, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Roma, 2013, p. 117 ss.

<sup>15</sup> V. art. 6, lett. *d*, del regolamento (UE) 2016/1103 e del regolamento (UE) 2016/1104.

<sup>16</sup> Cfr., in particolare, il sedicesimo considerando del regolamento 4/2009.

<sup>17</sup> Sul foro di necessità, v., tra gli altri, P. FRANZINA, *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 1121-1129; C. RYNGAERT, *From Universal Civil Jurisdiction to Forum of Necessity: Reflections on the Judgment of the European Court of Human Rights in Nait-Liman*, *ivi*, 2017, pp. 782-807.

consente l'elezione del relativo foro in materia di obbligazioni alimentari<sup>18</sup>; analogamente, in materia di responsabilità genitoriale la cittadinanza del minore costituisce uno dei possibili presupposti della proroga di giurisdizione ai sensi dell'art. 12, par. 3, del regolamento 2201/2003<sup>19</sup> e, in futuro, individuerà una delle ipotesi nelle quali sarà consentito procedere alla scelta del foro ai sensi dell'art. 10 del regolamento 2019/1111.

Un'ulteriore variante di tale tecnica si registra allorché la cittadinanza di una delle parti viene valorizzata per consentire la scelta della legge nazionale della parte stessa, alla quale si collega poi, in presenza di determinate condizioni, l'attribuzione della giurisdizione allo Stato della *lex causae*. In tal senso, in materia di successioni, i giudici dello Stato nazionale del defunto potranno risultare muniti di giurisdizione in presenza di una scelta della legge nazionale da parte del defunto, se accompagnata da ulteriori elementi perlopiù riconducibili alla volontà delle parti<sup>20</sup>. Un meccanismo simile opera in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate, poiché la giurisdizione può essere attribuita ai giudici dello Stato nazionale di uno dei coniugi o partner per effetto di un accordo di elezione del foro in presenza di una scelta della legge di tale Stato come legge regolatrice sul piano sostanziale<sup>21</sup>.

Può infine anche avvenire che la cittadinanza non sia menzionata quale elemento di una norma attributiva di giurisdizione, ma piuttosto di norme che incidono, in modo diverso, sull'esercizio della giurisdizione conferita ai giudici di un determinato Stato membro, come si verifica, in particolare, in materia di responsabilità genitoriale rispetto al trasferimento delle competenze a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso ai sensi dell'art. 15 del regolamento 2201/2003, ai sensi del quale la cittadinanza del minore può costituire uno dei legami particolari col giudice *ad quem* (come anche ribadito dall'art. 12 del regolamento 2019/1111)<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> V. l'art. 4, par. 1, lett. *b*, del regolamento 4/2009, su cui v. F. PESCE, *Le obbligazioni alimentari*, cit., p. 131 ss.

<sup>19</sup> Cfr. S. MARINO, *La portata della proroga del foro nelle controversie sulla responsabilità genitoriale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 349-366.

<sup>20</sup> Tali elementi possono essere costituiti, alternativamente, da una declinatoria di competenza da parte dei giudici dello Stato membro di residenza abituale del defunto (art. 7, lett. *a*, del regolamento 650/2012), da un accordo di elezione del foro (combinato disposto degli artt. 5 e 7, lett. *b*, del regolamento), da un'accettazione espressa della giurisdizione in corso di procedimento (art. 7, lett. *c*, del regolamento) o da un'accettazione tacita ad opera delle parti che non abbiano partecipato all'accordo di elezione del foro (art. 9 del regolamento, che sembra destinato ad applicarsi anche in presenza di un'accettazione espressa solo di alcune parti del procedimento). Su tali disposizioni, v., tra gli altri, A. LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni mortis causa*, in P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013, pp. 59-86, a p. 70 s.

<sup>21</sup> V. l'art. 7, par. 1, del regolamento 2016/1103 e del regolamento 2016/1104.

<sup>22</sup> Su tale meccanismo, v., tra gli altri, C. HONORATI, A. LIMANTÉ, *Transfer of Proceedings (Article 15)*, in C. HONORATI (edited by), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*, Torino, 2017, pp. 199-218.

In questo contesto, più chiaramente dirette a limitare l'esercizio della giurisdizione appaiono altre disposizioni. In particolare, nell'art. 6, lett. *b*, del regolamento 2201/2003 (e, allo stesso modo, nell'art. 6, par. 2, del regolamento 2019/1111) la cittadinanza del coniuge convenuto viene presa in considerazione per escludere che egli possa essere citato dinanzi al giudice di uno Stato membro diverso dal suo Stato nazionale sulla base di titoli di giurisdizione nazionali richiamati dall'art. 7 del regolamento. Non diversa appare la funzione del richiamo alla cittadinanza nell'art. 3, lettere *c* e *d*, del regolamento 4/2009, che impedisce al giudice di una controversia in materia di stato delle persone o di responsabilità genitoriale di conoscere, per accessorialità, anche della collegata controversia in materia di obbligazioni alimentari, quando la sua giurisdizione sulla causa principale si fonda esclusivamente sulla cittadinanza di una delle parti.

Alla parziale diversità di funzioni spiegate dal criterio della cittadinanza ai fini della determinazione della giurisdizione possono, come detto, accompagnarsi modalità operative differenti, come accade, ad esempio, per l'individuazione del momento determinativo della cittadinanza, che è spesso parametrata alle specifiche esigenze sottese a ciascuna disposizione<sup>23</sup>.

Sotto altro profilo, sebbene la determinazione della cittadinanza sia tuttora rimessa alla legislazione dei singoli Stati membri, da applicare nel rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione europea<sup>24</sup>, la giurisprudenza ritiene che la modalità di soluzione dei conflitti di cittadinanza debba essere disciplinata secondo una soluzione autonoma propria degli atti normativi dell'Unione<sup>25</sup>. Peraltro, in mancanza di indicazioni espresse, non è chiaro se la tecnica elaborata per l'interpretazione del criterio della cittadinanza comune in materia matrimoniale, consistente nel considerare pertinenti tutte le plurime cittadinanze comuni ai coniugi, possa risultare estendibile anche a materie

---

<sup>23</sup> Così, nel [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 la cittadinanza è determinata al momento della morte nell'ipotesi dell'art. 10, par. 1, lett. *a*, mentre rileva la cittadinanza al momento della scelta o della morte in caso di *professio iuris* rilevante anche ai fini della competenza giurisdizionale. Ai sensi dell'art. 7, par. 1, del regolamento 2016/1103 e del regolamento 2016/1104 il momento rilevante per stabilire la cittadinanza ai fini dell'*electio fori* è solo quello della scelta, potenzialmente anche anteriore al matrimonio o alla registrazione dell'unione. Ancora, l'art. 4, par. 1, lett. *b*, del regolamento 4/2009 considera rilevante la cittadinanza di cui i soggetti siano in possesso al momento dell'accordo o al momento in cui viene adita l'autorità giurisdizionale.

<sup>24</sup> Da ultimo, Corte di giustizia, sentenza del 18 gennaio 2022, [causa C-118/20, JY](#), EU:C:2022:34, sulla necessità di applicare la legislazione nazionale in materia di cittadinanza nel rispetto del principio di proporzionalità e comunque al fine di evitare possibili situazioni di apolidia.

<sup>25</sup> Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2009, [causa C-168/08, Hadadi](#), EU:C:2009:474, punto 38 ss. In materia di legge applicabile, v. l'art. 26 dei regolamenti 2016/1103 e 2016/1104, che esclude l'applicazione della legge nazionale comune in presenza di più cittadinanze comuni dei coniugi o dei partner. Per un'articolata critica della soluzione ivi adottata, v. D. MARTINY, *Article 26*, in I. VIARENGO, P. FRANZINA (edited by), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples. A Commentary*, Cheltenham, 2020, pp. 241-259, in specie p. 252 s.

diverse o a ipotesi in cui la cittadinanza costituisca solo uno dei fattori utilizzati per l'attribuzione della giurisdizione o rilevi ai fini della limitazione della stessa.

### **3. La rilevanza generale del principio di non discriminazione in base alla nazionalità.**

Come risulta dall'elencazione sopra riportata, nonostante che il menzionato criterio rivesta un ruolo non preminente nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, i riferimenti alla cittadinanza delle parti (o di una di esse) nell'ambito di sottosistemi di regole sulla giurisdizione complessi ed articolati permangono ancora numerosi e, pur essendo riconducibili a tecniche diversificate, risultano accomunati dall'assunto che la cittadinanza possa costituire in talune materie un nesso significativo.

Ora, proprio questa considerazione di fondo potrebbe indurre a concludere che tali richiami debbono ritenersi in contrasto con il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, poiché quest'ultimo riposa sull'opposta premessa secondo cui la cittadinanza non può costituire un elemento rilevante per tracciare una distinzione tra due situazioni. In tal senso, detto divieto sembra assumere una rilevanza più puntuale rispetto al generale principio di parità di trattamento, a cui la Corte di giustizia pure lo riconduce<sup>26</sup>, poiché mira a impedire che due situazioni possano considerarsi dissimili per il solo fatto che il soggetto interessato possieda una certa nazionalità.

In tale ottica, la Corte ha in passato attribuito la rilevanza di principio fondamentale<sup>27</sup> al divieto di discriminazione in base alla nazionalità<sup>28</sup> e affermato che esso «impone la completa parità di trattamento per soggetti che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto comunitario, rispetto ai cittadini dello Stato membro»<sup>29</sup>, tanto che si è giunti ad affermare che il previgente art. 12 TCE aveva abolito il concetto stesso di cittadinanza nel campo di applicazione del diritto dell'Unione<sup>30</sup>.

In particolare, anche se la norma contenuta nell'art. 18 TFUE è stata ritenuta dotata di una portata meno ampia rispetto ad altre disposizioni del Trattato aventi un contenuto più puntuale<sup>31</sup>, la giurisprudenza la ha sovente applicata (spesso in combinazione con

---

<sup>26</sup> V. Corte di giustizia, sentenza *OE*, cit., punto 19 s. Per una disamina del nesso tra i due principi, v. F. SPITALERI, *Eguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea: dai singoli divieti al principio generale*, in I. CASTANGIA, G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2011, pp. 3-31.

<sup>27</sup> V. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2013, p. 90 ss.

<sup>28</sup> V. Corte di giustizia, sentenza del 27 ottobre 2009, [causa C-115/08, ĆEZ](#), EU:C:2009:660, punto 87 ss.

<sup>29</sup> Corte di giustizia, sentenza del 2 febbraio 1989, [causa 186/87, Cowan](#), EU:C:1989:47, punto 10.

<sup>30</sup> G. DAVIES, *'Any Place I Hang My Hat?' or: Residence is the New Nationality*, in *European Law Journal*, 2005, pp. 43-56, specialmente p. 55.

<sup>31</sup> Così, rispetto alla norma sul trattamento nazionale in materia di libera prestazione di servizi, Corte di giustizia, sentenza del 18 marzo 2014, [causa C-628/11, International Jet Management](#), EU:C:2014:171, punto 58.

l'art. 21 TFUE) per escludere la possibilità di far ricorso a normative nazionali che prevedevano una differenza di trattamento fondata sulla cittadinanza, ad esempio in materia di estradizione<sup>32</sup> o di trattamento penale della sottrazione di minori<sup>33</sup> (anche se la Corte è stata criticata per aver adottato in taluni casi un approccio eccessivamente restrittivo<sup>34</sup>).

In questo contesto, la Corte di giustizia ha ritenuto che fossero contrarie al divieto di discriminazione norme presenti negli ordinamenti degli Stati membri idonee a incidere sull'esercizio di azioni civili da parte di privati, in quanto limitassero diritti derivanti dall'ordinamento dell'Unione<sup>35</sup>. Così, in un caso relativo alla tutela del diritto d'autore, la normativa tedesca che riservava ai soli artisti nazionali la possibilità di agire per impedire la messa in commercio una fonoregistrazione non autorizzata è stata ritenuta contraria al principio<sup>36</sup>; analogamente, è stata ritenuta incompatibile con il diritto dell'Unione una norma che prevedeva una *cautio iudicatum solvi* solo a carico dei cittadini stranieri<sup>37</sup>.

Tali decisioni appaiono dunque rispecchiare un approccio chiaramente indirizzato a far prevalere in modo pieno il principio di non discriminazione in base alla nazionalità su possibili regole che individuino, direttamente o indirettamente, come criterio distintivo la cittadinanza degli interessati<sup>38</sup>.

La giurisprudenza è stata talvolta chiamata a confrontarsi anche con la possibilità che una norma contenuta in un atto dell'Unione fosse contraria al principio di non discriminazione in base alla nazionalità<sup>39</sup>, ma le ipotesi in cui una simile evenienza è stata

---

<sup>32</sup> V., tra le altre, Corte di giustizia, sentenza del 6 settembre 2016, [causa C-182/15](#), *Petruhhin*, EU:C:2016:630; sentenza del 17 dicembre 2020, [causa C-398/19](#), *BY*, ECLI:EU:C:2020:1032.

<sup>33</sup> Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2020, [causa C-454/19](#), *ZW*, ECLI:EU:C:2020:947.

<sup>34</sup> V. D. MARTIN, *Article 18 TFEU*, cit., p. 421, con riferimento a Corte di giustizia, sentenza del 12 luglio 2005, [causa C-403/03](#), *Schempp*, EU:C:2005:446, relativa alla deducibilità dal reddito imponibile di un assegno alimentare versato da un contribuente residente in Germania alla sua ex moglie residente in Austria.

<sup>35</sup> Cfr. P. SIMONE, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia: i criteri applicativi*, I. CASTANGIA, G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio di non discriminazione*, cit., pp. 33-82, in specie p. 48.

<sup>36</sup> Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 1993, [cause riunite C-92/92 e C-326/92](#), *Collins*, EU:C:1993:847. V. anche Corte di giustizia, sentenza del 6 giugno 2002, [causa C-360/00](#), *Land Hessen*, EU:C:2002:346; sentenza del 30 giugno 2005, [causa C-28/04](#), *Tod's*, EU:C:2005:418.

<sup>37</sup> Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 1996, [causa C-43/95](#), *Data Delecta*, EU:C:1996:357; 20 marzo 1997, [causa C-323/95](#), *Hayes*, EU:C:1997:169.

<sup>38</sup> Sull'efficacia diretta anche orizzontale di tale divieto, v. S. PRECHAL, S. DE VRIES, *Seamless web of judicial protection in the internal market*, in *European Law Review*, 2009, pp. 5-24, specialmente p. 15 ss.; C. KRENN, *A missing piece in the horizontal effect "Jigsaw": horizontal direct effect and the free movement of goods*, in *Common Market Law Review*, 2012, pp. 177-215, specialmente p. 192 ss.

<sup>39</sup> Per l'approccio indiretto della Corte in questo campo rispetto alla prevalenza delle norme dei Trattati rispetto alla legislazione dell'Unione, v. T. HORSLEY, *The Court of Justice of the European Union as an Institutional Actor*, Cambridge, 2018, p. 179 ss.

riscontrata appaiono comprensibilmente limitate<sup>40</sup>. A tal fine, occorre anche considerare il fatto che, in materia di invalidità degli atti dell'Unione per violazione del principio di non discriminazione, l'approccio della Corte di giustizia è più restrittivo rispetto allo standard utilizzato per le misure nazionali: in particolare, essa assume che va riconosciuto al legislatore dell'Unione un ampio margine di discrezionalità nel valutare la comparabilità di situazioni diverse<sup>41</sup> che tale valutazione deve essere effettuata tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, ivi compresi l'oggetto e lo scopo dell'atto dell'Unione, nonché i principi e gli obiettivi del settore cui si riferisce l'atto stesso<sup>42</sup>.

#### **4. L'idoneità delle norme dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile a configurare una discriminazione in base alla nazionalità.**

Venendo ad esaminare più da vicino il rischio che una discriminazione in base alla nazionalità vietata dal Trattato possa derivare dall'applicazione delle norme in materia di internazionale privato, occorre ricordare che tale tematica era stata già sollevata in passato<sup>43</sup>, ma la Corte aveva escluso tale possibilità sul presupposto che all'epoca la disciplina di conflitto (e la disciplina materiale) relativa alle conseguenze economiche del divorzio esulava dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e dunque difettava una delle condizioni perché venisse in gioco il divieto di discriminazione in base alla nazionalità<sup>44</sup>. Naturalmente, nell'attuale contesto, almeno nelle numerose materie in cui la disciplina relativa alla competenza giurisdizionale e alla legge applicabile alle cause matrimoniali è contenuta in atti normativi dell'Unione, un simile limite non può più evidentemente operare.

Peraltro, sempre con riferimento a situazioni aventi rilievo internazionalprivatistico, la Corte ha in passato anche valorizzato la circostanza che la

---

<sup>40</sup> V., in particolare, Corte di giustizia, sentenza del 15 gennaio 1986, [causa 41/84](#), *Pinna*, EU:C:1986:1. Per un caso relativo alla non discriminazione in base alla provenienza dei prodotti agricoli e dunque alla nazionalità dei produttori, Corte di giustizia, sentenza del 18 maggio 1994, [causa C-309/89](#), *Codorniu c. Consiglio*, EU:C:1994:197.

<sup>41</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 2011, [causa C-176/09](#), *Lussemburgo c. Parlamento europeo e Consiglio*, EU:C:2011:290, punto 35; sentenza del 6 giugno 2019, [causa C-264/18](#), *P.M.*, EU:C:2019:472, punto 26.

<sup>42</sup> Corte di giustizia, sentenza del 16 dicembre 2008, [causa C-127/07](#), *Arcelor Atlantique*, EU:C:2008:728, punto 26; sentenza del 30 gennaio 2019, [causa C-220/17](#), *Planta Tabak*, EU:C:2019:76, punto 37.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, sentenza del 10 giugno 1999, [causa C-430/97](#), *Johannes*, EU:C:1999:293, punto 25 ss.

<sup>44</sup> V. anche L. FUMAGALLI, *Art. 12 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (diretto da), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 175-177. Per un caso in cui il divieto di discriminazione è stato recentemente ritenuto inapplicabile proprio per tale ragione, v. Corte di giustizia, sentenza 11 giugno 2020, [causa C-581/18](#), *TÜV Rheinland*, EU:C:2020:453.

fattispecie avesse una dimensione transfrontaliera<sup>45</sup>. Infatti, in materia di diritto al nome, mentre nel caso *Garcia Avello*, in cui gli interessati avevano la cittadinanza di due diversi Stati membri, la Corte ha rilevato una violazione del divieto di discriminazione in base alla nazionalità<sup>46</sup>, nel successivo caso *Grunkin e Paul* la Corte ha espressamente tracciato una distinzione rispetto alla precedente pronuncia, escludendo ogni violazione dell'art. 12 TCE per il fatto che il minore e i suoi genitori possedevano unicamente la cittadinanza tedesca e che, per l'attribuzione del cognome, la norma di conflitto tedesca oggetto della causa principale faceva riferimento al diritto sostanziale tedesco in materia di cognomi<sup>47</sup>. Nella successiva giurisprudenza la Corte ha quindi fatto esclusivo riferimento a una restrizione alla libera circolazione delle persone ai sensi dell'attuale art. 21 TFUE, e non a una discriminazione in base alla nazionalità<sup>48</sup>.

Ma anche tale ricostruzione potrebbe non costituire un ostacolo all'applicazione del principio di non discriminazione rispetto all'applicazione delle norme attributive di giurisdizione, poiché l'applicazione degli atti normativi dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile è frequentemente connessa proprio al carattere transfrontaliero della controversia<sup>49</sup>.

Potrebbe dunque ritenersi che l'importanza attribuita dall'ordinamento dell'Unione alla disposizione dell'art. 18 TFUE esiga che essa sia presa espressamente in considerazione nell'interpretazione degli atti normativi relativi alla cooperazione giudiziaria civile, conducendo a evitare il ricorso a regole che trovano il loro fondamento applicativo nella cittadinanza degli interessati.

Una simile possibilità risulta solo apparentemente confermata dal fatto che i regolamenti adottati in materia di cooperazione giudiziaria civile si richiamano con frequenza al principio di non discriminazione tra le norme della Carta dei diritti fondamentali, cui deve essere dunque attribuita particolare importanza nell'applicazione di tali strumenti. Infatti, tali riferimenti non sembrano porre l'accento sull'art. 21, par. 2,

---

<sup>45</sup> Sulla necessità dell'elemento transfrontaliero per attivare il principio, ma nel senso che il relativo standard è molto basso nella giurisprudenza della Corte, v. A. EPINEY, *The Scope of Article 12 EC: Some remarks on the influence of European citizenship*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 611-622, specialmente p. 616 ss. Cfr. anche A. TRYFONIDOU, *In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 1591-1620.

<sup>46</sup> Sentenza del 2 ottobre 2003, [causa C-148/02](#), *Garcia Avello*, EU:C:2003:539.

<sup>47</sup> Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 2008, [causa C-353/06](#), *Grunkin e Paul*, EU:C:2008:559, in particolare punto 20.

<sup>48</sup> Cfr., ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 2011, [causa C-391/09](#), *Runevič-Vardyn*, EU:C:2011:291.

<sup>49</sup> Sul tema, v. O. LOPES PEGNA, *La nozione di controversia "transfrontaliera" nel processo di armonizzazione delle norme di procedura civile degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, pp. 922-943.

della Carta (coincidente nel suo contenuto con l'art. 18 TFUE<sup>50</sup>) recante il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, ma si concentrano piuttosto sulla portata generale del principio quale componente dell'ordine pubblico tanto nella sua dimensione negativa che in quella positiva<sup>51</sup>.

Ora, se si esamina da un punto di vista generale l'impatto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità sull'applicazione delle norme sulla giurisdizione<sup>52</sup>, è evidente che esso può avere una portata differente nelle diverse ipotesi sopra delineate in cui il diritto internazionale privato dell'Unione si riferisce al criterio della cittadinanza.

In particolare, alcune delle norme sopra menzionate appaiono complessivamente inidonee a porsi in contrasto con il principio stesso, anche ove di questo sia data una lettura estensiva: si tratta anzitutto di quelle norme che individuano il titolo di giurisdizione nella cittadinanza comune delle parti, poiché, da un lato, per analogia con il ragionamento seguito dalla Corte nel caso *Grunkin e Paul*, può rilevarsi che tutti gli elementi pertinenti rimandano al solo Stato nazionale e, dall'altro, il criterio della cittadinanza comune si pone su un piano di alternatività o addirittura di subordinazione rispetto a quello della residenza abituale (anche di una sola parte), e dunque a un legame di carattere più effettivo. D'altra parte, la lettura espansiva del titolo di giurisdizione offerta nella sentenza *Hadadi* appare permettere di superare anche il rischio di discriminazione che sarebbe insito nella necessità di individuare, in caso di plurime cittadinanze, una cittadinanza prevalente.

Ma analogo è altresì il caso di quelle disposizioni che inseriscono il richiamo alla cittadinanza all'interno di una valutazione più ampia e di carattere globale da parte del giudice, come accade per il foro di necessità o per le norme in materia di responsabilità genitoriale, per la cui applicazione è sempre richiesta una verifica, rispettivamente, in ordine alla garanzia del diritto di accesso alla giustizia o alla compatibilità con l'interesse superiore del minore. Non trattandosi di disposizioni esclusivamente incentrate sulla cittadinanza ma su una combinazione di elementi, il possibile elemento di discriminazione appare molto sfuggente.

Vanno poi considerate le norme che collegano l'esercizio dell'autonomia della volontà, anche sul piano della elezione del foro competente, al nesso costituito dalla

---

<sup>50</sup> V. [Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali](#) del 2007 ove si legge che «il paragrafo 2 corrisponde all'articolo 18, primo comma, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e va applicato in conformità di tale articolo».

<sup>51</sup> In questo senso, rispetto all'art. 38 dei regolamenti 2016/1103 e 2016/1104, M. GEBAUER, *Article 38*, in I. VIARENGO, P. FRANZINA (edited by), *The EU Regulations on the Property Regimes*, cit., pp. 354-359, il quale ritiene che, in quel contesto, possano rilevare soprattutto discriminazioni in base al sesso o all'orientamento sessuale.

<sup>52</sup> Per una diversa ricostruzione, che riconnette la possibile discriminazione al campo di applicazione dei regolamenti dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile, v. S. MARINO, *Il principio di non discriminazione e la cooperazione giudiziaria civile*, in I. CASTANGIA, G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio di non discriminazione*, cit., pp. 137-154.

cittadinanza anche di una sola parte: se esse non prefigurano una discriminazione tra le parti medesime, la quale è esclusa dalla scelta volontaria di assoggettarsi a un determinato foro, potrebbe forse delinarsi un rischio rispetto a quei soggetti che non possono avvalersi della *electio fori* per difetto del legame di nazionalità con un determinato Stato membro. Tuttavia, specialmente laddove la cittadinanza di una delle parti sia solo uno dei possibili collegamenti che abilita le parti a scegliere un determinato foro (eventualmente in correlazione con la scelta della legge di quello stesso ordinamento), l'effetto discriminatorio appare ancora una volta circoscritto.

### **5. L'approccio della Corte di giustizia alla possibile discriminazione determinata dall'art. 3 del regolamento 2201/2003.**

Diversa potrebbe apparire la situazione della disposizione esaminata nella sentenza in commento, poiché essa articola diversamente le condizioni per l'attribuzione della giurisdizione allo Stato del foro proprio sulla base della cittadinanza dell'attore e dunque differenza in base a tale elemento la posizione dei soggetti interessati a promuovere un'azione in materia matrimoniale. Se è pur vero che anche tale titolo si pone su un piano di alternatività rispetto agli altri titoli menzionati nell'art. 3 del regolamento 2201/2003, il criterio della cittadinanza canalizza chiaramente la facoltà di ricorrere al *forum actoris* in uno Stato diverso da quello della residenza comune dei coniugi.

D'altra parte, proprio il regolamento 2201/2003 mostra di voler enfatizzare particolarmente la necessità di evitare rischi di discriminazione in base alla nazionalità, come dimostra l'art. 7, par. 2, che consente anche ai soggetti residenti abitualmente in uno Stato membro di cui non sono cittadini di avvalersi di norme nazionali che stabiliscono fori esorbitanti e che si applicano quando nessun giudice sia competente in base al regolamento<sup>53</sup>. In quest'ottica sistematica deve rilevarsi che un'espressa menzione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità si rinviene nell'art. 59, par. 2, del regolamento, che subordina al rispetto del principio stesso l'applicazione della Convenzione del 6 febbraio 1931 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia contenente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di matrimonio, adozione e tutela<sup>54</sup>. Sebbene tale disposizione sia relativa ad un regime estraneo al regolamento, che taluni Stati sono autorizzati a continuare ad applicare, appare coerente

---

<sup>53</sup> V. A. BORRÁS, *Article 7: Residual jurisdiction*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (edited by), *European Commentaries on Private International Law. ECPIL, Volume IV. Brussels Ibis Regulation*, Köln, 2017, pp. 107-112.

<sup>54</sup> Su tale disposizione e sulle conseguenze sulla cooperazione nordica, v. M. JÄNTERÄ JAREBORG, *The Nordic Input on the EU's Cooperation in Family and Succession Law: Exporting Union Law Through 'Nordic Exceptions'*, in B. HESS, M. BERGSTRÖM, E. STORSKRUBB (edited by), *EU Civil Justice: Current Issues and Future Outlooks*, Oxford, 2016, pp. 143-160. V. anche J. PIRRÜNG, *Article 59: Relation with other instruments*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (edited by), *European Commentaries*, cit., pp. 459-463.

con l'impianto generale immaginare che le norme del regolamento 2201/2003 siano state a loro volta predisposte in maniera tale da conformarsi al divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

Tuttavia, questi riferimenti risultano completamente omessi nella sentenza in commento. Al contrario, come si è detto, la Corte di giustizia ha mostrato chiaramente di voler andare in una direzione esattamente opposta, escludendo alla radice l'esistenza di una discriminazione in base alla nazionalità in ragione del potere discrezionale del legislatore dell'Unione di individuare le situazioni tra loro comparabili. A tale scopo, la sentenza in commento sceglie di non procedere ad un'analisi puntuale sul piano normativo, ma di concentrare la sua attenzione esclusivamente sugli obiettivi specifici del regolamento 2201/2003, nella parte relativa ai titoli di giurisdizione in materia matrimoniale.

Essa richiama dunque la necessità di preservare la mobilità degli interessati a seguito della crisi coniugale<sup>55</sup>, assumendo implicitamente che la regola secondo cui il cittadino dello Stato membro del foro potrà promuovere la sua azione dopo soli sei mesi di residenza abituale possa agevolare la circolazione delle persone: si tratta evidentemente di una presunzione molto debole, poiché appare difficile immaginare che la scelta di contrarre matrimonio e di stabilire la residenza familiare in un altro Stato membro possa esser presa sul presupposto di poter in futuro ricorrere al foro previsto dall'art. 3, par. 1, sesto trattino, del regolamento.

Ma ancor più problematico, se letto alla luce della giurisprudenza precedente, appare il riferimento al fatto che il legame di cittadinanza «distingue la situazione di quest'ultimo attore da quella di un attore che non ha la cittadinanza dello Stato membro interessato»<sup>56</sup>: appare certamente condivisibile, in un'ottica puramente interna al sistema del Regolamento, la considerazione che ciò assicura la prevedibilità del titolo di giurisdizione per il convenuto, ma può destare sorpresa il fatto che la Corte di giustizia attribuisca il valore di un nesso effettivo, e per questo rilevante, proprio alla cittadinanza di una delle parti, che il diritto primario esclude, al contrario, quale criterio discrezionale ammissibile nel campo di applicazione del diritto dell'Unione<sup>57</sup>.

Ciò costituisce certamente una parziale forzatura rispetto agli schemi consolidati della giurisprudenza relativa all'art. 18 TFUE, poiché equivale ad ammettere che la cittadinanza dello Stato del foro assicuri l'esercizio del diritto di accesso al giudice in termini più favorevoli rispetto ai non cittadini: ma di questo elemento la Corte è naturalmente consapevole, come dimostra la scelta di fondare tale conclusione su un

---

<sup>55</sup> Corte di giustizia, sentenza *OE*, cit., punto 29.

<sup>56</sup> V. Corte di giustizia, sentenza *OE*, cit., punto 19 s.

<sup>57</sup> Cfr., anche per riferimenti, Cfr. P. SIMONE, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 41 s.

precedente relativo ad una materia molto lontana dalle norme sulla giurisdizione in materia matrimoniale, e precisamente lo statuto dei funzionari dell'Unione. Tale richiamo ha probabilmente, agli occhi della Corte, il vantaggio di riguardare una disposizione<sup>58</sup>, la cui perdurante vigenza nell'ordinamento dell'Unione da oltre quarant'anni giustifica l'astratta possibilità di utilizzare il criterio della cittadinanza per introdurre un trattamento diverso, e dunque più o meno favorevole, dei soggetti interessati; ne consegue, secondo un'analogia di ampio respiro ma non estranea ai percorsi argomentativi della Corte di giustizia, la possibilità per il legislatore di ricorrere alla medesima tecnica anche nel settore della cooperazione giudiziaria civile.

## **6. Verso una 'specialità' della cooperazione giudiziaria civile?**

La sentenza *OE* interviene su un tema di grande importanza per il funzionamento della cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea, in quanto conferma la possibilità di utilizzare il criterio della cittadinanza nell'elaborazione delle norme sulla giurisdizione e, verosimilmente, anche sulla legge applicabile, così smentendo le previsioni secondo cui la nazionalità sarebbe stata destinata a cedere completamente il passo alla residenza nel campo di applicazione del diritto dell'Unione<sup>59</sup>. Tale risultato, per quanto certamente capace di garantire la stabilità del sistema senza eccessive deviazioni dal quadro esistente (nel quale, pure, la cittadinanza è stata largamente rimpiazzata da altri criteri legati a una diversa dimensione di effettività), non poteva considerarsi del tutto atteso, tenuto conto del fatto che proprio la disposizione oggetto della questione pregiudiziale poteva prestare il fianco a critiche in quanto fondata essenzialmente su un diverso trattamento dei cittadini dello Stato membro del foro nell'accesso al giudice delle cause matrimoniali, anche se l'ampia sfera di giurisdizione prevista dal regolamento 2201/2003 pare escludere possibili ripercussioni rispetto al principio della tutela giurisdizionale effettiva.

Se le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia appaiono giustificare il mantenimento anche degli ulteriori riferimenti alla cittadinanza negli strumenti della cooperazione giudiziaria civile, in quanto aventi, come si è cercato di spiegare, una portata ancora meno lesiva del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, ciò non significa l'uso del criterio possa comunque ritenersi ammesso in termini assoluti. Per un verso, l'approccio «permissivo» adottato verso l'art. 3 del regolamento 2201/2003, la cui idoneità a porsi in contrasto col divieto di discriminazione in base alla nazionalità può risultare attenuata per effetto dell'opera di interpretazione uniforme della Corte stessa,

---

<sup>58</sup> Si tratta dell'art. 4, par. 2, dell'allegato VII del [regolamento n. 31 \(CEE\), n. 11 \(CEEa\)](#), relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica, tuttora in vigore, il quale attribuisce al funzionario che ha la sede di servizio in uno Stato di cui non è cittadino una speciale indennità di espatrio.

<sup>59</sup> Così, G. DAVIES, '*Any Place I Hang My Hat?*' or: *Residence is the New Nationality*, cit., p. 56.

potrebbe non trovare riscontro laddove la cittadinanza sia posta alla base di norme nazionali sulla giurisdizione, entro il limitato ambito in cui esse conservano oggi un qualche rilievo nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione. Per altro verso, la Corte mostra di aver voluto agganciare la preservazione della cittadinanza di una delle parti come elemento rilevante di una norma sulla giurisdizione agli obiettivi specifici della materia matrimoniale, così evitando di predeterminare eventuali soluzioni interpretative che dovessero in futuro interessare strumenti diversi dal regolamento 2201/2003.

Tuttavia, nonostante la cautela manifestata sotto questo profilo dalla Corte, la sentenza sembra implicitamente anche accreditare l'idea che si sia voluta salvaguardare in qualche modo la «specialità» del diritto internazionale privato, nonché dei suoi valori e delle sue tecniche tradizionali, in quanto fatti propri dal diritto dell'Unione, rispetto ad un'applicazione eccessivamente pervasiva dei principi del diritto primario, che avrebbe potuto condurre a disconoscere le peculiari esigenze sottese al sistema della competenza giurisdizionale. Ciò trova, d'altronde, un fondamento anche nella giurisprudenza sopra citata della Corte di giustizia, che impone di prendere in considerazione i principi e gli obiettivi propri di una determinata politica dell'Unione per stabilire se il legislatore abbia o meno ecceduto dai limiti della sua discrezionalità nel conformarsi al principio della parità di trattamento.

Una simile conclusione appare, d'altronde, rafforzata dal parallelismo con altri settori dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui la Corte ha escluso di poter temperare la portata del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, com'è avvenuto in materia di motivi di non esecuzione del mandato di arresto europeo<sup>60</sup>. Spetterà naturalmente alla giurisprudenza definire i limiti entro cui tale sfera di autonomia della cooperazione giudiziaria civile possa essere assicurata senza introdurre inaccettabili antinomie con i valori fondanti dell'ordinamento dell'Unione (a cui il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, a sua volta ormai assorbito nel catalogo dei diritti fondamentali protetti dalla Carta, non può dirsi naturalmente estraneo).

---

<sup>60</sup> Il riferimento è a Corte di giustizia, sentenza del 5 settembre 2012, [causa C-42/11](#), *Da Silva Jorge*, EU:C:2012:517.

ABSTRACT: Il contributo esamina, muovendo dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-522/20, *OE*, l'interazione tra le regole dell'Unione in materia di giurisdizione che si riferiscono alla cittadinanza delle parti e il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza. In particolare, si giunge alla conclusione che, anche se il principio di non discriminazione consacrato nell'art. 18 TFUE e nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali ha una rilevanza generale nel diritto dell'Unione europea, le istituzioni UE conservano un certo margine di discrezionalità nella sua applicazione nel contesto della cooperazione giudiziaria civile.

PAROLE CHIAVE: cittadinanza; discriminazione; competenza giurisdizionale; cause matrimoniali; regolamento Bruxelles II bis.

*Jurisdiction in matrimonial matters and the principle of non-discrimination on grounds of nationality*

*ABSTRACT: The paper explores, with reference to the judgment of the CJEU in case C-522/20, OE, the interaction between EU rules on jurisdiction based on the nationality of the parties and the prohibition of any discrimination on the grounds of nationality. In particular, it is argued that, even though the principle of non-discrimination as enshrined in Article 18 TFEU and in Article 21 of the Charter of Fundamental Rights has a general relevance under EU law, the EU institutions retain a certain margin of discretion in its implementation in the framework of judicial cooperation in civil matters.*

*KEYWORDS: nationality; discrimination; jurisdictional competence; matrimonial matters; Brussels IIa Regulation.*



# Soggiorno di lungo periodo e assenza dal territorio secondo la Corte di giustizia: quando la sporadicità della presenza aiuta

Marco Borraccetti\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. I fatti all’origine della causa. – 3. La giurisprudenza esistente. – 4. L’interpretazione limitativa del diritto nelle conclusioni dell’Avvocato generale. – 5. La sentenza della Corte e la delimitazione del perimetro. – 6. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

L’interpretazione della direttiva 2003/109, nella sua parte relativa alla privazione dello status di soggiornante di lungo periodo è all’origine della sentenza ZK della Corte di giustizia pronunciata il 20 gennaio 2022<sup>1</sup>.

Come noto, lo status di soggiornante di lungo periodo viene riconosciuto ai cittadini non europei che abbiano soggiornato in uno Stato membro per almeno cinque anni continuativi, senza interruzione, ed è misura pensata per facilitare l’integrazione di coloro che hanno deciso di fare dell’Unione europea (meglio, di uno degli Stati membri) il proprio luogo di residenza o, comunque, il centro dei propri interessi<sup>2</sup>. Diversamente, la possibilità di perderlo è legata all’assenza dal territorio dell’Unione – e non dello Stato membro – per un periodo pari a dodici mesi continuativi, secondo quanto stabilito dall’art. 9, par. 1, lett. c della direttiva 2003/109, disposizione di riferimento per le condizioni che ne determinano acquisizione o perdita.

La sentenza che si va ora a commentare concerne, per l’appunto, la sua interpretazione: se vada intesa in senso fedele alla sua lettera, sì che anche uno sporadico rientro nel territorio dell’Unione abbia l’effetto di interrompere il decorso del tempo ai fini del computo del periodo di assenza; oppure se – in realtà – tale interpretazione vada intesa nel senso di consentire agli Stati di valutare ulteriori elementi che portino ad includere nell’assenza periodi sporadici di soggiorno sul territorio dell’Unione.

Dopo aver ricostruito i fatti di causa, lo sviluppo del ragionamento seguirà i punti relativi all’eventuale esistenza o rilevanza di giurisprudenza interpretativa della norma; alla proposta presentata dall’Avvocato generale con le proprie conclusioni; infine, si guarderà alla decisione della Corte di giustizia.

---

\* Professore associato di Diritto dell’Unione europea, *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna.

<sup>1</sup> Corte di giustizia, sentenza del 20 gennaio 2022, [causa C-432/20](#), ZK, EU:C:2022:39.

<sup>2</sup> In merito si veda A. DI STASI, *La “sfida” dell’integrazione dei soggiornanti di lungo periodo nella giurisprudenza della Corte di giustizia ed in quella delle Corti italiane*, in L. PANELLA (a cura di), *Le sfide dell’Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina*, Napoli, 2016, pp. 291-314.

## **2. I fatti all'origine della causa.**

Il 6 settembre 2018, ZK, cittadino kazako in Austria, presentò domanda di rinnovo del proprio permesso di soggiorno per soggiornante di lungo periodo; l'istanza venne respinta con decisione del 9 luglio 2019, impugnata il 12 agosto successivo.

Nella sua ordinanza di rinvio, il giudice *a quo* ha osservato che, da un lato, ZK, nel periodo compreso tra il mese di agosto 2013 e il mese di agosto 2018, oltre che successivamente, non ha mai soggiornato fuori dal territorio dell'Unione per un periodo di dodici mesi consecutivi o più, rispettoso dunque della previsione di cui all'art. 9.1.c) della dir. 2003/109; dall'altro, tuttavia, in tale periodo la sua presenza sul territorio dell'Unione è stata sporadica e di breve durata e non è stata ritenuta sufficiente dalle autorità austriache per integrare i requisiti necessari al rinnovo. Di qui il provvedimento di diniego, poi impugnato dall'interessato.

In tale contesto, il giudice ha ritenuto che la soluzione del caso richiedesse l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 9, par. 1 della direttiva 2003/109, nella parte in cui – alla lett. *c* – prevede il venir meno del diritto allo status di soggiornante di lungo periodo, «in caso di assenza dal territorio unionale per un periodo di dodici mesi consecutivi».

In particolare, i suoi quesiti erano finalizzati a chiarire: i) se ogni tipo di soggiorno, per quanto di breve durata, sia idoneo ad interrompere il decorso del tempo che porterebbe alla perdita dello status di soggiornante di lungo periodo ai sensi di tale disposizione; ii) oppure, in caso contrario, quali siano i requisiti qualitativi e/o quantitativi da rispettare affinché i soggiorni nel territorio dell'Unione siano idonei a mantenere tale *status* e se, a tal fine, sia necessaria una residenza abituale o la presenza del centro dei propri interessi.

Appare sin d'ora evidente che, qualora prevalesse un'interpretazione restrittiva della disposizione, in quanto eccezione ad una regola generale, solo l'assenza fisica dal territorio unionale per un periodo di dodici mesi consecutivi comporterebbe la perdita dello status di soggiornante di lungo periodo; risulterebbero pertanto irrilevanti la frequenza, la durata e la natura della presenza sul territorio unionale della persona interessata, oltre che la natura della residenza sul territorio.

In caso contrario, e cioè se a prevalere fosse un'interpretazione di segno opposto, non solo gli interessati verrebbero privati del loro status, ma, soprattutto, non andrebbe escluso un conflitto con lettera e spirito della direttiva, nel cui testo spicca – nella parte in cui si precisano le condizioni che portano alla perdita dello status per effetto del decorso del tempo – l'assenza di condizioni ulteriori e idonee ad ampliarne la sfera applicativa.

## **3. La giurisprudenza esistente.**

La sentenza in commento si inserisce nel filone giurisprudenziale interpretativo della direttiva 2003/109<sup>3</sup>, il cui obiettivo era – alla fine – il ravvicinamento dello status giuridico dei cittadini di paesi terzi a quelli europei<sup>4</sup>, riconoscendo loro «una serie di diritti uniformi e quanto più simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell’Unione»<sup>5</sup>, assicurando la parità di trattamento con questi ultimi in una vasta gamma di settori economici e sociali<sup>6</sup> e consentendone limitazioni – ossia deroghe da interpretarsi in senso restrittivo<sup>7</sup> – solo in casi riconducibili alle prestazioni essenziali dell’assistenza e della protezione sociale.

L’acquisizione dello status, dalla natura permanente<sup>8</sup>, è strettamente collegata alla permanenza quinquennale in uno Stato membro, mentre le eventuali assenze non interrompono il decorso del tempo per la sua acquisizione se inferiori a sei mesi consecutivi o, comunque, inferiori a dieci mesi in cinque anni<sup>9</sup>; la permanenza in un singolo Stato membro è l’unica presa in considerazione mentre non vi sono riferimenti ad alcuna dimensione europea sì che, in sostanza, la permanenza in altri Stati membri non rileva ai fini del computo del periodo minimo necessario.

Diversamente, detta dimensione europea rileva nell’ipotesi di perdita dello status di soggiornante di lungo periodo a causa dell’assenza dal territorio dell’Unione «per un periodo di dodici mesi consecutivi»<sup>10</sup>; si tratta della disposizione oggetto del rinvio pregiudiziale che ha portato alla sentenza in commento e sulla quale ci si soffermerà a

---

<sup>3</sup> [Direttiva 2003/109/CE](#) del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

<sup>4</sup> Come sottolineato dalla Corte di giustizia, nella sentenza dell’8 novembre 2012, [causa C-40/11, Iida](#), EU:C:2012:691, la direttiva 2003/109 non stabilisce le condizioni relative alla regolarità del soggiorno dei cittadini di stati terzi, la cui disciplina rimarrà, quindi, nella disponibilità degli Stati membri.

<sup>5</sup> Secondo considerando della direttiva 2003/109, cit.

<sup>6</sup> Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2019, [causa C-557/17, Y.Z.](#), EU:C:2019:203, punto 63. Sul punto si rinvia a P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli “stranieri lungo soggiornanti” fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 31-45; A. Di STASI, R. PALLADINO, *La perdurante frammentarietà dello “statuto” europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, pp. 375-409.

<sup>7</sup> Sul punto, Corte di giustizia, sentenza del 24 aprile 2012, [causa C-571/10, Kamberaj](#), EU:C:2012:233, punto 86; altresì si veda, per analogia, con riferimento all’art. 11, par. 4 della direttiva 2004/38, la sentenza del 10 giugno 2021, [causa C-94/20, Land Oberösterreich](#), EU:C:2021:477, punto 37. Con riferimento alla prima sentenza si vedano S. PEERS, *The Court of Justice lays the foundations for the Long-Term Residents Directive: Kamberaj, Commission v. Netherlands, Mangat Singh*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 529-552; E. BERTOLINI, *Status giuridico dei soggiornanti di lungo periodo e diritto al sussidio per l’alloggio: precisazioni in materia di disparità di trattamento*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, pp. 923-929; F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e prestazioni sociali essenziali tra diritto dell’Unione europea e ordinamenti interni: il caso Kamberaj*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 672-679. Sulla seconda, invece, si veda J. RONDU, *L’intégration des résidents de longue durée, entre droit aux prestations sociales et interprétation stricte du champ d’application du droit de l’Union / The integration of long-term residents at the junction between the right to social benefits and the strict interpretation of the scope of Union law*, in *Revue des affaires européennes*, 2021, n. 2, pp. 415-428.

<sup>8</sup> Art. 8 della direttiva 2003/109, cit., e sentenza Y.Z., cit., punto 60.

<sup>9</sup> Art. 4 della direttiva 2003/109, cit.

<sup>10</sup> Art. 9, par. 1, lett. c, della direttiva, cit.

breve<sup>11</sup>. La valutazione delle conseguenze collegabili a tale periodo risulta comunque nella disponibilità degli Stati membri, visto che il successivo par. 2 prevede che gli stessi non considerino assenze superiori al limite indicato per la perdita dello status od anche che nel computo non siano incluse quelle dovute a motivi specifici o straordinari; invece, emerge sin da subito l'assenza di indicazioni relative alla natura della presenza sul territorio ai fini interruttivi del decorso del tempo.

Si tratta, dunque, di un'ipotesi in cui non è esclusa l'applicazione di una previsione normativa nazionale più favorevole; non si tratta, in tal caso, dell'applicazione di un principio generale bensì di un elemento strettamente collegato ad una manifestazione espressa della norma. Infatti, esso non rileva – ad esempio – per derogare al requisito temporale richiesto ai fini del conseguimento dello status da parte di familiari di coloro che ne sono già in possesso. Ad escludere tale possibilità è stata la Corte di giustizia che, con la sentenza *Tahir*<sup>12</sup>, precisò che il familiare di un soggiornante di lungo periodo «non può essere esentato dalla condizione prevista all'articolo 4, paragrafo 1, secondo il quale, per ottenere tale status, il cittadino di paese terzo deve aver soggiornato legalmente e ininterrottamente nello Stato membro interessato per cinque anni immediatamente prima della presentazione della pertinente domanda».

Quella legata al decorso del tempo non risulta l'unica ipotesi in cui lo status può essere perduto. Infatti, ciò può avvenire qualora il titolare sia destinatario di un provvedimento di allontanamento, *ex art. 12* della direttiva, nei casi in cui costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza oppure qualora lo status sia stato acquisito in maniera fraudolenta<sup>13</sup>, anche nell'ipotesi in cui gli interessati fossero ignari della natura illecita dei documenti prodotti<sup>14</sup>, posto che «il principio del divieto della frode costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che i soggetti dell'ordinamento sono tenuti a rispettare»<sup>15</sup>.

Al requisito del soggiorno si accompagnano alcune condizioni di natura economica<sup>16</sup>, il cui possesso – per sé e i propri familiari – dovrà essere dimostrato dagli interessati. Si tratta innanzitutto del possesso di risorse stabili e regolari, tali da garantire il proprio sostentamento senza dover ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato

---

<sup>11</sup> Per applicazione analogica al caso concreto, va ricordata la sentenza della Corte di giustizia del 7 ottobre 2010, [causa C-162/09, Lassal](#), EU:C:2010:592, punto 55, ove si affermò – con riguardo all'art. 16, n. 4, della direttiva 2004/38 che contempla la perdita del diritto di soggiorno permanente a seguito di assenze dallo Stato membro ospitante di durata superiore a due anni consecutivi – che la misura era da ritenersi giustificata «in quanto, dopo una tale assenza, il legame con lo Stato membro ospitante può essere considerato allentato».

<sup>12</sup> Corte di giustizia, sentenza del 17 luglio 2014, [causa C-469/13, Tahir](#), EU:C:2014:2094

<sup>13</sup> Art. 9, par. 1 lett. a, della direttiva 2003/109, cit.

<sup>14</sup> Sentenza *Y.Z.*, cit.

<sup>15</sup> Sul punto, Corte di giustizia, sentenze del 6 febbraio 2018, [causa C-359/16, Altun e a.](#), EU:C:2018:63, punti 48-49; e dell'11 luglio 2018, [causa C-356/15, Commissione c. Belgio](#), EU:C:2018:555, punto 99.

<sup>16</sup> Art. 5 della direttiva 2003/109, cit.

interessato; risorse che non dovranno coincidere necessariamente con risorse proprie, risultando incluse nella definizione – ai fini della valutazione del possesso delle condizioni richieste – anche quelle poste a disposizione dell’interessato da un soggetto terzo, purché anch’esse considerate stabili, regolari e sufficienti, alla luce della situazione individuale del richiedente<sup>17</sup>. Un’interpretazione avvalorata dal fatto che, mancando nella norma ogni riferimento al diritto interno, l’espressione «risorse» costituisce «una nozione autonoma del diritto dell’Unione e interpretata in modo uniforme nel territorio di quest’ultima, indipendentemente dalle qualificazioni utilizzate negli Stati membri, prendendo in considerazione il tenore letterale della disposizione di cui trattasi nonché il suo contesto e gli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»<sup>18</sup>.

Ad esse, va aggiunto il possesso di un’assicurazione sanitaria che sollevi dal rischio di gravare sul sistema sociale dello stato interessato; un requisito, questo, richiesto anche ai cittadini europei nell’esercizio della libertà di soggiorno per un lungo periodo, seppur limitatamente a chi non esercita una professione o non sia lavoratore in uno Stato membro diverso dal proprio<sup>19</sup>.

Pur se non previsto dalla lettera della norma, la prassi di alcuni Stati membri di prevedere un esame di integrazione civica, sanzionando l’eventuale rifiuto a sostenerlo, non è stata di per sé ritenuta contraria alla lettera della direttiva, a prescindere dal momento in cui questo viene richiesto rispetto alla concessione o al mantenimento dello status e, altresì, a prescindere dal fatto che lo stesso fosse stato riconosciuto in altro Stato membro. In tal caso, l’unica condizione posta dai giudici è riconducibile a che la misura in questione non sia tale da ostacolare la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva<sup>20</sup>.

Parimenti, gli stessi giudici si sono pronunciati sugli eventuali costi amministrativi legati alla presentazione della domanda. Ad esempio, nella sentenza *CGIL & INCA*<sup>21</sup>, la cui origine va reperita in un contenzioso innanzi al giudice italiano, essi hanno

---

<sup>17</sup> Corte di giustizia, sentenza del 3 ottobre 2019, [causa C-302/18](#), X, EU:C:2019:830. Sul punto C. DE CAPITANI, *Arrêt «X c. État belge»: la notion de ressources stables, régulières et suffisantes en droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, 2020, n. 6, pp. 268-271.

<sup>18</sup> Sul punto, sentenza X, cit., punto 26, e sentenza del 9 novembre 2017, [causa C-306/16](#), *Maio Marques da Rosa*, EU:C:2017:844, punto 38.

<sup>19</sup> Art. 7 della [direttiva 2004/38/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, c.d. direttiva cittadini.

<sup>20</sup> Corte di giustizia, sentenza del 4 giugno 2015, [causa C-579/13](#), P, S, EU:C:2015:369. In merito si vedano M. JESSE, *Integration measures, integration exams, and immigration control: P and S and K and A*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1065-1087; D. THYM, *Towards a Contextual Conception of Social Integration in EU Immigration Law. Comments on P & S and K & A*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, pp. 89-111.

<sup>21</sup> Corte di giustizia, sentenza del 2 settembre 2015, [causa C-309/14](#), *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), Istituto Nazionale Confederale Assistenza (INCA)*, EU:C:2015:523.

interpretato la direttiva 2003/109 in senso contrario alla norma italiana del tempo<sup>22</sup>, che aveva previsto che alla richiesta di rilascio o rinnovo si dovesse versare un contributo pari ad un importo tra gli 80 e i 200 euro, giudicandolo “sproporzionato rispetto alla finalità perseguita dalla direttiva” e tale da ostacolare l’esercizio dei diritti dalla stessa conferiti ai cittadini non europei in quelle specifiche condizioni. Una pronuncia coerente con quella resa nella causa *Commissione c. Paesi Bassi*<sup>23</sup>, che aveva accertato l’inadempimento olandese rispetto alla direttiva, avendo previsto contributi eccessivi e sproporzionati, idonei – per l’appunto – «a creare un ostacolo all’esercizio dei diritti» conferiti dalla medesima disposizione.

Alla luce della rilevanza della questione posta dal giudice *a quo*, oltre che dei richiamati obiettivi della direttiva, risulta opportuno anche un breve richiamo alla giurisprudenza interpretativa dell’art. 16, par. 4 della citata direttiva cittadini, adottata per rendere effettivi i diritti di libera circolazione e soggiorno: si tratta della disposizione che precisa che i cittadini europei che si trovano in uno Stato membro diverso dal proprio, perderanno il diritto al soggiorno permanente soltanto in seguito ad assenze – dallo stato di residenza – di durata superiore a due anni consecutivi. La proporzionalità di tale periodo, rispetto alla finalità perseguita, è stata ribadita dalla sentenza *Lassal*, poiché «dopo una tale assenza il legame con lo Stato membro ospitante può essere considerato allentato»<sup>24</sup>, riprendendo la posizione comune definita dal Consiglio in vista dell’adozione della direttiva<sup>25</sup>.

#### **4. L’interpretazione limitativa del diritto nelle conclusioni dell’Avvocato generale.**

L’avvocato generale Pikamäe, nelle proprie conclusioni presentate il 21 ottobre 2021<sup>26</sup>, propose alla Corte di giustizia una soluzione della causa articolata in tre punti. Innanzitutto, egli suggerì di interpretare l’art. 9, par. 1, lett. c, in modo da opporsi ad una norma, quale quella austriaca, che richiede l’elezione della dimora abituale o la residenza abituale nell’Unione, e non la sola presenza sul territorio, per impedire la perdita dello

---

<sup>22</sup> Art. 5, comma 2-ter, del [d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286](#), Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

<sup>23</sup> Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 2012, [causa C-508/10](#), *Commissione c. Paesi Bassi*, EU:C:2012:243. Per un commento si rinvia a J-Y. CARLIER, *La libre circulation des personnes dans et vers l’Union européenne*, in *Journal de droit européen*, 2013, n. 197, pp. 103-114.

<sup>24</sup> Sentenza *Lassal*, cit., punto 55.

<sup>25</sup> [Posizione comune \(CE\) n. 6/2004](#), del 5 dicembre 2003, definita dal Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all’articolo 251 del trattato che istituisce la Comunità europea, in vista dell’adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in merito alla lettera del suo art. 16.

<sup>26</sup> [Conclusioni del 21 ottobre 2021](#), causa C-432/20, ZK, EU:C:2021:866.

status di soggiornante di lungo periodo qualora il titolare non abbia eletto dimora abituale o risieda abitualmente nell'Unione.

Una proposta depotenziata, tuttavia, dal successivo suggerimento di riconoscere – alle autorità nazionali competenti – il potere discrezionale di subordinare il mantenimento dello status non solo al soggiorno – anche di breve durata – nel territorio UE, ma anche alla verifica della sussistenza di un legame autentico con l'Unione. Legame riconoscibile dall'analisi di aspetti rilevanti nella vita del cittadino, trasformati in veri e propri indicatori, funzionali a supportare ed indirizzare il giudice nella propria decisione. Si pensi, in tal caso e con un'individuazione in vero arbitraria, alla durata cumulata e alla frequenza delle sue assenze, alle ragioni che l'hanno indotto a lasciare lo Stato membro ospitante, all'esistenza di un patrimonio, nonché a vincoli familiari, a rapporti professionali, a impegni sociali e a obblighi fiscali in tale Stato membro<sup>27</sup>.

La posizione dell'Avvocato generale non appare convincente, per le ragioni che seguono e che accompagnano l'illustrazione del ragionamento da egli sviluppato.

Dopo aver opportunamente evidenziato il sussistere di una questione linguistica nel testo della norma<sup>28</sup>, idonea necessariamente ad influenzare l'interpretazione della nozione di assenza, a causa di differenze lessicali e terminologiche nelle varie questioni linguistiche, l'Avvocato generale si concentra innanzitutto sui benefici riconosciuti ai soggiornanti di lungo periodo, il cui godimento verrebbe inevitabilmente posto in discussione qualora la pronuncia della Corte fosse in pratica sfavorevole a coloro che hanno impugnato il diniego nazionale.

Il suo ragionamento ruota attorno alla possibilità di non considerare sufficiente, per l'interruzione del decorso del tempo, un soggiorno sporadico nel territorio dell'Unione<sup>29</sup>. Per questo, individua alcuni possibili indicatori idonei a supportare il giudice nella propria decisione, le cui caratteristiche appaiono piuttosto atte a valutare quella che potrebbe costituire un'integrazione di successo in uno Stato membro, ma non altro. Soprattutto, va evidenziato che il ricorso ai descritti strumenti non risulta dal testo della direttiva, sia esso direttamente o indirettamente considerato; il che implicherebbe un'applicazione delle ipotesi in essa previste in senso ampliativo rispetto a quanto deriva dalla medesima ed alla sua natura di disposizione di eccezione alla regola generale, proprio per questo da interpretarsi restrittivamente.

Ne consegue, in tutta evidenza, che – qualora seguita dalla Corte di giustizia nella propria decisione – la proposta dell'Avvocato generale porterebbe ad un'interpretazione della definizione di assenza più ampia di quanto si può dedurre dalla disposizione stessa,

---

<sup>27</sup> Punto 62 ss. delle conclusioni, cit.

<sup>28</sup> Punto 30 ss. delle conclusioni, cit.

<sup>29</sup> Un approccio che sembra condiviso da D. THYM, III. *Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (edited by), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed., München-Oxford-Baden Baden, 2016, pp. 427-519, a p. 475.

consentendone così – nella pratica – un’elusione che andrebbe oltre le finalità proprie dell’approccio flessibile descritto nelle conclusioni<sup>30</sup>.

## 5. La sentenza della Corte e la delimitazione del perimetro.

Le questioni presentate dal giudice di rinvio vengono riassunte dalla Corte in un solo interrogativo diretto a sapere se l’art. 9, par. 1, lett. c, della direttiva 2003/109 vada interpretato «nel senso che qualsiasi presenza fisica di un soggiornante di lungo periodo nel territorio dell’Unione per un periodo di dodici mesi consecutivi, anche se una siffatta presenza non supera, durante tale periodo, una durata totale di qualche giorno soltanto, [sia] sufficiente ad impedire la perdita, da parte di tale soggiornante, del suo diritto allo status di soggiornante di lungo periodo, ai sensi di tale disposizione, ovvero se, al contrario, la suddetta disposizione debba essere interpretata nel senso che essa consente agli Stati membri di esigere, al fine di evitare una perdita siffatta, che il soggiornante di lungo periodo soddisfi condizioni supplementari, come quella di avere avuto la sua residenza abituale o il centro dei suoi interessi nel suddetto territorio, almeno durante un parte del periodo di dodici mesi consecutivi in questione»<sup>31</sup>.

La conseguente risposta è articolata in più punti. In primo luogo, la Corte ricorda come (art. 4, par. 1 della direttiva) gli Stati membri conferiscano lo *status* di soggiornante di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che hanno soggiornato legalmente e ininterrottamente per gli ultimi cinque anni nel loro territorio. Per ottenerlo, gli interessati presenteranno domanda alle autorità statali competenti, accompagnata dalla prova della sussistenza delle condizioni richieste dagli artt. 4 e 5 e del possesso delle risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei familiari, sì che non sia necessario fare ricorso al sistema di assistenza sociale dello Stato membro in cui soggiornano<sup>32</sup>.

In specie, non è contestato il fatto che in un quinquennio il sig. ZK, una volta acquisito lo status di soggiornante di lungo periodo, sia stato presente nel territorio dell’Unione soltanto per qualche giorno all’anno. Proprio per questo, del resto, l’autorità austriaca competente aveva provveduto a dichiararne l’assenza, sì da fargli perdere lo status menzionato, col conseguente diniego del rinnovo del relativo permesso di soggiorno. Il punto su cui ruota il tutto concerne la comprensione se tale *modus operandi* possa essere o meno considerato in linea con la lettera della direttiva.

Per risolvere la questione, i giudici si sono concentrati sulla nozione di «assenza»<sup>33</sup>, ricordando come sia prevista la perdita dello status nel caso in cui questa si protragga per un periodo di dodici mesi consecutivi<sup>34</sup>. In primo luogo, ne viene sottolineata la natura di

---

<sup>30</sup> Punto 73 delle conclusioni, cit.

<sup>31</sup> Punto 23 della sentenza.

<sup>32</sup> Sentenza *Y.Z.*, cit., punto 59.

<sup>33</sup> Punto 26 ss. della sentenza.

<sup>34</sup> Punto 27 della sentenza.

nozione autonoma di diritto dell'UE, mancando sul punto un rinvio al diritto nazionale; da qui, ne consegue l'esigenza di un'interpretazione uniforme, guardando al contesto in cui si inserisce ed agli obiettivi perseguiti dalla direttiva, indipendentemente dalle qualificazioni impiegate negli Stati membri<sup>35</sup>.

In particolare, in un sistema come quello europeo, caratterizzato dalla presenza di ventiquattro lingue ufficiali, i giudici operano innanzitutto una comparazione tra versioni linguistiche, evidenziando come le differenze non impediscano il ricorso a termini equivalenti, guardando all'assenza come alla «non presenza» fisica del soggiornante di lungo periodo nel territorio dell'Unione<sup>36</sup>; così interpretata, la «nozione tende a far emergere che qualsiasi presenza fisica dell'interessato in tale territorio è idonea ad interrompere l'assenza». Il fatto che alcune versioni<sup>37</sup> si basino sul concetto di soggiornare o rimanere sul territorio dell'Unione, guardando – quindi – ad una permanenza più duratura, non esclude «che tali espressioni possano anche fare riferimento a una semplice mancanza di presenza fisica e, dall'altro, deve, in ogni caso, essere relativizzata, in quanto tali versioni linguistiche ricorrono anch'esse a termini corrispondenti alla nozione di “assenza”»<sup>38</sup>.

In secondo luogo, i giudici ricordano la natura permanente dello status, con la sola deroga prevista – per l'appunto – dall'art. 9<sup>39</sup>. Come ogni deroga, anche quella prevista nella direttiva dovrà essere interpretata restrittivamente<sup>40</sup>, sì che, la mera presenza fisica del soggiornante di lungo periodo nel territorio dell'Unione, sia sufficiente ad interrompere la sua assenza da tale territorio; ogni altra interpretazione, dalla natura più estensiva, non potrebbe avere giustificazione. Detta interpretazione viene confermata con riferimento ad altre disposizioni, come ad esempio l'art. 4, che – se necessario – affermano espressamente l'esigenza che la presenza dell'interessato nel territorio di cui trattasi vada al di là di una mera presenza fisica e sia di una certa durata o rivesta una certa stabilità, con richiamo espresso alla necessità del soggiorno<sup>41</sup>. Un richiamo non riprodotto nell'art. 9, par. 1, lett. c della direttiva 2003/109, che si limita esclusivamente a considerare il periodo di assenza dal territorio unionale quale causa della perdita del diritto allo status di soggiornante di lungo periodo, senza ulteriori condizioni aggiuntive.

---

<sup>35</sup> In tal senso si veda il punto 26 della sentenza X, cit.

<sup>36</sup> Punto 29 della sentenza.

<sup>37</sup> Il punto 30 richiama quella tedesca e quella neerlandese.

<sup>38</sup> Punto 31 della sentenza.

<sup>39</sup> Punto 32 della sentenza.

<sup>40</sup> Si guardi, per analogia con l'art. 11, par. 4 della direttiva cittadini, alla sentenza *Land Oberösterreich*, cit., punto 37.

<sup>41</sup> In tal senso, l'art. 4, par. 1, di tale direttiva utilizza, nelle suddette versioni, espressioni corrispondenti al verbo «soggiornare» e precisa che l'interessato deve, in forza di tale disposizione, soggiornare nel territorio dello Stato membro interessato legalmente e ininterrottamente per cinque anni immediatamente prima della presentazione della sua domanda, fatti salvi i periodi di assenza ammessi in forza dell'art. 4, par. 3, di detta direttiva.

Infine, guardando all'obiettivo perseguito dalla norma in questione, esso va individuato nella garanzia dell'integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo e legale negli Stati membri, anche attraverso il ravvicinamento dei diritti di tali cittadini a quelli di cui godono quelli dell'Unione, in particolare istituendo la parità di trattamento con questi ultimi in un'ampia gamma di settori economici e sociali<sup>42</sup>.

A tal fine, questo obiettivo supporta un'interpretazione secondo la quale i titolari di status di soggiornanti di lungo periodo hanno dimostrato, con la durata del loro soggiorno nel territorio dello Stato membro di cui trattasi, il loro radicamento; così, saranno liberi, al pari dei cittadini europei, di spostarsi e di risiedere, anche per periodi più lunghi, entro comunque i dodici mesi consecutivi, al di fuori del territorio dell'Unione, senza che questo causi la perdita del loro status<sup>43</sup>.

A supporto di ciò, i giudici richiamano l'importanza attribuita dal decimo considerando al principio della certezza del diritto – secondo il quale le norme giuridiche devono essere chiare, precise e prevedibili nei loro effetti<sup>44</sup> – da rispettarsi tanto nell'acquisizione dello status che per le ipotesi in cui questo venga meno. In tal senso, anche i lavori preparatori della direttiva 2003/109, nei quali è stato sottolineato che «lo status di residente di lungo periodo deve garantire la massima certezza del diritto al suo titolare» poiché «[i] motivi della sua eventuale revoca [devono essere] tassativi»<sup>45</sup>. Il rispetto di tale principio, verrebbe inevitabilmente meno qualora si interpretasse in modo differente l'art. 9, secondo il quale qualsiasi presenza fisica dell'interessato nel territorio dell'Unione è tale da interrompere l'assenza di quest'ultimo e da evitare, di conseguenza, la perdita del suo status di soggiornante di lungo periodo; un'interpretazione differente farebbe venire meno un criterio chiaro, preciso e prevedibile relativo a un mero evento oggettivo, esponendo quindi l'interpretazione all'incertezza<sup>46</sup>.

Infine, per quanto riguarda più specificamente la finalità dell'art. 9, par. 1, lett. c, essa consiste nell'evitare che continuino a beneficiare dello status di soggiornante di lungo periodo, e soprattutto dei diritti ad esso collegati, i cittadini di paesi terzi che si trovano in circostanze nelle quali il mantenimento di tale status non ha più alcuna utilità ai fini della realizzazione dell'obiettivo dell'integrazione dei cittadini non europei, come sottolineato anche al punto 36 della sentenza in commento. A tal fine, viene operata un'applicazione analogica dell'interpretazione dell'art. 16, par. 4 della direttiva cittadini, visto che – secondo i giudici – le due direttive, rispettivamente la direttiva 2004/38 e la direttiva 2003/109, pur differendo nell'oggetto e nelle finalità, si basano sulla stessa

---

<sup>42</sup> Sentenza Y.Z., cit., punto 63.

<sup>43</sup> Punto 37 della sentenza.

<sup>44</sup> Corte di giustizia, sentenza del 13 febbraio 2019, [causa C-434/17](#), *Human Operator*, EU:C:2019:112, punto 34.

<sup>45</sup> Punto 38 della sentenza. Sul punto si veda la proposta di direttiva del Consiglio relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo, [COM\(2001\) 127 final](#) del 13 marzo 2001.

<sup>46</sup> Punto 40 della sentenza.

logica, prestandosi così ad un'analisi comparata e, quindi, ad un'interpretazione analogica, come sostenuto anche dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni<sup>47</sup>.

In specie, anche per i soggiornanti di lungo periodo, si guarderà al rapporto con lo Stato di residenza e solo un legame allentato – che potrà essere dedotto trascorsi i dodici mesi di assenza dal territorio unionale – ne giustificherà l'eventuale perdita. Così individuata ed interpretata la finalità dell'art. 9, par. 1, lett. *c*, per impedire che ciò avvenga sarà sufficiente che l'interessato sia presente anche per pochi giorni, nel territorio dell'UE, interrompendo in tal modo il decorso del tempo.

## **6. Conclusioni.**

La sentenza *ZK* si inserisce nel filone interpretativo della direttiva 2003/109; il rinvio del giudice austriaco ha consentito alla Corte di giustizia di precisare se gli Stati membri possono prevedere condizioni ulteriori, funzionali a prevenire che, la presenza sporadica nel territorio dell'Unione, consenta ai titolari di status di soggiornanti di lungo periodo di interrompere il decorso del tempo che porterebbe a far maturare un periodo di assenza di dodici mesi, pari al minimo previsto dal suo art. 9, par. 1, lett. *c*, per consentire la revoca di tale status, con conseguente perdita di tutti i diritti ad essa collegati.

Una volta appurato che le differenze linguistiche nelle diverse versioni della direttiva non sono tali da riconoscere agli Stati membri una qualsiasi forma di discrezionalità sul punto, i giudici sono ricorsi all'analogia con la direttiva cittadini e – in particolare – col suo art. 16, par. 4, che prevede una misura simile per i cittadini europei allontanatisi dallo Stato membro di residenza, diverso dal proprio, per almeno due anni. Questo ha consentito il richiamo della giurisprudenza interpretativa di detta disposizione, con la quale si era in passato sottolineato come fosse idonea a dedurre le conseguenze dell'allentamento dei rapporti tra il cittadino interessato e lo Stato di residenza, con successiva perdita dello status e dei diritti ad esso collegati.

Diversamente, lasciando cioè un margine discrezionale di valutazione agli Stati membri, come anche suggerito dalle conclusioni dell'avvocato generale, non si potrebbe escludere che l'azione statale potrebbe svilupparsi sino al punto di porre a rischio l'uniforme applicazione della norma interessata, sino a privarla di significato, oltre ad esporre a rischi di arbitrarietà le condizioni da rispettare per mantenere lo status, con tutto ciò che questo comporta anche guardando al rispetto del principio di certezza del diritto.

---

<sup>47</sup> Si vedano il punto 43 della pronuncia in commento, nonché i punti 40-43 delle conclusioni dell'Avvocato generale, cit.

ABSTRACT: La sentenza ZK della Corte di giustizia ha per oggetto l'interpretazione della direttiva 2003/109, sullo status di soggiornante di lungo periodo. Come noto, lo status di soggiornante di lungo periodo viene riconosciuto ai cittadini non europei che abbiano soggiornato in uno Stato membro per almeno cinque anni continuativi, senza interruzione, ed è misura pensata per facilitare l'integrazione di coloro che hanno deciso di fare dell'Unione europea il proprio luogo di residenza o, comunque, il centro dei propri interessi. Diversamente, la possibilità di perderlo è legata all'assenza dal territorio dell'Unione – e non dello Stato membro – per un periodo pari a dodici mesi continuativi, secondo quanto stabilito dall'art. 9, par. 1, lett. c, della direttiva. Grazie al rinvio pregiudiziale del giudice austriaco, la Corte ha chiarito – con attenzione all'uniforme applicazione del diritto dell'Unione ed al rispetto della certezza del diritto – se gli Stati membri possono stabilire delle condizioni aggiuntive per impedire che il decorso del tempo venga interrotto anche solo da una presenza sporadica sul territorio europeo. Dopo aver ricostruito i fatti di causa, lo sviluppo del ragionamento seguirà i punti relativi all'eventuale esistenza o rilevanza di giurisprudenza interpretativa della norma; alla proposta presentata dall'Avvocato generale con le proprie conclusioni; infine, si guarderà alla decisione della Corte di giustizia.

PAROLE CHIAVE: Unione europea; cittadini non europei; soggiornanti di lungo periodo; perdita dello status; periodo di assenza.

*Long-term residence and absence from the territory: when a sporadic presence helps (commentary on the ZK judgment, case C-432/20)*

*ABSTRACT: The ZK judgment of the Court of Justice is about the interpretation of the Directive 2003/109, on long-term resident status. As it is well known, long-term resident status is granted to non-European citizens who have resided in a Member State for at least five years without interruption; it is a measure to facilitate the integration of those who have decided to make the European Union their place of residence or, in any case, the centre of their interests. Otherwise, the possibility of losing it is linked to the absence from the territory of the Union – and not of the Member State – for a period of at least twelve months according to Article 9, para. 1, letter c of the Directive. Thanks to the Austrian court's reference for a preliminary ruling, the Court clarified – with a view to the uniform application of Union law and the respect for legal certainty – whether Member States may lay down additional conditions to prevent the passage of time being interrupted even by a sporadic presence in the EU. After a brief reconstruction of the facts, the reasoning will follow the points concerning: the possible existence or relevance*

*of case law interpreting the rule; the opinion submitted by the Advocate General; finally, the decision of the Court of Justice also in comparison with the Advocate General's proposal.*

*KEYWORDS: European Union; third-country nationals; long-term residence status; loss of the status; period of absence.*



# La disciplina delle imprese funebri nel prisma della libera prestazione dei servizi

Ruggiero Cafari Panico\*

SOMMARIO: 1. Premessa: in attesa di una riforma statale largamente anticipata a livello regionale. – 2. La giurisprudenza europea come stimolo per una riforma in nome dell’interesse generale. – 3. Le imprese funebri e i centri servizi: la proposta di regolamento della Regione Lombardia. – 4. *Segue:* i requisiti minimi e il principio di proporzionalità. – 5. Conclusioni.

## **1. Premessa: in attesa di una riforma statale largamente anticipata a livello regionale.**

Da tempo atteso ed auspicato, l’intervento del legislatore statale in materia funeraria non pare destinato a realizzarsi neppure nel corso della presente legislatura, che pure vede pendenti dinanzi alla Camera<sup>1</sup> e al Senato<sup>2</sup> due distinte proposte di disegni di legge che dovrebbero fissare i principi fondamentali statali in quella che è da ritenersi materia in larga misura concorrente fra Stato e Regioni. Se è vero, infatti, che la materia della polizia mortuaria è sempre stata storicamente ricondotta nell’alveo della sanità e dunque riconducibile alla materia “tutela della salute”, che è appunto di competenza concorrente, è tuttavia altrettanto vero che la materia interseca anche altri ambiti di competenza esclusiva statale, tra cui ciò che afferisce allo “stato civile” (art. 117, comma 2, lettera i) Cost.) e, soprattutto, interferisce con la disciplina della concorrenza in ragione degli interessi pubblici da tutelare<sup>3</sup>.

La questione della compatibilità della disciplina vigente con le norme sulla concorrenza è destinata peraltro ad assumere una rilevanza particolare specie con riguardo ai vincoli introdotti, al livello regionale, con riferimento, ad esempio, al numero minimo e alla tipologia di rapporto contrattuale degli addetti con funzioni di necroforo, sui quali già l’AGCM, in occasione dell’audizione del Cons. Quaranta, dinanzi alla XII

---

\* Professore ordinario a r. di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Disciplina delle attività funerarie e cimiteriali, della cremazione e della conservazione o dispersione delle ceneri. Testo unificato C. 928 Brambilla, C. 1143 Foscolo e C. 1618 Pini.

<sup>2</sup> Disegno di legge S. 963, Disciplina delle attività funerarie, d’iniziativa del Senatore Parenti, e altri.

<sup>3</sup> Con riferimento alla gestione del servizio cimiteriale e di quello obitoriale, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 274 del 6 dicembre 2012 (reperibile [online](#)), ha ritenuto che tale interferenza si realizzi, tuttavia, solo «in via marginale ed indiretta» e senza porsi in contrasto con gli obiettivi tutelati e promossi dalle norme statali. Rispetto infatti a tali servizi, “con riguardo a territori svantaggiati come quelli montani”, non solo il mercato è caratterizzato dall’assenza di competitività, ma anche la stessa Unione europea riconosce” che i servizi possano essere gestiti secondo una logica non “meramente commerciale”: *Considerato in diritto*, punto 3.

Commissione (Affari sociali) della Camera dei Deputati<sup>4</sup>, aveva richiamato il legislatore ad una «riflessione attenta e ponderata». La disciplina in questione è stata anche oggetto di critiche da parte di chi, nel denunciare l’impatto delle misure sul mercato, ne dichiara la riferibilità alla disciplina del rapporto di lavoro, di competenza esclusiva statale, e non già alla materia della salute e dell’igiene<sup>5</sup>. Di qui lo spunto per alcune riflessioni sui principi generali che regolano il tema sul piano del diritto europeo della concorrenza, seppure nella sola prospettiva della (libera) prestazione dei servizi di pompe funebri, alla luce delle ipotesi di riforma legislativa attualmente in discussione, avendo come parametro di riferimento, in particolare, l’esperienza della legge regionale lombarda 33/2009<sup>6</sup> e della normativa regolamentare di attuazione di prossima adozione.

L’anelito di riforma, che ha visto il susseguirsi di svariate proposte d’iniziativa parlamentare, si inserisce sul piano statale in un quadro normativo in cui l’ordinamento funerario è disciplinato dal testo unico delle leggi sanitarie che risale al 1934<sup>7</sup>, dal regolamento di polizia mortuaria del 1990<sup>8</sup> e dalla legge 30 marzo 2001, n. 130, recante disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri. A parte quest’ultimo intervento legislativo, il quadro normativo è largamente inadeguato all’evolversi del contesto sociale, ai problemi anche rilevanti sotto il profilo dell’ordine pubblico che sono nel frattempo emersi e, non da ultimo, al mutamento stesso dei costumi anche individuali. Non stupisce dunque che, di fronte all’inerzia del legislatore statale, alcuni dei principi ispiratori della possibile riforma siano stati anticipati a livello regionale.

Le Regioni sono così intervenute, in ordine sparso, con l’obiettivo di modernizzare il settore funerario con proprie norme foggiate sulle esigenze peculiari della comunità e del contesto sociale e territoriale di riferimento, colmando così, da un lato, il vuoto legislativo statale e, soprattutto, dall’altro, consentendo, laddove il mutamento dei tempi lo richiedesse, di adeguare con norme regolamentari, che traggono la propria legittimazione dalla fonte primaria, gli strumenti e le modalità operative alle necessità contingenti secondo le peculiarità sociali di ciascun territorio.

---

<sup>4</sup> Si veda anche AGCM, Segnalazione del 23 maggio 2007, AS392 – Servizi funebri: gravi distorsioni concorrenziali nel settore, e, più di recente, per tutti, Parere del 27 novembre 2019, AS1644-Comune di Cinisello Balsamo (MI)-Approvazione dello schema di convenzione tra l’amministrazione e le imprese funebri per l’esecuzione di servizi funebri a prezzi convenzionati per il triennio 2017-2020, anche per ulteriori riferimenti.

<sup>5</sup> Si vedano, in particolare, le considerazioni svolte da A.N.I.F.A., con riferimento alla proposta di legge AC 1143 d’iniziativa dell’On.le Foscolo “Disciplina delle attività funerarie, della cremazione e della conservazione o dispersione delle ceneri”.

<sup>6</sup> Legge della Regione Lombardia del 30 dicembre 2009, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità), così come modificata dalla l.r. 4 marzo 2019, n.4. Tale legge ha superato il vaglio della Corte costituzionale (sentenza del 30 luglio 2020, n. 180), che ha riconosciuto la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale di talune disposizioni regionali con i principi fondamentali asseritamente posti dal d.P.R del 1990.

<sup>7</sup> Regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, approvazione del testo unico delle leggi sanitarie.

<sup>8</sup> Decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1990, n. 285 (Approvazione del regolamento di polizia mortuaria).

Non tutti i problemi hanno potuto essere così risolti e, soprattutto, si è creato un contesto non coordinato sul piano delle varie legislazioni regionali, con soluzioni anche apprezzabili, ma estremamente diversificate, con conseguente difficoltà degli operatori del settore a svolgere la propria attività oltre i confini regionali. Ci si riferisce, in particolare alla disciplina delle imprese funebri e soprattutto dei centri servizi, che in tutti i disegni di legge parlamentari, a partire dal disegno di legge Gasparini sulla “Disciplina delle attività funerarie, della cremazione e della conservazione o dispersione delle ceneri”<sup>9</sup>, del 22 giugno 2015, costituiscono la cifra caratterizzante l’aspetto propriamente inteso dei servizi connessi alle attività funebri e su cui ci si soffermerà più in dettaglio prendendo spunto dalle soluzioni accolte nella legge della Regione Lombardia del 30 dicembre 2009, n. 33, destinata a breve ad essere integrata da nuove disposizioni regolamentari<sup>10</sup>.

## **2. La giurisprudenza europea come stimolo per una riforma in nome dell’interesse generale.**

Sempre per fornire, in via preliminare, un inquadramento generale del contesto normativo in cui si inseriscono i progetti di riforma e le disposizioni legislative intanto introdotte a livello delle singole regioni, occorre ricordare l’impulso significativo che è giunto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, come risulta evidente dall’esame del disegno di legge Gasparini<sup>11</sup>. La proposta rispondeva certamente ad una esigenza largamente sentita di aggiornamento e riordino della disciplina vigente e nel perseguire tale obiettivo quel disegno di legge si caratterizzava rispetto ad altre analoghe proposte per il rilievo che in essa assumeva la considerazione dell’interesse generale che i servizi funerari complessivamente considerati perseguono. Come si leggeva, infatti, nella Relazione illustrativa del disegno di legge, «[q]uella funebre è attività complessa che, oltre ad articolare il proprio intervento in ambito commerciale [...], si configura come attività di interesse generale attinente alla salute pubblica ed alla pubblica sicurezza, con preminenti aspetti di natura igienico-sanitaria». Si tratta di una considerazione, poi recepita e divenuta comune nelle successive iniziative legislative, ma che in quel momento si ispirava in maniera sicuramente innovativa a quello che era l’orientamento emerso in sede europea. L’attività funebre si è venuta, infatti, viepiù caratterizzando per la natura pubblica del servizio così prestato, in ragione dei sempre più numerosi compiti

---

<sup>9</sup> A.C. n. 3189. Per un commento, S. BERGAMELLI, *Le attività funerarie nel diritto europeo ed italiano*, in TAN, 6 febbraio 2022, reperibile [online](#).

<sup>10</sup> Si veda Delibera n. 6083-(DL), recante Approvazione della proposta di regolamento regionale di attuazione del titolo VI bis della legge regionale 30 novembre 2009, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità) - (Richiesta di parere alla Commissione Consiliare).

<sup>11</sup> Disciplina delle attività funerarie, della cremazione e della conservazione o dispersione delle ceneri, A.C. n. 3189, del 22 giugno 2015, d’iniziativa dell’On.le Gasparini, e altri. Per un commento, vedi R. CAFARI PANICO, *Le attività funerarie nel diritto europeo ed italiano: il nuovo disegno di legge di riforma*, in *Papers di diritto europeo*, 2015, n. 2, pp. 1-11, reperibile [online](#).

di natura appunto pubblicistica – quando non addirittura di vere e proprie funzioni sanitarie – attribuiti agli operatori del settore, quali incaricati di pubblico servizio.

L'attuale disciplina, come già osservato, non risponde ormai da tempo a tali specificità dell'attività funeraria nella sua odierna accezione e le precedenti iniziative di riforma non traevano, sul piano delle soluzioni in concreto suggerite, le dovute e coerenti conclusioni da quanto premesso in merito alla natura dell'attività stessa. Non a caso, dunque, a fronte di una legislazione, come pure si legge nella Relazione al disegno di legge Gasparini, «disorganica a livello regionale ed obsolescente a livello nazionale», l'interesse pubblico (generale) preminentemente perseguito dalla attività funeraria costituiva il momento ispiratore della nuova iniziativa legislativa.

Che la salvaguardia dell'interesse pubblico sia una esigenza destinata ad imporsi sui profili più prettamente commerciali, pur esistenti e come tali meritevoli di tutela, era la stessa Unione europea a dircelo. Il nostro legislatore può così introdurre quei correttivi al libero mercato che soddisfino l'interesse generale al regolare svolgimento dei servizi di rilevanza non solo pubblica ma anche commerciale. Del resto, l'evoluzione in senso pubblicistico dei servizi funerari è comune, pur con risposte variamente articolate, a un po' tutti i paesi dell'Unione europea. Muovendo da tale qualificazione, gli Stati sono intervenuti a disciplinare il mercato, privilegiando la soddisfazione dell'interesse generale, che coincide, non a caso, con quello dei dolenti, a che, da un lato, siano garantite la qualità del servizio, la affidabilità degli operatori, la diffusione del servizio sul territorio e la professionalità degli addetti, e, dall'altro, sia rispettato il dolore della famiglia, evitando i deprecati fenomeni di malaffare.

L'Europa, dunque, veniva in nostro soccorso, mostrandoci non solo la strada da seguire, ma anche fornendoci gli strumenti necessari. Non deve del resto meravigliare al riguardo il fatto che la direttiva servizi, nota anche come direttiva Bolkestein<sup>12</sup>, non menzioni i servizi funerari né per disciplinarli né per escluderli dal suo ambito di applicazione. Non avrebbe infatti potuto essere altrimenti, in quanto dette attività sono correttamente riconducibili, per certi aspetti, ai servizi sanitari, sempre e comunque esclusi dal suo ambito di applicazione, in base all'art. 2, par. 2, e, per altri, alla categoria più ampia dei servizi in cui preminente è l'interesse generale alla loro prestazione. Ne consegue che la libertà di esercizio delle relative attività può essere variamente limitata da ciascuno Stato membro per soddisfare le proprie esigenze imperative, nel rispetto comunque dei principi generali dell'ordinamento comunitario, tra cui quelli di non discriminazione e di proporzionalità.

I servizi funerari comprendono, nella comune accezione, due categorie di attività che possono essere distinte in “servizi mortuari” e “pompe funebri”. Tale distinzione, fatta propria dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 27 febbraio

---

<sup>12</sup> [Direttiva 2006/123/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, cui è stata data attuazione col decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59.

2003, *Adolf Truley*<sup>13</sup>, non ha impedito ai giudici di Lussemburgo di concludere che entrambi i servizi rispondono ad una medesima funzione di interesse generale. Statuisce infatti la Corte che «non si può contestare che i servizi mortuari e di pompe funebri possono essere considerati come servizi rispondenti effettivamente a un bisogno di interesse generale»<sup>14</sup>, la cui nozione costituisce un concetto autonomo di diritto comunitario già oggetto di precisazione da parte della stessa Corte<sup>15</sup>. Proseguendo nel suo ragionamento, la Corte rileva che «[d]a una parte, infatti, tali attività sono connesse all'ordine pubblico in quanto lo Stato ha manifestato interesse ad esercitare un rigoroso controllo sul rilascio di certificati quali certificati di nascita e di decesso»<sup>16</sup>; d'altra parte, «evidenti motivi di igiene e sanità pubblica possono giustificare il fatto che lo Stato conservi, su tale attività, un'influenza determinante»<sup>17</sup>. La conseguenza che ne traggono i giudici del Lussemburgo è che la nozione di prestazioni di pompe funebri va intesa «nel senso ampio del termine», comprendendo tutta una varietà di servizi connessi, come l'inserzione di necrologi, la collocazione del defunto nella bara o il suo trasporto, e non soltanto l'inumazione e la cremazione dei corpi nonché la gestione dei cimiteri e dei colombari – qualificati come prestazioni di pompe funebri «nel senso stretto del termine» – rientrando così tutti nella «nozione di bisogno di interesse generale». Ogni distinzione fra le due categorie sarebbe infatti «artificiosa dato che tutte o la maggior parte di tali attività erano di regola esercitate da una medesima impresa o da una medesima autorità pubblica»<sup>18</sup>.

Le indicazioni che emergono dalla decisione della Corte sono chiare ed utili per definire il possibile ambito di intervento legislativo all'interno dei singoli paesi. Ad avviso dei giudici di Lussemburgo, non importa quanto siano rilevanti le prestazioni di pompe funebri in senso stretto rispetto alle attività più propriamente commerciali svolte da un'impresa, dal momento che la suddetta impresa continuerebbe ad occuparsi di bisogni di interesse generale, come tali soggetti ad una rigorosa disciplina volta ad assicurare la soddisfazione di tali interessi. Perché peraltro una determinata attività di natura anche, se non soprattutto, commerciale, possa comunque essere qualificata come destinata a soddisfare principalmente specifiche esigenze di interesse generale aventi – queste sì – carattere non commerciale, ovvero sanitari o di ordine pubblico, occorre che ricorrano determinati “indizi” della sua natura pubblicistica. In conclusione, (tutte) le

---

<sup>13</sup> [Causa C-373/00](#), ECLI:EU:C:2003:110. Per un commento, R. CARANTA, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, cc. 1686-1697; e C. CARUSO, *Di sicuro rilievo le più recenti sentenze comunitarie in tema di appalti pubblici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, pp. 957-967.

<sup>14</sup> *Causa C-373/00*, cit., punto 51.

<sup>15</sup> *Ivi*, punto 50.

<sup>16</sup> *Ivi*, punto 52.

<sup>17</sup> *Ivi*, punto 53.

<sup>18</sup> *Ivi*, punto 54.

attività funerarie, siano esse di natura pubblica oppure commerciale, rispondono, in determinate circostanze, ad un interesse generale dell'ordinamento.

La Corte ha avuto poi modo di precisare la rilevanza dell'interesse generale perseguito dalla normativa in esame nei confronti della disciplina generale in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi nella sentenza del 14 novembre 2018, *Memoria Srl*<sup>19</sup>, precisandone i limiti. La Corte è stata chiamata a giudicare in merito alla compatibilità con i principi di libera prestazione di servizi e di libertà di stabilimento, di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, del regolamento dei servizi cimiteriali del Comune di Padova che vietava alle imprese private di fornire un servizio di conservazione di urne cinerarie. Al riguardo, la Corte rileva come alla base della disposizione vi siano «ragioni imperative intese alla tutela della salute, alla necessità di garantire il rispetto dovuto alla memoria dei defunti e alla tutela dei valori morali e religiosi prevalenti in Italia, i quali ultimi ostano all'esistenza di attività commerciali e mondane connesse alla conservazione delle ceneri dei defunti e quindi a che le attività di custodia dei resti mortali perseguano una finalità lucrativa»<sup>20</sup>. Ma se ciò è vero, se cioè dunque sussistono ragioni morali alla base della restrizione alle attività commerciali così posta, lo è altrettanto, osserva la Corte che l'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati nel far valere le «ragioni imperative di interesse generale» riconoscibili nella regolamentazione in oggetto<sup>21</sup> incontra comunque un limite nella necessaria proporzionalità delle misure adottate che non possono spingersi «oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo di tutelare il rispetto dovuto alla memoria dei defunti»<sup>22</sup>. Tanto più ciò è vero in quanto, sempre secondo i giudici di Lussemburgo, «esistono misure meno restrittive che consentono di conseguire il citato obiettivo»<sup>23</sup>. Se a ciò si aggiunge poi che, alla luce di considerazioni relative sia alla connotazione sotto il profilo biologico delle ceneri funerarie<sup>24</sup> sia al particolare inquadramento tariffario dell'attività in oggetto, neanche le motivazioni relative ai valori morali e religiosi paiono poi così certe<sup>25</sup>, la conclusione per la Corte è che sicuramente «la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale si spinge oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo addotto e, di conseguenza, non può in ogni caso essere giustificata alla luce di tale obiettivo»<sup>26</sup>.

In definitiva, il legislatore statale e, più ancora, al momento, il legislatore regionale, che interviene per disciplinare, in assenza di principi di indirizzo generale, i servizi funebri, nell'ambito delle sue competenze in materia di sanità, possono, nel regolamentare gli aspetti che attengono alla libera prestazione dei servizi e quindi, in tale

---

<sup>19</sup> [Causa C-342/17](#), ECLI:EU:C:2018:906.

<sup>20</sup> *Ivi*, punto 53.

<sup>21</sup> *Ivi*, punto 54.

<sup>22</sup> *Ivi*, punto 60.

<sup>23</sup> *Ivi*, punto 59.

<sup>24</sup> *Ivi*, punto 53.

<sup>25</sup> *Ivi*, punto 64.

<sup>26</sup> *Ivi*, punto 65.

prospettiva, alla concorrenza, far valere il superiore interesse generale che pervade la materia in discussione; essi devono tuttavia, al contempo, attenersi a criteri di proporzionalità nel conseguire l'obiettivo di tutelare il rispetto dovuto alla memoria dei defunti, nelle sue diverse manifestazioni.

### **3. Le imprese funebri e i centri servizi: la proposta di regolamento della Regione Lombardia.**

L'art. 74 della l. r. 33/2009 disciplina l'esercizio dell'attività funeraria nel territorio lombardo da parte delle imprese funebri, intendendo, al comma 1, come tale «un'attività imprenditoriale che comprende e assicura in forma congiunta» le prestazioni successivamente indicate, «da svolgere secondo i principi di concorrenza nel mercato e con modalità che assicurino l'effettiva libertà di scelta delle famiglie colpite dal lutto [...]». Perché un'impresa funebre possa svolgere tali attività funerarie occorre che sia in possesso dei requisiti indicati alle lettere da a) a f) dell'art. 3. Stante, tuttavia, la proliferazione delle imprese funebri e le loro ridotte dimensioni, ben difficilmente molte di esse nella realtà si rivelano in grado di prestare in maniera adeguata i servizi loro richiesti. Per questo motivo, il quarto comma prevede che i requisiti di cui alle lettere b), c) ed f) del terzo comma possano essere soddisfatti dalle imprese funebri anche acquisendoli mediante la stipulazione, in via esclusiva, di specifici contratti di appalto di servizi con un centro servizi, di cui all'art. 74 *bis* della stessa legge.

A loro volta, i centri servizi<sup>27</sup>, anch'essi imprese funebri ai sensi del precedente art. 74, per poter garantire alle singole aziende funebri il possesso dei requisiti ad esse richiesti per lo svolgimento dell'attività funebre, devono possedere dei requisiti minimi indicati nel secondo comma. Il successivo terzo comma demanda ad un apposito regolamento la definizione delle «ulteriori dotazioni di risorse umane e strutturali che i centri servizi devono possedere, in base ad un criterio di proporzionalità con i contratti sottoscritti e in relazione al numero di servizi funebri svolti nell'anno precedente, al fine di poter garantire il regolare svolgimento dei servizi richiesti».

Il problema si è posto nel momento in cui la Giunta regionale lombarda ha deciso, il 14 marzo 2022, di disciplinare, ex art. 76 della l.r. 33/2009, la materia in via regolamentare<sup>28</sup>. Ovviamente, il regolamento, nel dare attuazione alla fonte primaria, deve attenersi, per la realizzazione degli obiettivi di interesse pubblicistico perseguiti dalla legislazione regionale, al criterio di proporzionalità che opera in due sensi: l'uno, indicato nella stessa norma regionale di riferimento, quale criterio cui ricorrere per declinare in maniera proporzionale i requisiti ulteriori che si intendono introdurre, avendo

---

<sup>27</sup> Primo comma dell'art. 74 *bis*. Per considerazioni critiche sul sistema dei centri servizi e sulla necessità di una riforma della loro disciplina, vedi CIPRIANI, *L'illegalità del sistema dei centri servizi*, 22 gennaio 2019, reperibile [online](#).

<sup>28</sup> Vedi, *supra*, nota 10.

come riferimenti i contratti sottoscritti e il numero di servizi funebri svolti; l'altro, più generale, di adeguatezza delle misure introdotte all'obiettivo perseguito.

Venendo al testo della proposta di regolamento, l'art. 3 (Criteri di proporzionalità in merito ai requisiti minimi delle imprese funebri e dei centri servizi) fissa, al primo comma, una dotazione minima per le imprese funebri che si aggiunge a quella indicata in legge che non ne faceva menzione, confidando nell'autonoma scelta dell'impresa direttamente delegata dal dolente; al secondo comma determina invece la dotazione minima dei centri servizi sulla base di criteri di proporzionalità, così declinati: «due carri funebri, un'autorimessa e otto necrofori fino al raggiungimento della soglia della soglia 1.120 servizi all'anno; b) un ulteriore carro funebre e quattro necrofori ogniqualvolta si superi del venti per cento la soglia di cui alla lettera a) fino al raggiungimento dell'ulteriore soglia di 560 servizi aggiuntivi all'anno».

Al fine di valutare la conformità alla disciplina della concorrenza delle previsioni sui requisiti richiesti per i centri servizi, giova ricordare che la questione dei vincoli all'esercizio dell'attività funebre è stata oggetto di osservazioni da parte della Autorità garante in occasione della già ricordata audizione davanti alla XII Commissione (Affari sociali). L'audizione ha riguardato, in particolare, le limitazioni che rientrano nella tipologia di quelle previsti dall'art.9 della proposta A.C. 1143 e dall'art. 4 della proposta A.C. 1618<sup>29</sup>, quale la condizione che i dipendenti con funzioni di necroforo in numero non inferiore a quattro siano assunti a tempo pieno e indeterminato con regolare contratto di lavoro con il soggetto richiedente l'autorizzazione. Il timore è, infatti, che il tutto si traduca in una barriera ingiustificata all'ingresso nel mercato. A fronte di ciò occorre però ricordare anche le esigenze imperative che impongono l'introduzione di tali requisiti e soprattutto il rafforzamento dei centri servizi come garanzia per i dolenti in un mercato caratterizzato da una eccessiva polverizzazione delle imprese funebri.

#### **4. Segue: i requisiti minimi e il principio di proporzionalità.**

In via generale, a prescindere dunque dalla eventuale diversa regolamentazione regionale e dunque dai requisiti minimi che possono essere imposti a livello dei differenti ambiti territoriali, qualunque impresa che intenda svolgere l'attività funebre potrebbe farlo avvalendosi dei servizi del centro servizi, il quale però - ed è questo l'aspetto che rileva - potrebbe, sempre per ipotesi, stipulare infiniti contratti di appalto con altrettanto infinite imprese.

Il quesito da porsi è, perciò, se il criterio dei servizi prestati annualmente sia sufficiente per rispondere all'interesse generale di assicurare un servizio adeguato od

---

<sup>29</sup> Vedi, *supra*, nota 4. Per ulteriori considerazioni in merito alle proposte di legge n. 1143, n. 1618, e n. 928, vedi ANAC, Audizione del Presidente f.f. prof. Francesco Merloni presso la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati, del 6 novembre 2019.

occorra, come indica la l.r. 33/2009, che venga in considerazione anche il numero di contratti conclusi dal centro servizi per evitare che in situazioni di difficoltà possano crearsi situazioni di disparità di trattamento nei riguardi degli appaltanti meno “importanti”.

In sostanza, appurato che requisiti relativi alle dotazioni delle imprese possono essere introdotti in quanto proporzionali all’interesse (pubblico) perseguito, il criterio di proporzionalità in concreto adottato può essere calibrato sui soli servizi, sui contratti o su entrambi. La legge regionale lombarda nell’art.74 *bis*, nel rinviare, come osservato, al regolamento di cui all’art. 76 la definizione di ulteriori dotazioni, indica chiaramente entrambi i criteri, precisando che tali dotazioni devono essere determinate, in termini di risorse umane e strutturali, in base ad un criterio di proporzionalità «con i contratti sottoscritti e in relazione al numero dei servizi funebri svolti nell’anno precedente», al fine di poter garantire il regolare svolgimento dei servizi richiesti.

Il criterio della duplice proporzionalità non sembra trovare esatta rispondenza nell’art. 3 della proposta di regolamento attualmente all’esame della Giunta regionale lombarda, che definisce appunto i criteri di proporzionalità in base ai quali calcolare la dotazione minima delle imprese funebri e dei centri servizi. Viene infatti indicata una soglia di 560 servizi all’anno per le imprese funebri calcolata stimando, come si legge nella Relazione illustrativa, 280 giornate di lavoro annuo, al netto di ferie e festività, vale a dire 48 settimane per sei giorni lavorativi, detratti sei giorni di festività varie, e due servizi funebri al giorno per singolo carro funebre. Detta soglia è elevata a 1.120 servizi all’anno per i centri servizi, in considerazione della dotazione minima di due carri funebri. Non viene invece conteggiato il numero dei contratti, ovvero delle imprese funebri che si avvalgono delle prestazioni ausiliarie dei centri servizi in regime di appalto di servizi.

La soluzione proposta, oltre a discostarsi dalla indicazione della legge regionale, non tiene evidentemente conto delle considerazioni che hanno portato anche in sede di proposte di legislazione statale a suggerire una diversa metodologia di calcolo. Si prenda, ad esempio, in considerazione il Testo unificato, adottato come testo base all’esame della XII Commissione della Camera<sup>30</sup>, in cui è confluita appunto, con modifiche peraltro nella parte che rileva in questa sede, la proposta di legge Foscolo, n. 1143, presentata il 6 settembre 2018.

Il testo originario della proposta Foscolo prevedeva all’art. 9, comma 1, che ogni impresa funebre deve avere la disponibilità, fra l’altro, di: una o più auto funebri, con relativa autorimessa (lett. *b*)); un direttore tecnico (lett. *c*)); una unità di personale amministrativo (lett. *d*)); e quattro necrofori (lett. *e*)). Il secondo comma precisava peraltro che l’effettiva disponibilità congiunta dei suddetti requisiti di cui alle lett. *b*) ed *e*) può essere comprovata anche mediante la stipulazione, in via esclusiva, di un contratto di appalto con «un’altra impresa ausiliaria autorizzata, o con consorzio ausiliario»

---

<sup>30</sup> Vedi, *supra*, nota 1.

anch'esso autorizzato all'attività funebre. Si tratta, in quest'ultima ipotesi, di quegli stessi centri servizi cui si fa riferimento nella legislazione lombarda, all'art. 74 *bis* della l.r. 33/2009, con riferimento ai requisiti di cui all'art. 74, comma 3, lett. b), c) ed f), coincidenti con quelli di cui al disegno di legge di riforma. Ne consegue che anche la legislazione statale continuerebbe a consentire a microimprese, prive di fatto di proprie strutture di servizi, di operare sul mercato avvalendosi pressoché unicamente delle prestazioni ricevute in regime di appalto. Dove invece le due regolamentazioni divergono è nell'indicazione dei requisiti cui devono sottostare, in base al disegno di legge Foscolo, "le imprese funebri ausiliarie", che mettono cioè a disposizione di altre imprese funebri i propri servizi, che devono essere in possesso di almeno: lett. *a*), su base media annua, dieci necrofori; lett. *b*) tre auto funebri; e *c*) un'ulteriore unità lavorativa annua (ULA) «per ogni contratto di appalto sottoscritto, o per ogni consorziato, eccedente il numero massimo di contratti, o di consorziati, stabilito dalle Regioni». A queste ultime è infatti demandato il compito di definire, alla luce della tipologia delle imprese funebri presenti sul proprio territorio ed, evidentemente, del numero di servizi mediamente svolti, il numero massimo di contratti sottoscrivibili che comunque non deve essere inferiore a sei o superiore a dodici, fermo restando che i requisiti minimi richiesti ai fini dei contratti sono quelli di cui alle già menzionate lett. *a*) e *b*), cui potranno aggiungersi gli ulteriori requisiti imposti dalla Regione ove ha la sede e svolge l'attività l'impresa funebre ausiliaria. Infine, viene prevista alla lett. *d*) un'ulteriore auto funebre per ogni quattro ULA aggiuntive al fine di dare maggiore elasticità a queste attività stante la natura stessa dell'ULA.

Tale disposizione, che dava un rilievo particolare al numero di contratti sottoscritti da ciascun centro servizi, permane, ma con una formulazione in parte diversa, anche nel Testo unificato, che comunque mantiene, come criterio guida per la determinazione dei requisiti richiesti ai Centri servizi, il numero dei contratti sottoscritti, oltre che dei servizi eseguiti, lasciando tuttavia al riguardo maggiore discrezionalità alle Regioni.

Nel nuovo art. 9, comma 6, viene prevista la possibilità per le imprese funebri di soddisfare i requisiti minimi così indicati mediante la stipulazione di «specifici contratti di fornitura» (*rectius*, di appalto) con un centro servizi, anch'esso impresa funebre, che mette a disposizione di altre imprese funebri, in base al comma 7, le proprie dotazioni di mezzi e personale, dovendo a sua volta essere in possesso di: *a*) un organico medio annuo di almeno 10 necrofori, e *b*) tre auto funebri.

Spetta poi alle singole Regioni disporre in merito all'ulteriore proporzionale incremento delle dotazioni previste per i centri servizi, in aggiunta a quelle sopra indicate, in considerazione, come già previsto nel testo iniziale della proposta di legge Foscolo, del numero dei contratti sottoscritti e non solo dei servizi eseguiti.

Risulta, quindi, evidente che lo scopo del legislatore è sì quello di salvaguardare una realtà di mercato caratterizzata da un numero elevato di piccole imprese familiari,

che costituiscono la stragrande maggioranza delle aziende del settore, ma anche di garantire, al contempo, che i servizi a favore dei dolenti possano essere adeguatamente forniti mediante l'intervento in ausilio di centri servizi dotati di risorse sempre più ampie quanto maggiore è lo sviluppo delle attività. Il rischio implicito è, infatti, che anche questi centri servizi finiscano per assumere l'onere di eseguire un numero sempre crescente di prestazioni senza averne una reale disponibilità di mezzi. Di qui, fin dal disegno di legge Gasparini, lo sforzo di imporre l'obbligo di dotarsi di ulteriori risorse e strutture in relazione all'ampliarsi delle attività svolte, secondo criteri la cui quantificazione è lasciata alle Regioni perchè esse possano adattarli alle differenti realtà, anche sociali, specifiche del territorio, ma che devono necessariamente basarsi sul concorso del riferimento sia ai servizi sia ai contratti, imponendo l'assunzione di un ulteriore addetto con mansioni di necroforo e l'obbligo di dotarsi di una ulteriore auto funebre ogni, ad esempio, quattro, contratti, o, nel caso si consenta l'attività anche di società consortili, nuovi consorziati.

Nella proposta di regolamento della Giunta della Regione Lombardia manca dunque fra i criteri utilizzati per l'identificazione dei livelli di proporzionalità dei requisiti minimi dei centri servizi il necessario riferimento al numero dei contratti sottoscritti che, già indicato nell'art. 74 *bis* della l.r. 33/2009, è ulteriormente richiamato nel comma 2 dell'art. 74 *ter*, relativo agli obblighi di comunicazione. La stessa metodologia utilizzata per la redazione della norma regolamentare, che indica in 560 il numero annuo di servizi utilizzato per stabilire proporzionalmente la dotazione minima delle imprese funebri, non pare tenere conto della possibile estrema diversificazione del numero di imprese da cui può provenire la richiesta di servizi, tanto da rendere, nel caso di un numero elevato di imprese, probabile il rischio di disservizi. La soluzione è, da un lato, ridurre la soglia minima e, dall'altro, introdurre idonei correttivi connessi al numero dei contratti conclusi, ovvero delle imprese appaltanti, di modo che dalla combinazione dei due criteri si possa pervenire ad una soluzione che soddisfi, così come del resto suggerito dalle proposte di riforma pendenti davanti al Parlamento, *in primis* la garanzia di servizi idonei in risposta alla domanda delle famiglie e, poi, l'esigenza di una crescita proporzionale delle dimensioni e dell'efficienza dei centri servizi in relazione al numero di piccole imprese che si rivolgono ad essi e dei servizi che vengono prestati, in termini sia di personale addetto sia di mezzi di trasporto funebre.

Vi è un ulteriore aspetto da considerare, sempre nella logica della possibilità di derogare in ragione dell'interesse generale alla disciplina di mercato. Si è già infatti rilevato come l'AGCM, nel riconoscere che in relazione alla organizzazione delle attività delle imprese funebri possono essere introdotti vincoli all'accesso e all'esercizio di attività economiche, abbia tuttavia precisato come essi debbano essere «strettamente giustificati, in un'ottica di proporzionalità, da interessi generali», facendo espresso

richiamo in tal senso alla Direttiva Servizi<sup>31</sup>. Ad essere oggetto della segnalazione della Autorità è, in particolare, la previsione contenuta nella legge regionale della Regione Campania<sup>32</sup>, in base alla quale, fra i requisiti richiesti «per svolgere l'esercizio dell'attività funebre», compare quello di disporre di operatori addetti al trasporto «assunti mediante contratto di lavoro subordinato e continuativo». La disposizione è apparsa infatti eccessivamente “rigida” nell'imporre un rapporto di lavoro continuativo con l'impresa e dunque tale da restringere indebitamente l'accesso al mercato, risultando non “proporzionale” rispetto all'interesse generale perseguito. Essa, infatti, non rappresenta «la misura meno restrittiva per il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal legislatore regionale». Considerazioni analoghe compaiono nella segnalazione del 29 marzo 2021 nei confronti del regolamento comunale del Comune di Genova per l'esercizio dell'attività funebre<sup>33</sup>. Con riferimento alla previsione secondo cui le imprese che effettuano il trasporto funebre sono tenute a disporre «di almeno quattro operatori funebri con regolare contratto a tempo indeterminato», l'Autorità osserva «che tale vincolo organizzativo appare in grado di restringere ingiustificatamente l'accesso al mercato, attesa la carenza di proporzionalità di tale requisito rispetto all'obiettivo perseguito, nonché l'insussistenza di specifici motivi di interesse generale che lo giustifichino». Ancora una volta, dunque, a parametro di valutazione della legittimità della disposizione viene assunta la carenza di proporzionalità<sup>34</sup> della misura che non si giustifica nel suo rigore con la tutela delle esigenze di interesse (pubblico) generale, conseguibile in *subiecta materia* anche mediante misure meno restrittive.

Nella stessa linea si pone la sentenza del TAR Campania del 29 ottobre 2021, n. 6811, che censura la normativa regionale, ritenendo che il riferimento, già oggetto di segnalazione da parte dell'AGCM, al «contratto di lavoro subordinato e continuativo» del personale addetto al trasporto delle salme, quale requisito per l'iscrizione nel Registro delle imprese funebri, non sia da intendersi nel senso di escludere la possibilità di impiegare «personale con contratti di lavoro part time intrattenuti con più imprese»<sup>35</sup>.

La proposta di regolamento della Regione Lombardia non contiene indicazioni al riguardo, in quanto già la norma primaria specifica, all'art. 74, comma 3, lett. f), che con

---

<sup>31</sup> AGCM, Segnalazione del 6 novembre 2014, AS1153 – Allegato A della legge regionale n. 12/2011: “Codice delle attività e delle imprese funebri”, come modificata dalla l.r. Campania 25 luglio 2013, n. 7.

<sup>32</sup> Art. 1-*bis* dell'Allegato A della l. r. n. 12/2011, cit.

<sup>33</sup> AGCM, Segnalazione del 29 marzo 2021, AS1732 – Comune di Genova – Regolamento per l'esercizio dell'attività funebre.

<sup>34</sup> Sulla efficacia diretta del principio di proporzionalità e quindi sull'obbligo di disapplicazione (parziale) della normativa di recepimento in capo al giudice nazionale, vedi Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 8 marzo 2022, [causa C-205/20](#), NE, ECLI:EU:C:2022:168. Per un commento, D. DIVERIO, *Spetta al giudice valutare la proporzionalità delle sanzioni previste dalla disciplina del distacco disapplicando all'occorrenza le disposizioni di legge attuative della direttiva*, in corso di pubblicazione su *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2022, n. 2.

gli «operatori funebri o necrofori» deve essere concluso un «regolare rapporto di lavoro continuativo e permanente, in base a quanto previsto dal CCNL di categoria e in possesso dei relativi requisiti formativi». La formulazione della disposizione lascia peraltro spazio per incertezze sul piano interpretativo riguardo alla natura dell'effettivo rapporto di lavoro tra gli addetti al trasporto funebre e l'impresa funebre che si avvale delle loro prestazioni.

Ancora una volta utili indicazioni per un possibile chiarimento in sede regolamentare possono trarsi dalle proposte di legge presentate al Parlamento. Già infatti la proposta Gasparini, all'art. 9, comma 1, lett. e), con riguardo ai «dipendenti con funzioni di necroforo» delle imprese funebri, poneva come condizione che il loro numero non fosse «inferiore a quattro unità lavorative annue (ULA)», come organico medio annuo, precisando che tale personale doveva essere assunto «con regolare contratto di lavoro». Veniva così introdotta la già ricordata categoria delle «unità lavorative annue», idonea ad assicurare quella flessibilità richiamata dalla AGCM e a rispondere a criteri di proporzionalità. Una disposizione analoga compariva, poi, con riferimento anche ai centri servizi. Il riferimento al «regolare rapporto di lavoro» e alla nozione di «unità lavorative annue» compare anche nel Testo unificato, evidenziando la necessità che venga lasciata alle imprese la possibilità, sul piano organizzativo, di modulare il rapporto di lavoro nei modi più opportuni in relazione alle specifiche esigenze dei mercati territoriali di riferimento. Il tutto, ovviamente, nel rispetto della disciplina nazionale in materia di lavoro, nelle sue varie forme, anche a tempo determinato e, nel caso, a chiamata, per favorire, secondo le indicazioni provenienti dalla AGCM, forme di flessibilità nell'accesso al mercato, pur mantenendo, beninteso, la possibilità di avvalimento da parte del centro servizi a tutela della operatività delle imprese minori. Una previsione in tal senso compare già, peraltro, ad esempio, nell'art. 1, comma 4, della legge regionale sarda del 2 agosto 2018, n. 32 (Norme in materia funebre e cimiteriale), dove si fa riferimento al «regolare contratto di lavoro», precisando che, per quanto concerne gli addetti al trasporto funebre, i requisiti, anche di formazione, devono essere accertati con riguardo alle unità di lavoro aggiuntive, al fine di garantire la auspicata flessibilità, sempre nel rispetto della legislazione nazionale vigente<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Si veda anche, sempre in relazione alla necessaria flessibilità del rapporto di lavoro, Giunta della Regione Emilia Romagna, Delibera n. 172 del 14/02/2022, recante “Approvazione direttiva della Giunta Regionale, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. a) della LR 29 luglio 2004, n. 19, in materia di riordino dell'attività funebre e di accreditamento delle imprese funebri operanti in strutture di ricovero e cura pubbliche e nelle strutture sociosanitarie a carattere residenziale pubbliche-Sostituzione Delibera 14/10/2019, n. 1678”, dove, con riguardo agli operatori funebri, si precisa che le imprese devono assicurare la loro disponibilità «secondo le diverse forme di rapporto di lavoro previste dalla normativa vigente», anche mediante «forme di rapporto di lavoro che prevedono obblighi del lavoratore secondo tempi e modalità limitate o parziali del proprio impegno», coerentemente con «i volumi di attività effettivamente svolti dall'impresa» (art. 2, comma 7).

## 5. Conclusioni.

Quelli finora considerati sono solo alcuni dei profili dell'attuale disciplina dell'attività funeraria, e di certo neppure i più rilevanti, ma è altrettanto vero che anche la loro regolamentazione deve soddisfare quell'interesse pubblico che, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, permea l'intera materia e consente di introdurre quelle restrizioni alla libera prestazione dei servizi che altrimenti il regime di libertà concorrenziale non consentirebbe. La fissazione di requisiti minimi per la prestazione dei servizi funebri in capo alle imprese che operano in tale settore ne è dimostrazione, dovendosi avere sempre ben presente che, non solo, tali restrizioni devono trovare giustificazione nell'interesse pubblico perseguito, ma anche che gli strumenti utilizzati dal legislatore devono rispondere ad un criterio di proporzionalità. Tale principio viene declinato nella scelta, anzitutto, di soluzioni adeguate nei mezzi impiegati al legittimo obiettivo perseguito, senza andare oltre, e poi anche, all'interno della soluzione accolta, di criteri che rispondano in maniera proporzionale ai bisogni da soddisfare.

L'indicazione di un meccanismo di titoli autorizzatori all'esercizio dell'attività basato sul possesso di requisiti minimi, da un lato, e la definizione di criteri per la determinazione di tali requisiti minimi basata a sua volta, nel caso della disciplina dei centri servizi, su elementi oggettivi, quali i servizi prestati e i contatti di appalto sottoscritti, paiono rispondere ad entrambe le condizioni di proporzionalità richieste per la soddisfazione dell'interesse imperativo di carattere generale che deve guidare la disciplina delle attività funebri. Alla stessa stregua, criteri di proporzionalità richiedono una flessibilità nella modulazione delle forme del rapporto di lavoro degli addetti al trasporto funebre.

In definitiva, deve ritenersi pienamente compatibile con i principi del mercato interno e della concorrenza una legislazione regionale che condizioni lo svolgimento delle attività funerarie, complessivamente intese, in modo cioè da ricomprendere sia i servizi mortuari sia quelli di pompe funebri, ad un titolo autorizzatorio formatosi a seguito della presentazione della SCIA costituita da autocertificazioni in ordine al necessario possesso di taluni requisiti. Le condizioni così poste al rilascio della autorizzazione sono peraltro strettamente proporzionali al fine perseguito di interesse generale e riguardano, in particolare, le strutture necessarie per l'esercizio dell'attività e la formazione degli operatori del settore. Ad esse si accompagna l'obbligo di rispetto di una stringente regolamentazione di sanità pubblica.

Infine, resta da osservare che l'adozione nel nostro paese di una normativa organica di riforma che fissi a livello nazionale i principi generali, cui devono attenersi i legislatori regionali negli ambiti di loro competenza, è divenuta una priorità cui il legislatore non può più sottrarsi. Si tratta, infatti, di porre rimedio alla confusione prodotta sul piano

normativo dal proliferare sia di interventi legislativi regionali, attuati in modo disorganico e con previsioni normative talvolta tra loro contraddittorie, sia di misure regolamentari comunali che disciplinano, in modo spesso molto differente tra loro, i servizi funerari, con inevitabili ricadute negative sulla qualità del servizio reso al dolente e sul rispetto degli standard sanitari. L'esigenza di una riforma del settore è resa ancor più evidente dal fatto che l'attuale normativa nazionale riguarda soltanto gli aspetti di sanità pubblica più rilevanti, senza preoccuparsi, da un lato, di definire, a livello di principi, quali siano gli interessi generali da perseguire, e, dall'altro, di fornire gli strumenti normativi necessari per lo svolgimento della funzione pubblica di cui le imprese funebri sono incaricate. Di fatto, tutti questi aspetti vengono lasciati all'intervento del legislatore regionale o addirittura alla regolamentazione comunale, pur esulando, in larga misura, le relative questioni dalle loro competenze, con effetti distorsivi anche sul piano della concorrenza più volte segnalati dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

ABSTRACT: In attesa che si giunga all'approvazione di una legge statale di riordino e aggiornamento della disciplina delle attività funerarie, le Regioni sono intervenute a disciplinare il settore con normative che a volte si pongono in contrasto con la disciplina della concorrenza. In materia è intervenuta anche la Corte di giustizia, la cui giurisprudenza, in una prospettiva di eliminazione degli ostacoli alla libera prestazione di servizi, rappresenta un punto di riferimento per l'analisi delle varie normative regionali. Eventuali restrizioni alla libera prestazione dei servizi di pompe funebri, di natura commerciale, comunque giustificazione nell'interesse generale a che essi siano prestati nel rispetto, in particolare, dei diritti dei dolenti. Nel perseguire l'interesse generale le normative regionali devono tuttavia rispondere ai requisiti fissati dall'ordinamento comunitario e, in particolare, al principio di proporzionalità, come in più occasioni affermato sia dalla AGCM, sia dalla giurisprudenza amministrativa. La proposta di regolamento in materia di attività funebri attualmente all'esame della Giunta della Regione Lombardia viene pertanto essere esaminata alla luce dei principi così fissati, rilevandone le possibili criticità sul piano concorrenziale.

PAROLE CHIAVE: attività funerarie; libera prestazione di servizi; restrizioni alla concorrenza; interesse generale; proporzionalità

*The regulation of funeral undertakings in the prism of the freedom to provide services*

*ABSTRACT: While waiting for the approval of a State law to reorganize and update the discipline of funeral activities, the Regions have intervened to regulate the sector with provisions that are sometimes in contrast with the competition rules. The Court of Justice has also intervened on the matter and its case law, with a view to eliminating obstacles to the freedom to provide services, represents a point of reference for the analysis of the various regional regulations. Any restriction on the free provision of funeral services, when of a commercial nature, may, in fact, be justified by the general interest in ensuring that they are provided in compliance, in particular, with the rights of the mourners. In pursuing the general interest, the restrictive measures introduced by regional regulations must, however, meet the criteria set by EU law and, in particular, satisfy the principle of proportionality, as stated on several occasions by both the AGCM and the administrative jurisprudence. The proposal for a regulation on funeral activities currently being examined by the Council of the Lombardy Region is therefore examined in the light of the principles thus established, pointing out any possible critical issue.*

*KEY WORDS: funeral activities; freedom to provide services; restrictions to competition; general interest; proportionality*



# Le sentenze «gemelle» del 16 febbraio 2022: oltre la questione di legittimità, un «manifesto» sui fondamenti del diritto europeo

Angela Festa\*

**SOMMARIO:** 1. I valori «comuni»: una *condicio sine qua non* dell'integrazione. – 2. Le sentenze «gemelle»: contesto, *decisum* ed effetti del giudicato. Brevi considerazioni sul regolamento UE/Euratom n. 2020/2092. – 2.1. Il problema delle competenze e della base giuridica. – 2.2. La portata dei valori fondanti e la loro concretizzazione in «principi» e «regole» di diritto europeo. – 2.3. Sulla salvaguardia dei valori comuni nei paesi membri. Precisazioni sull'art. 7 TUE. – 2.4. La difesa dei valori comuni: una questione di «identità europea». – 3. Oltre la questione di legittimità: una pagina di diritto costituzionale europeo.

## 1. I valori «comuni»: una *condicio sine qua non* dell'integrazione.

Lo storico Yuval Noah Harari, noto studioso dei processi macrostorici della civiltà umana, insegna che, affinché qualsiasi forma di organizzazione cooperativa funzioni, due condizioni minime, tra di loro alternative, richiedono di essere soddisfatte. La prima è che tutti i membri si conoscano intimamente; in questo modo sapranno se possono fidarsi l'uno dell'altro e se può valere la pena aiutarci a vicenda. La seconda è che il gruppo trovi la sua unità attorno a dei valori comuni e condivisi, i quali possono parimenti fondare la fiducia tra le parti.

Se la prima circostanza è evidentemente realizzabile in gruppi ristretti, dove la conoscenza intima e personale è praticabile, nelle composizioni caratterizzate da un elevato numero di aderenti, affinché l'ordine e la cooperazione siano mantenuti, diventa, invece, indispensabile garantire la seconda. Le cooperazioni su vasta scala, in altre parole, possono funzionare soltanto se fondate su un insieme di ideali collettivi che possono fungere essi stessi da catalizzatori della collaborazione reciproca<sup>1</sup>.

Un'Unione di Stati particolarmente ampia e complessa, come l'Unione europea, seppur di «nuovo genere nel campo del diritto internazionale<sup>2</sup>», non sfugge a quest'antica regola che, anzi, con l'allargamento della base associativa, gli estensori dei Trattati hanno

---

\* Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli».

<sup>1</sup> Y. N. HARARI, *Sapiens. Da animali a dèi. Breve storia dell'umanità*, Firenze - Milano, 2017, pp. 38-41.

<sup>2</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, [causa 26-62](#), *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, EU:C:1963:1, punti 22-23. Si tratta, come noto, peraltro, di un'organizzazione di «integrazione» che supera la dinamica della mera cooperazione.

avvertito l'esigenza di consacrare nel diritto primario<sup>3</sup>, individuando una serie di valori «comuni» a fondamento del progetto di integrazione, tra i quali la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto ed il rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze<sup>4</sup>.

Questa petizione di principio, positivizzata nel diritto dei Trattati, è stata a più riprese ribadita anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che, soprattutto negli ultimi anni, caratterizzati da un forte attivismo giudiziale, si è molto prodigata per la difesa dei valori europei, in specie dello Stato di diritto (o della *rule of law*)<sup>5</sup>.

Tale intervento si è reso necessario, innanzitutto, poiché, lentamente, ma in maniera costante, nell'ultimo decennio, lo Stato di diritto è stato significativamente messo sotto pressione, soprattutto in alcuni paesi dell'Unione europea<sup>6</sup>, come effetto di una concatenazione di crisi (da quella del debito sovrano a quella migratoria, da quella generata dalla pandemia da Covid-19 a quella securitaria originata dall'invasione russa in Ucraina). Ma l'azione di salvaguardia dei giudici europei si è resa indispensabile anche perché, sebbene tra i valori posti a fondamento del progetto integrazionista non sia possibile tracciare una gerarchia<sup>7</sup>, in realtà, lo Stato di diritto rappresenta un prerequisito per il pieno godimento e per la piena realizzazione di tutti gli altri valori<sup>8</sup>, ed il suo rispetto risulta strumentale al buon funzionamento dell'Unione europea nel suo complesso, nella

---

<sup>3</sup> Si vedano gli attuali artt. 2 e 49 del Trattato sull'Unione europea (TUE).

<sup>4</sup> «Quali valori comuni in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini» (art. 2 TUE).

<sup>5</sup> Per un'analisi, cfr. su tutti, L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, Stockholm, 2021.

<sup>6</sup> Se le più lampanti deviazioni dal rispetto di tale valore si sono manifestate in Polonia e Ungheria, si sperimenta, in realtà, un più generalizzato fenomeno di *rule of law backsliding* in plurimi contesti nazionali europei. Sul caso rumeno, ad esempio, cfr. F. DONATI, *Un nuovo scontro sullo Stato di diritto e sull'indipendenza della magistratura nell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, IV, 2/2022, pp. 19-27, reperibile [online](#). Sia consentito rinviare anche a R. PALLADINO, A. FESTA, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei dissonanti logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *Eurojus*, n. 2/2022, pp. 46-71, reperibile [online](#).

<sup>7</sup> Posto che a motivo della loro natura di «fondamenti» ciascuno «contribuisce alla realizzazione dei restanti ed entra a comporre la struttura degli altri». Così A. RUGGERI, *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 3, pp. 1-48, spec. p. 12, reperibile [online](#).

<sup>8</sup> Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 20 aprile 2021, [causa C-896/19, Republika](#), EU:C:2021:311, punto 63; Grande Sezione, sentenza del 18 maggio 2021, [cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a.](#), EU:C:2021:393, punto 162, e Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2021, [cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, Euro Box Promotion e a.](#), EU:C:2021:1034, punto 162.

misura in cui la stessa intende porsi come vera e propria *Community based on the rule of law*<sup>9</sup>.

Infatti, per quanto difficilmente contenibile in una definizione unitaria e sintetica<sup>10</sup>, la *rule of law* esprime una serie di esigenze imprescindibili per una «Comunità di diritto»: tra queste, la necessità che il potere non sia esercitato arbitrariamente, ma sia sottoposto a vincoli, e che siano garantiti la certezza del diritto, la separazione dei poteri, l'uguaglianza dinanzi alla legge ed il rispetto dei diritti fondamentali, tutelati attraverso un apparato giudiziario indipendente ed imparziale<sup>11</sup>.

Tali esigenze, tra l'altro, non risultano soltanto strumentali al buon funzionamento dell'Unione *tout court*, ma la loro adeguata garanzia ha riflessi sulla vita di ciascuno, come sottolinea l'attuale Presidente della Corte di Strasburgo, Robert Spano, in un recente scritto, in cui evidenzia come affinché «un soggetto possa realisticamente mantenere e accrescere la propria indipendenza di pensiero o possa organizzare la propria vita secondo i propri desideri e possa essere libero di lottare per la propria felicità, il proprio successo e la propria pace interiore<sup>12</sup>» è indispensabile che la società in cui quel soggetto vive sia retta dalla *rule of law*.

---

<sup>9</sup> Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, [causa 294/83](#), *Partie écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, EU:C:1986:166, punto 23. È con tale nota sentenza che i giudici di Lussemburgo hanno descritto per la prima volta la allora Comunità economica europea come una vera e propria *Community based on the rule of law*, volendo con ciò indicare che né le istituzioni europee né gli Stati membri sono al di sopra della legge, ma risultano sottoposti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato. Quest'ultimo ha, infatti, istituito un sistema completo di rimedi e di procedimenti che attribuisce alla Corte di giustizia il compito di verificare la legittimità degli atti delle istituzioni. La Corte ha messo così, per la prima volta, in connessione la *rule of law* con i tradizionali e correlati principi di legalità, protezione giudiziaria e revisione giudiziale.

<sup>10</sup> Già Carl Schmitt, nei primi anni Trenta del Novecento, sosteneva che: «Stato di diritto può significare cose tanto diverse quanto il termine stesso "diritto" e anche cose tanto diverse quanto lo sono le numerose modalità organizzative implicite nel termine "Stato"». Per approfondimenti sul concetto di Stato di diritto, cfr. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2017; P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 89 ss.; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, 2002; B. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004.

<sup>11</sup> P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2021, pp. 73-92.

<sup>12</sup> Così, R. SPANO, *The Rule of Law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: the Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *European Law Journal*, 2021, pp. 1-17. Si è riportata la traduzione in lingua italiana a cura della dott.ssa Marta Durante, pubblicata per la rivista *Giustizia Insieme* e reperibile [online](#).

Le tanto attese sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio di quest'anno<sup>13</sup>, rese con procedimento accelerato<sup>14</sup> nelle cause C-156/21<sup>15</sup> (*Ungheria c. Parlamento e Consiglio*) e C-157/21<sup>16</sup> (*Polonia c. Parlamento e Consiglio*), costituiscono, forse, il punto più alto dell'opera di salvaguardia di tale costruzione giuridica intrapresa da parte dei giudici europei. Essi, infatti, riuniti nella composizione più solenne<sup>17</sup> e deliberando per la prima volta in assoluto in diretta *streaming*, con due pronunce molto lunghe e dettagliate (circa 360 punti ciascuna), hanno non solo sciolto qualsiasi dubbio sulla legittimità di un meccanismo di condizionalità orizzontale legato al rispetto dello Stato di diritto, ma hanno anche precisato la portata dei valori comuni nel sistema giuridico europeo, definendo marcatamente la vera identità dell'Unione.

Nel confermare la validità di uno degli strumenti più recenti atti a comporre il c.d. *EU Rule of Law Toolbox*<sup>18</sup>, il regolamento UE/Euratom n. 2020/2092<sup>19</sup>, le pronunce

---

<sup>13</sup> Già oggetto di numerosi commenti, tra i quali J. ALBERTI, *Adelante, presto, con iudicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, in *Eurojus*, n. 2/2022, pp. 25-45, reperibile [online](#); ID., *Il regolamento condizionalità è pienamente legittimo e, Ucraina permettendo, certamente attivabile. Prime riflessioni sulle sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-156/21 e C-157/21*, in *BlogDUE*, 17 marzo 2022, pp. 1-7, reperibile [online](#); M. BERGER, *ECJ confirms Validity of the Rule of Law Conditionality Regulation*, in *European Law Blog*, 11 march 2022, reperibile [online](#); P. MORI, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori non interviene*, in *BlogDUE*, 17 febbraio 2022, pp. 1-3, reperibile [online](#); B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *Eurojus*, n. 2/2022, pp. 114-136, reperibile [online](#); E. PAGANO, *Brevi note sulle sentenze relative al regolamento condizionalità*, in *BlogDUE*, 5 aprile 2022, pp.1-10, reperibile [online](#); E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, in *BlogDUE*, 16 marzo 2022, pp. 1-6, reperibile [online](#); V. SACCHETTI, *Once more, with feeling: il finale annunciato del ricorso per l'annullamento del meccanismo di condizionalità relativo alla rule of law (sentenze C-156/21 e C-157/21)*, in *Diritti Comparati*, 3 marzo 2022, reperibile [online](#); S.P. THEUERKAUF, L. PECH, *No More Excuses. The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism*, in *Verfassungsblog*, 16 February 2022, reperibile [online](#).

<sup>14</sup> Accade raramente che la Corte accetti di trattare la causa con procedimento accelerato. Generalmente tale opportunità è accordata soltanto in casi eccezionali, di estrema urgenza, ai quali la Corte sceglie di attribuire la priorità assoluta.

<sup>15</sup> Corte di giustizia, Seduta Plenaria, sentenza del 16 febbraio 2022, [causa C-156/21](#), *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, EU:C:2022:97.

<sup>16</sup> Corte di giustizia, Seduta Plenaria, sentenza del 16 febbraio 2022, [causa C-157/21](#), *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, EU:C:2022:98.

<sup>17</sup> Come si vedrà *infra* al par. 2, la Corte ha deciso, sentito l'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona, di riunirsi in seduta plenaria, conformemente all'art. 16, ultimo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. Come il procedimento accelerato, anche la riunione in seduta plenaria è estremamente rara.

<sup>18</sup> Si allude al complesso di strumenti di cui le istituzioni europee possono servirsi per assicurare la tutela dello Stato di diritto nei paesi membri. Ne fanno parte l'art. 7 TUE, il Nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto introdotto dalla Commissione europea nel 2014, il Dialogo sullo Stato di diritto che si svolge periodicamente in seno al Consiglio, il Meccanismo europeo per lo Stato di diritto che conduce alla redazione di una relazione annuale sul rispetto della *rule of law* in tutti i paesi membri, il Meccanismo di Cooperazione e Verifica istituito per Romania e Bulgaria, l'*EU Justice Scoreboard*, il Semestre europeo. Per approfondimenti, sia consentito rinviare ad A. FESTA, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021, pp. 129-180.

<sup>19</sup> Di cui forniscono una minuziosa analisi, indispensabile per il suo futuro utilizzo. Cfr. [regolamento \(UE, Euratom\) 2020/2092](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

operano, dunque, anche ad un livello più profondo, toccando diversi aspetti nevralgici dell'ordinamento europeo: dal problema del riparto delle competenze tra Stati membri ed Unione a quello della base giuridica, dal tema dei valori fondanti a quello degli strumenti per la loro protezione, dal sistema dei principi che informano i rapporti tra gli Stati membri a quello dei criteri che devono ispirare l'azione europea<sup>20</sup>.

Nel presente contributo, l'esame delle c.d. «sentenze gemelle<sup>21</sup>» sarà condotto proprio in questa prospettiva, nel convincimento che la loro portata superi ampiamente la funzione – pur rilevante – di confermare la legittimità di un atto di diritto derivato<sup>22</sup>.

## **2. Le sentenze «gemelle»: contesto, *decisum* ed effetti del giudicato. Brevi considerazioni sul regolamento UE/Euratom n. 2020/2092.**

Per comprendere al meglio l'essenza delle pronunce in esame, è bene ricordare il contesto da cui le stesse originano.

Le sentenze sono state emesse *ex art.* 263 TFUE sulla base dei ricorsi avanzati da Polonia e Ungheria nel marzo del 2021 ed aventi ad oggetto la richiesta di annullamento del già citato regolamento UE/Euratom n. 2020/2092, adottato il 16 dicembre 2020 a seguito di due anni di intensi negoziati.

L'impugnazione del regolamento ad opera di Polonia e Ungheria non deve stupire. L'accordo aveva, in realtà, incontrato delle significative resistenze da parte dei due ricorrenti già durante l'*iter* di discussione. Tuttavia, trattandosi di un atto da approvare *ex art.* 322 TFUE secondo la procedura legislativa ordinaria (e dunque a maggioranza qualificata in Consiglio), essi non potevano impedirne l'adozione. Giacché, però, il regolamento era stato inserito nel Piano finanziario pluriennale e collegato al *Next Generation EU*, richiedenti il consenso unanime del Consiglio per l'approvazione<sup>23</sup>, la strategia dei due paesi fu quella di paralizzarne l'adozione definitiva, minacciando di opporre il veto a questi due ultimi provvedimenti, così importanti in quel frangente<sup>24</sup>.

Ne derivò un'*impasse* che fu superata solo durante il Consiglio europeo del 10 dicembre 2020, in occasione del quale, su intermediazione della presidenza tedesca di turno, furono adottate delle Conclusioni di compromesso, certamente necessitate

---

<sup>20</sup> Sulla natura costituzionale delle sentenze in commento, cfr. P. POHJANKOSKI, *The Unveiling of EU's Constitutional Identity. Judgments in C-156/21, Hungary v. N. KIRST, Rule of Law Conditionality before the Court – A Judgement of Constitutional Nature, Judgments in C-156/21, Hungary v. Parliament and Council and C-157/21, Poland v. Parliament and Council*, in *Eulawlive*, n. 91, 26 February 2022, pp. 7-11; *Parliament and Council*, *ibidem*, pp. 3-6.

<sup>21</sup> In verità, le sentenze non sono completamente identiche, ma certamente sovrapponibili in diversi punti. Usa l'espressione «gemelle» Perillo nel commento citato in nota 12.

<sup>22</sup> Come si vedrà *infra* al par. 2.

<sup>23</sup> Secondo la procedura dettata dall'art. 312 TFUE.

<sup>24</sup> Cfr. M. COLI, *Il regolamento condizionalità a protezione del bilancio europeo: quale prezzo per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *I Post di Aisdue*, Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 18, 6 giugno 2022, reperibile [online](#).

dall'eccezionalità del momento storico e dalla portata degli interessi in gioco, ma anche molto discutibili sul piano tecnico-giuridico<sup>25</sup>.

Il Consiglio europeo, infatti, a dispetto del divieto di esercizio di funzioni legislative posto dall'art. 15 TUE e in aperto contrasto con l'art. 17 TUE, che prevede l'indipendenza della Commissione, rispetto al cui operato nessuna pressione esterna è ammissibile, aveva fornito a quest'ultima delle vere e proprie istruzioni relative alle concrete modalità operative del meccanismo introdotto con il regolamento.

In particolare, aveva prescritto al «Custode dei Trattati» di utilizzare lo strumento non prima di aver provveduto, in stretta collaborazione con gli Stati membri, alla redazione di apposite linee guida per precisarne i termini di attuazione, dovendo attendere per il compimento di tale operazione le indicazioni desumibili dalle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia su eventuali ricorsi per annullamento opposti al regolamento.

Tali conclusioni, sebbene formalmente non giuridicamente vincolanti, sono state accettate e messe in pratica dalla Commissione con la conseguenza di aver determinato, in violazione degli artt. 288 TFUE<sup>26</sup> e 278 TFUE<sup>27</sup>, un differimento del *dies a quo* di operatività del meccanismo che, entrato in vigore il 1° gennaio 2021, sarebbe dovuto essere pienamente fruibile a partire da quella data<sup>28</sup>.

Le ragioni di *realpolitik* a fondamento dell'attendismo della Commissione<sup>29</sup> si possono comprendere forse alla luce del potenziale impatto del regolamento in questione sui diritti derivanti dalla *membership* nell'Unione europea. Il regolamento, infatti, per quanto approvato in una versione diversa dalla ben più «audace» proposta originaria della

---

<sup>25</sup> E, se si vuole, di dubbia compatibilità proprio con alcuni principi cardine dello Stato di diritto, come quello della legalità e della certezza del diritto. Cfr. Consiglio europeo, *Conclusioni del 10 e 11 dicembre 2020*, Bruxelles, 11 dicembre 2020, EUCO 22/20. Per un commento, A. DIMITROVS, *Rule of law conditionality as interpreted by EU leaders*, in *Eu Law Live*, 13 gennaio 2021; A. ALEMANNI, M. CHAMON, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020; E. CANNIZZARO, *Neither Representation nor Values? Or "Europe's Moment" – Part II*, in *European Papers*, n. 3/2020, pp. 1101-1104, reperibile [online](#); K. L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 13 dicembre 2020, reperibile [online](#); V. ZAGREBELSKY, *Stato di diritto. I soldi contano più dei valori?*, in *La Stampa*, 14 dicembre 2020 pp. 1-2.

<sup>26</sup> La norma, come noto, stabilisce che i regolamenti siano direttamente applicabili.

<sup>27</sup> L'art. prevede che i ricorsi alla Corte di giustizia non abbiano effetto sospensivo.

<sup>28</sup> A tale riguardo, il Parlamento ha adottato il 25 marzo una risoluzione in cui, sottolineando che le conclusioni del Consiglio europeo non possono considerarsi vincolanti per la Commissione ammonisce il «Custode dei Trattati» di garantire l'applicazione del regolamento a partire dalla data concordata dai legislatori, dichiarandosi, altresì, pronto a fare uso dello strumento previsto dall'art. 265 TFUE, in caso di illegittima inattività. A seguito di un'ulteriore risoluzione, rimasta anch'essa disattesa, il Parlamento ha ufficialmente proposto azione in carenza contro la Commissione il 29 ottobre 2021 (causa C-657/21 ancora pendente). Cfr. Parlamento europeo, Risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, il meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto, [2021/2582\(RSP\)](#) e Risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2021 sulla situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea e l'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo alla condizionalità, [2021/2711\(RSP\)](#).

<sup>29</sup> Su cui E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, cit.

Commissione<sup>30</sup>, introduce un nuovo regime settoriale ed orizzontale di condizionalità<sup>31</sup> che consente la sospensione del versamento delle somme previste nel bilancio dell'Unione nei confronti degli Stati membri allorquando gli stessi abbiano commesso violazioni dello Stato di diritto capaci di incidere in maniera negativa sul *budget* europeo<sup>32</sup>.

Lo strumento, introdotto a Trattati invariati<sup>33</sup>, è frutto di un'ampia riflessione sviluppatasi nel dibattito europeo per l'insoddisfazione verso l'operatività degli strumenti esistenti di tutela della *rule of law*<sup>34</sup> e per superare il paradosso che il Prof. Kelemen chiama «equilibrio autoritario», secondo cui, seppur in via indiretta, sarebbe la stessa Unione europea, con i suoi fondi, a foraggiare i regimi illiberali<sup>35</sup>.

Si è così diffusa l'opinione per cui la via finanziaria potesse essere una strada da battere per incentivare il rispetto della *rule of law* nei paesi membri e che si potesse utilizzare il bilancio dell'Unione europea come volano per il raggiungimento di questo

---

<sup>30</sup> Versione che è stata da più parti giudicata «annacquata» rispetto ai propositi originari. Emblematico, in tal senso, è il fatto che già nel titolo del regolamento scompaia del tutto il riferimento al valore dello Stato di diritto, ben presente nella proposta della Commissione. Va segnalato, peraltro, che durante i faticosi negoziati per l'adozione dell'atto, il Parlamento europeo ha sostenuto più volte l'esigenza di ampliare l'ambito di applicazione del regolamento, invocando anche un maggior peso nell'adozione delle misure sanzionatorie, mentre il Consiglio ha sempre spinto per un approccio più restrittivo. La diversità delle posizioni può giustificarsi in virtù delle opposte prospettive delle due istituzioni: da un lato, il Parlamento, mosso dall'obiettivo di proteggere il valore dello Stato di diritto attraverso la protezione del bilancio, dall'altro, il Consiglio, motivato dall'intenzione di proteggere il bilancio attraverso la protezione dello Stato di diritto.

<sup>31</sup> Per condizionalità si intende quello strumento in base al quale si subordina la concessione di benefici o incentivi di natura economica, finanziaria e politica al soddisfacimento di determinati criteri o requisiti da parte degli Stati beneficiari. Cfr. C. PINELLI, Voce *Conditionality*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Heidelberg and Oxford, 2009, p. 1.

<sup>32</sup> Ai sensi dell'art. 4 del regolamento: «Sono adottate opportune misure qualora siano accertate, ai sensi dell'articolo 6, violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro che compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione».

<sup>33</sup> Ammesso che l'ipotesi di modifica del Trattato di Lisbona appare difficilmente percorribile. Cfr. S. MARINAI, *Considerazioni in merito all'introduzione "a Trattati invariati" di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, pp. 69-88.

<sup>34</sup> È ampiamente noto che né l'art. 7 TUE, attivato nel suo primo paragrafo, sia nei confronti della Polonia che nei confronti dell'Ungheria ed ancora pendente, né il meccanismo del Nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto attivato nei confronti della Polonia abbiano prodotto i risultati sperati.

<sup>35</sup> Cfr. R.D. KELEMEN, *The European Union's Authoritarian Equilibrium*, in *Journal of European Public Policy*, 2019, pp. 1-21. Secondo l'autore, a determinare l'equilibrio autoritario sarebbero anche altre caratteristiche dell'Organizzazione come la libera circolazione ed il carattere ancora fortemente intergovernativo di alcuni dei suoi procedimenti decisionali.

fine<sup>36</sup>. D'altro canto, la «condizionalità» non è sconosciuta al sistema europeo<sup>37</sup>, anzi è sempre più impiegata soprattutto nell'azione esterna dell'Unione<sup>38</sup>, oltre che «interna<sup>39</sup>».

L'obiettivo dell'atto è, pertanto, quello di condizionare l'accesso ai fondi europei da parte degli Stati membri al rispetto della *rule of law*, in base all'assunto che principi come l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, la non arbitrarietà e la legalità dell'azione pubblica siano essenziali anche per garantire una gestione finanziaria sana: una giustizia non indipendente non sarebbe, infatti, capace di offrire garanzie rispetto al contrasto di procedure di accaparramento indebito delle risorse e, più in generale, rispetto al corretto utilizzo dei fondi europei<sup>40</sup>.

La proposta di regolamento<sup>41</sup> presentata nel maggio 2018 dalla Commissione guidata dall'allora Presidente Juncker, era particolarmente ambiziosa<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> A. GUAZZAROTTI, *Il contrasto dell'UE alla crisi della Rule of Law in alcuni Stati membri: una valutazione pragmatica*, in *Eurojus*, n. 2/2022, pp. 166-172, reperibile [online](#).

<sup>37</sup> J. ALBERTI, *Così antico, così moderno. Una lettura del "regolamento condizionalità" alla luce del potere di sospensione dei fondi comunitari ex art. 88 del Trattato CECA*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022, pp. 13-36, reperibile [online](#).

<sup>38</sup> È in particolar modo dagli anni Novanta, con la Convenzione di Lomè IV, che l'allora CEE ha cominciato a porre in correlazione le strategie di sostegno e sviluppo ai paesi terzi con il rispetto dei principi fondamentali, facendo largo impiego delle c.d. clausole di condizionalità. Contenute all'interno degli accordi di cooperazione allo sviluppo, di associazione o di tipo commerciale, esse sono dirette a subordinare l'esecuzione degli stessi accordi al rispetto dei diritti fondamentali, dei principi democratici e dello Stato di diritto. Tale forma di condizionalità si lega al processo di europeizzazione o di disseminazione dei valori europei negli Stati non membri. Ad essa si affianca un processo di *horizontal europeanization* sviluppato a livello interno tra i paesi membri e le istituzioni europee. Più in generale sull'azione esterna dell'Unione europea, cfr. M.E. BARTOLONI, S. POLI, *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021.

<sup>39</sup> Si pensi all'uso dello strumento effettuato negli anni della crisi economica del 2008, laddove il sostegno finanziario offerto agli Stati dell'Eurozona che si trovavano in *bail out* è stato sottoposto ad un regime di stretta condizionalità. Cfr. A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022, n. 23, pp. 131-156, reperibile [online](#); E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021.

<sup>40</sup> Sul tema, M. CARTA, *Strumenti finanziari e tutela della rule of law: i recenti sviluppi nell'Unione europea*, in AA.VV., *Temi e Questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 153-170; A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, pp. 395-410; M. FISICARO, *Rule of law Conditionality in EU Funds: the Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, 2019, pp. 695-722, reperibile [online](#); M. J. RANGEL DE MESQUITA, *European Union values, Rule of Law and the Multiannual Financial Framework 2021-2027*, in *ERA Forum*, 2018; J. SELIH, I. BOND, C. DOLAN, *Can EU Funds promote the Rule of Law in Europe?* in *Centre for European Reform*, 2017.

<sup>41</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, [COM/2018/324 final](#) del 2 maggio 2018.

<sup>42</sup> Sulla proposta di regolamento, cfr. F. CASOLARI, *Novembre. Lo Stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020*, Milano, 2021, pp. 302-314; N. KIRST, *Rule of Law Conditionality: The Long awaited Step towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European Papers*, 2021, pp. 101-110; V. SACHETTI, *Il nuovo meccanismo di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, pp. 431-438.; M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020, p. 40 ss.; P. MORI, *Gli strumenti di tutela del rispetto dello Stato di diritto: verso una condizionalità politico-finanziaria*, in

Il meccanismo sarebbe stato, infatti, attivabile in caso di una «carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto<sup>43</sup>», capace di determinare anche solo potenzialmente un *vulnus* nella gestione finanziaria o nella protezione degli interessi finanziari dell'Unione.

Nella versione definitiva del testo, il riferimento alle «carenze generalizzate» è, invece, stato soppresso e sostituito con l'espressione – probabilmente meno ambigua dal punto di vista giuridico, ma certamente più circoscritta – di «violazioni dei principi dello Stato di diritto», supportata da una lista non esaustiva di fattori che possono esserne indice<sup>44</sup>.

Se nelle intenzioni originarie, poi, anche un *link* potenziale con la necessità di tutelare il bilancio europeo poteva far scattare l'attivazione dello strumento, tale profilo è solo parzialmente rimasto nel testo definitivo dell'atto, aggiungendovisi la necessità, da parte della Commissione, di provare in modo «sufficientemente diretto» la compromissione potenziale della sana gestione finanziaria del bilancio o della tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Quanto alla procedura per l'adozione delle misure correttive, anch'essa risulta ridimensionata rispetto alla proposta iniziale, nella quale la Commissione, prese in considerazione tutte le informazioni rilevanti, avrebbe potuto inviare una notificazione scritta allo Stato in questione e, nel rispetto del principio del contraddittorio, inoltrare una proposta appropriata al Consiglio relativa alla misura da adottare. Tale misura si sarebbe considerata approvata in caso di mancato rigetto da parte del Consiglio a maggioranza qualificata entro un mese, secondo un meccanismo di c.d. maggioranza qualificata inversa o rovesciata.

Nel compromesso raggiunto dai co-legislatori, il criterio della maggioranza invertita che, per quanto inusuale nella prassi, avrebbe potuto velocizzare la procedura affidandola nella sostanza nelle mani della Commissione, è stato sostituito con quello della maggioranza qualificata in seno al Consiglio, che restituisce un ruolo primario nell'adozione delle misure all'istituzione intergovernativa.

---

AA.VV., *Temi e Questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 187-198.

<sup>43</sup> Tra gli esempi di carenze generalizzate della *rule of law* capaci di incidere sugli interessi finanziari dell'Unione offerti dall'art. 3 della proposta vi erano, ad esempio: il cattivo funzionamento delle autorità nazionali chiamate ad eseguire il bilancio dell'Unione, delle autorità responsabili per le indagini e per l'esercizio dell'azione penale in materia di repressione delle frodi a danno del bilancio dell'Unione, nonché l'assenza di un controllo giurisdizionale effettivo sull'attività svolta da tali autorità.

<sup>44</sup> Sono indicativi di violazioni dei principi dello Stato di diritto *ex art. 3* del regolamento: a) le minacce all'indipendenza della magistratura; b) l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; c) la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto. Nell'art. 4 del regolamento sono indicati anche una serie di aspetti che concretamente determinano la violazione dello Stato di diritto, quali il non corretto funzionamento delle autorità preposte alla riscossione o all'erogazione dei fondi europei, ovvero il mancato perseguimento dei fenomeni di frode o di corruzione.

Rispetto, poi, alle misure in concreto applicabili in caso di accertamento di una violazione dei principi dello Stato di diritto che comprometta o rischi di compromettere la sana gestione finanziaria in maniera sufficientemente diretta, la versione definitiva del regolamento mantiene il riferimento alla riduzione o sospensione dell'erogazione di fondi di varia natura, al rimborso anticipato dei prestiti, alla risoluzione degli accordi di finanziamento ed al divieto della conclusione di nuovi accordi garantiti dal bilancio dell'Unione.

Tali misure devono essere proporzionate alla violazione occorsa, in considerazione di una serie di fattori, tra i quali gli effetti sugli interessi finanziari dell'UE, nonché la durata e la ricorrenza della condotta, ma resta fermo l'obbligo per gli Stati membri di implementare i programmi e perfezionare i pagamenti verso i destinatari o beneficiari finali<sup>45</sup>. Il meccanismo, infatti, non deve colpire gli individui, essendo concepito come strumento atto ad esercitare una pressione sui governi nazionali, per indurli ad utilizzare i fondi europei in maniera rispettosa dei principi dello Stato di diritto<sup>46</sup>.

Le sentenze in commento si inseriscono, dunque, in questo scenario, confermando la validità e legittimità del regolamento in questione, che viene giudicato solido dal punto di vista della sua base giuridica, compatibile con la procedura dell'art. 7 TUE e coerente con le competenze dell'Unione nel suo complesso. L'effetto immediato è quello di rimuovere buona parte degli «ostacoli» alla sua concreta applicabilità, previsti in occasione del Consiglio europeo del dicembre 2020.

## **2.1. Il problema delle competenze e della base giuridica.**

Come si diceva, le sentenze in esame si ritengono, però, di estremo rilievo, non solo perché eliminano i maggiori limiti posti all'applicazione del regolamento – che a seguito della redazione delle linee guida da parte della Commissione è pienamente attivabile dal 2 marzo 2022<sup>47</sup> – ma colpiscono soprattutto per il ragionamento logico-giuridico portato avanti dalla Corte.

---

<sup>45</sup> Cfr. E. CASTORINA, *Stato di diritto e “condizionalità economica”: quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 29, pp. 43-60, reperibile [online](#), il quale ritiene che la legalità europea non dovrebbe consentire che possano subire limitazioni i diritti degli Stati membri derivanti dalla partecipazione all'Unione, subordinando l'erogazione delle misure economiche al rispetto dello Stato di diritto, la cui violazione non sia accertata ex art. 7 TUE.

<sup>46</sup> In caso contrario, la Commissione potrà intervenire attivando il meccanismo di infrazione ex art. 258 TFUE.

<sup>47</sup> Le Linee guida sono state pubblicate dalla Commissione il 2 marzo 2022, a sole due settimane dall'adozione delle sentenze, con una straordinaria celerità dettata evidentemente anche dalla pressione politica esercitata dal Parlamento europeo mediante le due risoluzioni già menzionate e, soprattutto, il ricorso in carenza. Sulle linee guida, cfr. V. SACHETTI, *Once more, with feeling: il finale annunciato del ricorso per l'annullamento del meccanismo di condizionalità relativo alla rule of law (sentenze C-156/21 e C-157/21)*, in *Diritti comparati*, 3 marzo 2022, reperibile [online](#).

Quest'ultima, infatti, per rigettare i ricorsi dei due Stati membri – intervenuti a sostegno l'uno dell'altro contro Parlamento europeo e Consiglio, supportati a loro volta dalla Commissione e da ben dieci paesi<sup>48</sup> – ha dovuto affrontare, uno ad uno, tutti gli argomenti svolti dalle parti. In questa sede, non ci si vuole soffermare nel dettaglio su ognuno dei motivi di contestazione, ma si intende piuttosto – come anticipato *supra* al par. 1 – dar conto di alcune delle «macroquestioni» sollevate, che sembrano offrire alla Corte l'occasione per pronunciarsi su taluni degli aspetti «costituzionali» dell'ordinamento dell'integrazione: primo tra tutti, il tema delle competenze<sup>49</sup>.

Come noto, l'Unione non è un ente a competenze generali, ma un'Organizzazione «sovranazionale» a favore della quale gli Stati hanno ceduto l'esercizio di poteri sovrani in particolari materie per il perseguimento di un complesso di obiettivi fissati nei Trattati. L'Organizzazione, dunque, per definizione, non può oltrepassare il limite delle competenze che le sono state «attribuite» dagli Stati membri nei Trattati<sup>50</sup>, a meno di violare quel principio fondamentale, posto all'art. 5, par. 2, TUE<sup>51</sup>, che è per l'appunto il principio di attribuzione<sup>52</sup>.

Ne consegue il carattere «derivato» dei poteri dell'Unione che, se da un lato conferma la natura non statale dell'ente, impone, dall'altro, quale corollario, che l'esercizio delle prerogative europee debba essere sempre giustificato giuridicamente sulla base di una norma del Trattato che ne costituisce il fondamento. Ed è la norma prescelta quale base giuridica sostanziale per l'azione a determinare l'ampiezza dei poteri dell'Unione, la procedura da seguire per l'adozione dell'atto, la misura dell'intervento di

---

<sup>48</sup> Si tratta di Regno del Belgio, Regno di Danimarca, Repubblica federale di Germania, Irlanda, Regno di Spagna, Repubblica francese, Granducato di Lussemburgo, Regno dei Paesi Bassi, Repubblica di Finlandia e Regno di Svezia. Sull'assenza dell'Italia si vedano le prime considerazioni di P. MORI, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori non interviene*, in *BlogDUE*, 17 febbraio 2022, pp. 2-3, reperibile [online](#).

<sup>49</sup> Sul tema delle competenze tra sovranità europea e sovranità nazionali, cfr. A. DI STASI, *The Enlargement of Competences of the European Union between State Sovereignty and the so-called European "Sovereignty": Focus on the Limits of Applicability of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, n. 45/2022, pp. 131-154.

<sup>50</sup> Con un atto di volontà che rimane esterno rispetto all'ordinamento dell'Unione, costituendo a sua volta il fatto creativo dell'ordinamento europeo. Così E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2020, p. 270.

<sup>51</sup> Come ampiamente noto, ai sensi dell'art. 5, par. 1 e 2, TUE: «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

<sup>52</sup> Ribadito in più norme del Trattato. Si pensi all'art. 13, par. 2, TUE, all'art. 3, par. 6, TUE all'art. 4, par. 1 TUE, all'art. 7 TFUE. Cfr. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2020, pp. 269-273; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2018, pp. 43-45; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, pp. 75-81.

ognuno dei principali attori istituzionali coinvolti e, se del caso, il tipo di atto che potrà adottarsi<sup>53</sup>.

Si comprende, quindi, quanto sia rilevante la scelta della base giuridica, dipendendo da quest'ultima la forma di integrazione dei poteri delle varie istituzioni nell'esercizio delle funzioni normative e, più nello specifico, la procedura di formazione del consenso (secondo la regola dell'unanimità o della maggioranza, qualificata o semplice) ed il coinvolgimento più o meno incisivo del Parlamento europeo (a seconda che sia prevista la procedura ordinaria o quella speciale). Non a caso è stato affermato che la scelta della base giuridica, che deve essere desumibile con chiarezza dall'atto per il principio di certezza del diritto, assume un vero e proprio «significato costituzionale<sup>54</sup>».

Ebbene, tra gli undici motivi di ricorso della Repubblica di Polonia ed i nove proposti dall'Ungheria viene prospettata, seppure in termini non perfettamente identici, la questione relativa alla (in)competenza dell'Unione europea ad adottare il regolamento *de quo*, cui viene associata anche quella dell'assenza di una base giuridica adeguata.

Per i ricorrenti, infatti, la natura e la portata delle competenze attribuite all'Unione dai Trattati non consentirebbero di istituire un meccanismo, come quello previsto dal regolamento impugnato, che conferisce alle istituzioni dell'Unione il controllo del rispetto da parte degli Stati membri dei principi dello Stato di diritto e che subordina al rispetto di tali principi il versamento dei fondi provenienti dal bilancio dell'Unione.

Ciò principalmente perché gli elementi sulla base dei quali occorrerebbe valutare se gli Stati membri abbiano violato i principi dello Stato di diritto riguarderebbero settori

---

<sup>53</sup> Può, infatti, anche accadere che la disposizione applicabile non rechi indicazioni sul tipo di atto da adottare. In queste ipotesi, evidentemente, sono le istituzioni a scegliere quale atto adottare, non senza essere tenute a rispettare alcuni vincoli. L'art. 296, comma 1, TFUE prevede infatti che «qualora i Trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità». Le istituzioni devono, quindi, rispettare la procedura prevista dalla disposizione in questione e devono attenersi al principio di proporzionalità che impone, nella scelta dell'atto, di preferire l'atto meno intrusivo possibile (e quindi una direttiva piuttosto che regolamento o una raccomandazione rispetto ad un atto giuridicamente obbligatorio).

<sup>54</sup> Corte di giustizia, [parere 2/00](#) del 6 dicembre 2001, EU:C:2001:664. Come chiarito dalla Corte di giustizia anche in altre occasioni, la base giuridica deve fondarsi su elementi oggettivi, verificabili in via giudiziaria, come il contenuto e lo scopo dell'atto. Laddove più disposizioni dei Trattati si prestino a costituire la base giuridica dell'atto, come accade quando l'atto persegue scopi diversi, va verificato se uno scopo o un elemento dell'atto rivesta una posizione principale rispetto ad altri elementi accessori. Va allora privilegiata in via esclusiva la base giuridica corrispondente a quella principale e seguire il procedimento e le regole di votazione prescritti da tale unica disposizione del Trattato. Ove non sia possibile individuare una componente principale, perché l'atto si fonda su due o più materie contemplate dai Trattati, occorre che l'atto si fondi in principio su tutte le disposizioni rilevanti e abbia i requisiti da esse prescritti. Non sempre, però, questa applicazione cumulativa è possibile. Può accadere che le disposizioni in questione contemplino procedimenti di adozione dell'atto differenti e uno, ad esempio, preveda la consultazione obbligatoria del Parlamento europeo e l'altro la procedura ordinaria di codecisione. A tale riguardo, la Corte di giustizia ha affermato che occorrerà preferire la base giuridica che contempla il procedimento che garantisce in misura maggiore le prerogative del Parlamento europeo e quindi, nell'esempio fatto, la base giuridica in virtù della quale il Parlamento partecipa alla codecisione. Ciò anche come riflesso del principio fondamentale di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa.

di competenza esclusiva degli Stati membri, fondamentali per l'esercizio delle loro funzioni essenziali<sup>55</sup>.

Inoltre, l'art. 322 TFUE, prescelto quale base giuridica dell'atto, non costituirebbe un fondamento adeguato<sup>56</sup>. Se un meccanismo di condizionalità, che subordina il beneficio di finanziamenti provenienti dal bilancio dell'Unione al rispetto di talune condizioni, potrebbe rientrare nella nozione di «regole finanziarie» ai sensi di detta norma, per i ricorrenti, tali condizioni dovrebbero comunque essere strettamente connesse ad uno degli obiettivi di un programma o di un'azione specifica dell'Unione, oppure alla sana gestione finanziaria del suo bilancio, non potendo essere connesse al valore dello Stato di diritto contenuto nell'art. 2 TUE.

L'obiettivo perseguito dall'imposizione di un simile obbligo diverrebbe, secondo i due paesi, non già di garantire la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, bensì di sanzionare uno Stato membro in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto, il che sarebbe incompatibile con la base giuridica adottata.

Per rispondere ai motivi di contestazione, la Corte ricostruisce, anzitutto, il collegamento – già piuttosto chiaro nei considerando del regolamento – tra il valore dello Stato di diritto, la sana gestione finanziaria ed il bilancio dell'Unione.

In particolare, la Corte osserva che quando gli Stati membri eseguono il bilancio dell'Unione, il rispetto dello Stato di diritto si configura quale presupposto essenziale per una sana gestione finanziaria<sup>57</sup>. Infatti, soltanto se le autorità pubbliche nazionali agiscono in conformità della legge, se le violazioni del diritto sono effettivamente perseguite e se le decisioni arbitrarie o illegittime possono essere soggette ad un effettivo controllo giurisdizionale, gli Stati membri possono garantire una sana gestione finanziaria. L'indipendenza e l'imparzialità della magistratura nonché dei servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale costituiscono, in questo senso, una garanzia minima avverso decisioni illegittime e arbitrarie che possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione. Laddove tali garanzie minime non dovessero essere assicurate, infatti, ne risulterebbe inevitabilmente compromessa la necessità che le spese coperte dal

---

<sup>55</sup> Il regolamento impugnato, a detta dei ricorrenti, consentirebbe, quindi, alle istituzioni dell'Unione di procedere ad un esame delle situazioni e delle istituzioni nazionali che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

<sup>56</sup> Il ricorso polacco avanza, in realtà, in subordine, anche la tesi dell'inadeguatezza della base giuridica prescelta, ritenendo più appropriati gli artt. 311, comma 3, TFUE e 312, par. 2, TFUE, che prevedono procedure legislative speciali. La Corte precisa, tuttavia, in merito che il regolamento non istituisce una nuova categoria di risorse proprie dell'Unione, ma si riferisce all'esecuzione del bilancio e non ha lo scopo di pianificare le spese dell'Unione su un determinato periodo, ma vuole porsi quale meccanismo permanente di condizionalità che si applica al di là dei limiti di un determinato quadro finanziario pluriennale.

<sup>57</sup> Si considerino a tale riguardo anche i casi *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* ed *Euro Box Promotion*, riguardanti la Romania, in cui è emerso che aspetti legati alle riforme del settore giudiziario possono incidere sul settore della lotta alla corruzione.

bilancio dell'Unione soddisfino tutte le condizioni di finanziamento previste dal diritto europeo.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte sottolinea, dunque, come legare il rispetto dei principi dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria sia perfettamente compatibile con la base giuridica adottata.

Rispetto al profilo delle competenze, i giudici di Lussemburgo non escludono che l'esame che può essere condotto dalle istituzioni dell'Unione ai sensi del detto regolamento possa riguardare situazioni o condotte imputabili ad un'autorità nell'esercizio di funzioni che interessano materie di competenza nazionale, tuttavia, quanto tali condotte hanno un'incidenza sugli interessi dell'Unione non può essere preclusa l'azione europea.

A tal proposito, è un principio consolidato che gli Stati membri siano liberi di esercitare le loro competenze in tutti i settori loro riservati, ma essi sono anche tenuti ad esercitarle nel rispetto del diritto dell'Unione, atteso che non possono sottrarsi agli obblighi per essi derivanti da tale diritto<sup>58</sup>. Con ciò, l'Unione non pretende affatto di esercitare tali competenze né, tantomeno, di arrogarsele<sup>59</sup>, ma agisce nell'esercizio delle sue prerogative nella misura in cui interviene per prevenire pregiudizi al suo bilancio, salvaguardando un'esigenza costante ed orizzontale della normativa finanziaria europea.

A ben vedere, infatti, l'esame che le istituzioni europee possono condurre è limitato esclusivamente alle situazioni rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari. In altre parole, soltanto qualora una situazione o una condotta nazionale compromettano o rischino seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del suo bilancio o la tutela dei suoi interessi finanziari, l'Unione può agire, adottando opportune misure. Misure che, nella loro tipologia e nella loro portata, si ricollegano tutte ad un pregiudizio o a un rischio serio di pregiudizio per la sana gestione finanziaria o per la tutela degli interessi finanziari.

La Corte, dunque, nell'esaminare la questione, sembra rispondere applicando il principio di attribuzione. Non che non siano mancate occasioni in cui i giudici europei abbiano, mediante un'interpretazione estensiva, allargato in qualche modo i confini dei poteri dell'Unione. Si pensi, ad esempio, all'orientamento che, inaugurato a partire dal

---

<sup>58</sup> Cfr. in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 27 novembre 2012, [causa C-370/12, Pringle](#), EU:C:2012:756, punto 69 e giurisprudenza ivi citata; sentenza del 19 settembre 2017, [causa C-552/15, Commissione c. Irlanda \(Tassa di immatricolazione\)](#), EU:C:2017:698, punti 71 e 86; sentenza del 20 aprile 2021, [causa C-896/19, Repubblica](#), EU:C:2021:311, punto 48 e giurisprudenza ivi citata, e sentenza del 15 luglio 2021, [causa C-791/19, Commissione c. Polonia \(Regime disciplinare dei giudici\)](#), EU:C:2021:596, punto 56 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>59</sup> Cfr., in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, [causa C-619/18, Commissione c. Polonia \(Indipendenza della Corte suprema\)](#), EU:C:2019:531, punto 52.

celebre caso *AETS*<sup>60</sup>, postula che l'Unione non possieda soltanto i poteri espressamente trasferiti dagli Stati membri, ma comprenda implicitamente anche i poteri di azione necessari per l'esercizio di quelli espressi<sup>61</sup>.

Ma in questo frangente, sembra che la Corte abbia volutamente evitato di seguire quest'approccio, restando invece fermamente ancorata al principio postulato all'art. 5, par. 2, TUE<sup>62</sup>. Ciò è testimoniato dal ricorso – in riferimento al campo di applicabilità del regolamento – all'avverbio *only* nella versione in inglese delle sentenze un numero ragguardevole di volte: 76 volte nella sentenza ungherese e 73 in quella polacca, proprio a voler delimitare in termini restrittivi i confini di azione dell'Unione.

Il messaggio sottotraccia riguarda in qualche modo anche la natura giuridica dell'Unione europea che, non essendo una sorta di super Stato o uno Stato federale<sup>63</sup>, non può tutelare lo Stato di diritto indipendentemente dal principio di attribuzione delle competenze. Come più volte sottolineato nel corpo delle sentenze, infatti, l'Unione deve essere in grado di difendere i suoi valori, *nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati* (enfasi aggiunta). E la mancanza di un potere generale di difesa dei valori fondanti potrebbe sembrare anche paradossale, ma fa parte della specificità dell'ordinamento europeo.

## **2.2. La portata dei valori fondanti e la loro concretizzazione in «principi» e «regole» di diritto europeo.**

Un ulteriore argomento portato avanti dai ricorrenti e relativo ad un tema parimenti centrale per l'ordinamento europeo è quello che ruota attorno al concetto di Stato di diritto, in più parti dei ricorsi ritenuto vago o indefinibile. A tale riguardo, i due Stati membri sottolineano che nemmeno i Trattati ne precisano il contenuto, non conferendo neppure una competenza espressa al legislatore dell'Unione per definirne la portata in atti di diritto derivato.

Con il regolamento *de quo*, il legislatore europeo avrebbe, invece, conferito alla Commissione e al Consiglio il potere di precisare, al momento dell'applicazione del regolamento, i requisiti connessi al rispetto dello Stato di diritto, con un potere che, essendo esercitato *ex post*, mediante la valutazione di una situazione esistente in uno Stato membro, consentirebbe loro di adeguare detti requisiti alla violazione contestata allo Stato membro interessato e di applicarli con effetto retroattivo alla situazione esaminata.

---

<sup>60</sup> Corte di giustizia, sentenza del 31 marzo 1971, [causa 22/70](#), *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*, EU:C:1971:32.

<sup>61</sup> Per la nota teoria dei poteri impliciti.

<sup>62</sup> Si potrebbe, dunque, ritenere che proprio la modifica dell'impianto del regolamento in termini più connessi alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione abbia contribuito a fare in modo che il meccanismo fosse compatibile con i Trattati.

<sup>63</sup> Secondo l'espressione di U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 76.

L'asserita vaghezza del valore fondante e la contestazione relativa alla possibilità di fornirne una definizione a mezzo del diritto derivato inducono la Corte a pronunciarsi – con un tono che a questo punto si fa più solenne e, verrebbe da dire, «costituzionale» – su tutti i valori comuni e sulla loro portata. Ed è interessante notare come, a questo proposito, la Corte proponga, in controtendenza rispetto alla sua stessa giurisprudenza<sup>64</sup>, una lettura piuttosto inedita dell'art. 2 TUE.

Se, infatti, l'ambiguità legata alla divisione della norma in due periodi è stata tradizionalmente risolta ammettendo che quelli citati nell'articolo siano tutti parte integrante dell'identità europea, ma che solo ai valori enunciati nel primo periodo sia riconoscibile efficacia vincolante, tratteggiando i secondi le «caratteristiche valutative» del modello di società europea<sup>65</sup>, nella prospettiva che viene offerta dalla Corte, non solo quelli del paragrafo 1 (vale a dire dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto e diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti alle minoranze), ma tutti quelli menzionati nell'art. 2 TUE vengono intesi come valori<sup>66</sup>.

Anzi, la Corte sottolinea come quelli enunciati nella norma siano tutti elementi inseparabili, interconnessi, interdipendenti e vadano, per ciò stesso, considerati nella loro unitarietà. Sebbene, infatti, l'art. 2 TUE menzioni separatamente lo Stato di diritto ed il principio di non discriminazione – si legge in un passaggio delle sentenze – «occorre constatare che uno Stato membro la cui società sia caratterizzata dalla discriminazione non si può ritenere garantisca il rispetto dello Stato di diritto<sup>67</sup>».

Se i valori vanno letti congiuntamente, allora, si dovrebbe ritenere che anche la democrazia e la libertà vadano tenute insieme, ammettendo che solo in una democrazia liberale, in cui vige la separazione dei poteri ed in cui il potere giudiziario è realmente indipendente e imparziale e capace di garantire il rispetto dei diritti delle minoranze è assicurato lo Stato di diritto.

Tale lettura, che assumerebbe in questi termini un chiaro significato politico, non è scevra nemmeno di conseguenze giuridiche, perché finisce con l'ampliare le condizioni di attivabilità dell'art. 7 TUE che, come si vedrà di qui a poco, costituisce l'unico rimedio di diritto primario volto a far fronte ai rischi di violazione o alle violazioni gravi e persistenti dei valori dell'art. 2 TUE commesse dagli Stati membri anche in ambiti slegati dalla competenza europea.

---

<sup>64</sup> Anche per la stessa Corte. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 21 luglio 2021, [causa C-848/19 P](#), *Germania c. Polonia*, EU:C:2021:598 in cui la CGUE si era riferita alla solidarietà non già come ad un valore, quanto piuttosto come una caratteristica di una società fondata sui valori comuni agli Stati membri.

<sup>65</sup> Cfr. L. FUMAGALLI, *Art. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 14; *Contra* J. WOUTERS, *Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?*, in *European Papers*, vol. 5, n. 1/2020, pp. 255-277, reperibile [online](#).

<sup>66</sup> N. COGLAN, *One fattened, six starved? The Article 2 TEU values after the rule of law conditionality judgments*, in *European Law Blog*, 15 march 2022, reperibile [online](#).

<sup>67</sup> Punto 324 della sentenza polacca e punto 229 della sentenza ungherese.

Ulteriore messaggio fornito dalla Corte è che tali valori non costituiscono una «mera enunciazione di orientamenti» ma, conformemente all'art. 49 TUE, costituiscono una condizione preliminare per l'adesione all'Unione<sup>68</sup> che va, altresì, garantita durante tutta la permanenza del vincolo associativo. Come riconosciuto già nel noto caso *Repubblika*<sup>69</sup>, infatti, il rispetto dei valori non ammette «regressioni» e non può essere ridotto ad un obbligo cui uno Stato è tenuto al fine di aderire all'Unione ed al quale potrebbe sottrarsi subito dopo.

Al contrario, ricordando quanto già affermato nel noto parere 2/13 del 18 dicembre 2014 sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU<sup>70</sup>, quando uno Stato fa ingresso nell'Unione, «aderisce ad una costruzione giuridica che poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, i valori comuni contenuti nell'art. 2 TUE, sui quali l'Unione si fonda. Tale premessa fa parte delle caratteristiche specifiche ed essenziali del diritto dell'Unione, attinenti alla sua stessa natura, che risultano dall'autonomia di cui gode detto diritto nei confronti dei diritti degli Stati membri nonché del diritto internazionale. Essa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, pertanto, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua<sup>71</sup>». Lo Stato di diritto, dunque, costituisce il nucleo assiologico fondante dell'integrazione ed il suo rispetto integra un'obbligazione che gli Stati membri sono tenuti a rispettare in maniera continuativa.

A questo punto della trattazione, la Corte si sofferma sul contenuto dello Stato di diritto, offrendo, tra le righe, una possibile risposta all'annosa questione relativa al c.d. «valore dei valori» ed alla loro giustiziabilità. Il dubbio era sorto soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, come noto, ha trasformato i «principi» del precedente art. 6 TUE nei «valori» dell'attuale art. 2, con un intervento che ha spinto l'interprete ad interrogarsi sugli effetti giuridici di tale variazione lessicale<sup>72</sup>. Ci si è chiesti, in buona sostanza, se la mutata natura in «valore» dello Stato di diritto abbia portato con sé anche delle conseguenze pratiche, soprattutto laddove generalmente i

---

<sup>68</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2021, *Euro Box Promotion e a.*, cit.

<sup>69</sup> Corte di giustizia, sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblika*, cit., su cui M.E. BARTOLONI, *Limiti ratione temporis all'applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva: riflessioni in margine alla sentenza Repubblica c. Il-Prim Ministru*, in *Osservatorio europeo - Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, pp. 1-14, reperibile [online](#). Si permetta di rinviare anche ad A. FESTA, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblica alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, n. 3, pp. 72-94, reperibile [online](#).

<sup>70</sup> Corte di giustizia, Seduta plenaria, [parere 2/13](#) del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454.

<sup>71</sup> Punto 143 della sentenza polacca e punto 125 della sentenza ungherese.

<sup>72</sup> Per Von Bogdandy, quelli dell'art. 2 TUE devono comunque essere intesi come principi fondamentali, atteso il loro carattere pervasivo e la loro capacità di produrre effetti giuridici ai sensi degli artt. 3, comma 1, 7 e 49 TUE. Cfr. A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, pp. 46-51.

valori richiamano delle convinzioni etiche che non sfociano necessariamente in norme prescrittive, mentre il contenuto e la valenza giuridica dei principi sono indiscussi<sup>73</sup>.

La questione si è posta anche nella misura in cui in altre disposizioni dello stesso Trattato allo Stato di diritto non sempre corrisponde l'appellativo di «valore». Si pensi all'art. 21 TUE, in cui torna ad essere qualificato come principio, quando si tratta di descrivere il fondamento dell'azione dell'Unione sulla scena internazionale<sup>74</sup>. O ancora, al Preambolo del Trattato, in cui accanto al riconoscimento delle «eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto», gli Stati confermano «il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto». Peraltro, anche il preambolo della Carta dei diritti fondamentali si riferisce allo Stato di diritto in termini di «principio<sup>75</sup>».

Se già la presenza dell'art. 7 TUE sembra dimostrare che l'art. 2 TUE possieda carattere vincolante, i giudici di Lussemburgo in questa occasione ribadiscono la portata obbligatoria della norma, precisando che il valore dello Stato di diritto può acquisire ulteriore «concretizzazione» in principi e regole di diritto europeo<sup>76</sup>, che possono comportare, a loro volta, obblighi giuridicamente vincolanti a carico degli Stati membri.

---

<sup>73</sup> M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, cit., p. 23. Cfr. sull'art. 2, L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 19, pp. IV-XXVI, reperibile [online](#); E. LEVITS, *L'Union européenne en tant que communauté des valeurs partagées – les conséquences juridiques des articles 2 et 7 du traité sur l'Union européenne pour les États membres*, 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, pp. 509-522.

<sup>74</sup> Ai sensi dell'art. 21, par. 1, TUE: «L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale. L'Unione si adopera per sviluppare relazioni e istituire partenariati con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali, regionali o mondiali, che condividono i principi di cui al primo comma. Essa promuove soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite».

<sup>75</sup> Dal punto di vista terminologico, va altresì rimarcato che nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE è presente una distinzione tra «valori indivisibili e universali» e «principi». Nel Preambolo, infatti si legge: «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto». Sul preambolo alla Carta, F. PAPPALARDO, *Preambolo*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 3 ss. Come è noto, tuttavia, la Carta dei diritti fondamentali era stata proclamata a Nizza nel 2000 ed è il Trattato di Lisbona del 2007, entrato in vigore nel 2009, ad elevare a valori la libertà, la democrazia, il rispetto per i diritti umani e le libertà fondamentali e lo Stato di diritto.

<sup>76</sup> D'altro canto, accade spesso che concetti fondamentali non vengano definiti dai Trattati dell'Unione (si pensi, ad esempio, al concetto di «dazi doganali» o alla nozione di «lavoratore dell'Unione»). Gli estensori dei Trattati hanno evidentemente preferito lasciare alle istituzioni europee, prima tra tutte la Corte di giustizia, il compito di sviluppare ed interpretare tali concetti chiave.

D'altro canto, a partire dal noto caso dei c.d. giudici portoghesi, la Corte aveva individuato nell'art. 19 TUE, letto anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, la disposizione del Trattato che «incarna» il valore dello Stato di diritto, declinando come vera e propria prescrizione giuridica uno dei suoi elementi qualificanti: l'indipendenza degli organi giurisdizionali<sup>77</sup>.

E dunque, nel solco della linea già tracciata nella sua giurisprudenza, la Corte, riecheggiando tesi di stampo dworkiniano, afferma che la nozione di «Stato di diritto» di cui all'art. 2, lett. *a*, del regolamento va intesa come il valore contenuto nell'art. 2 TUE, il quale trova concreta espressione in una serie di principi – contemplati nello stesso regolamento<sup>78</sup> – che fanno parte della definizione stessa di tale valore o sono intimamente collegati ad una società rispettosa dello Stato di diritto e che costituiscono obblighi di risultato per gli Stati membri.

I principi dello Stato di diritto che trovano la loro fonte in valori comuni, possono, quindi, essere riconosciuti e precisati nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia per il tramite della Corte di giustizia – che nella sua elaborazione può attingere anche dai sistemi nazionali, dal momento che si tratta di valori, per l'appunto, «comuni», riconosciuti e applicati anche dagli Stati membri nei propri ordinamenti giuridici – sia per il tramite di atti di diritto derivato.

Infatti, come precisato in un successivo passaggio delle sentenze, quando il legislatore europeo dispone di una base giuridica appropriata, è legittimato ad istituire altre procedure riguardanti i valori contenuti nell'art. 2 TUE, sempreché – come si vedrà *infra* al par. 2.3. – tali procedure si distinguano sia per il loro scopo sia per il loro oggetto dalla procedura prevista all'art. 7 TUE.

In altre parole – e si potrebbe cogliere tra le righe anche un invito alle istituzioni ad impiegare ulteriormente tale opportunità – in tutti i settori in cui il legislatore dell'Unione

---

<sup>77</sup> Come noto, infatti, tale norma va interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti che garantisca ai singoli il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Un obbligo di risultato, questo, chiaro, preciso e incondizionato e, dunque, dotato di effetto diretto, sicché un giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione del diritto nazionale con esso contrastante, se del caso, dopo aver ottenuto dalla Corte un'interpretazione legata al caso concreto nell'ambito di un procedimento di rinvio pregiudiziale. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2018, [causa C-64/16](#), *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, EU:C:2018:117; Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, [causa C-824/18](#), EU:C:2021:153, punti 8, 109 e 112 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>78</sup> Il riferimento è ai principi di legalità, della certezza del diritto, del divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, della tutela giurisdizionale effettiva e della separazione dei poteri, oltre che dei principi di uguaglianza davanti alla legge e di non discriminazione. La Corte così riconduce espressamente tali principi allo Stato di diritto, come aveva già effettuato la Commissione nel c.d. «Nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto» del 2014 e nelle successive Relazioni sullo Stato di diritto del 2020 e del 2021, attingendo, peraltro, dagli standard internazionali del Consiglio d'Europa elaborati nel *Rule of law Report* e nella *Rule of law checklist* della Commissione di Venezia. Cfr. Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, *Report on the Rule of Law*, adottato in occasione della 86esima Sessione plenaria, tenutasi a Venezia il 25 e 26 marzo 2011, CDL-AD(2011)003 e Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, *Rule of law checklist*, adottata dalla Commissione di Venezia in occasione della sua 106° sessione plenaria, il 18 marzo 2016, CDL-AD(2016)007.

gode di una competenza materiale, esso può adottare atti volti ad esaminare, constatare e, se del caso, sanzionare violazioni dei valori fondanti.

In questo contesto, il regolamento, fornendo chiarimenti sui casi che possono essere indicativi di violazioni dei principi dello Stato di diritto, nonché sulle situazioni e condotte che tali violazioni devono interessare, per poter giustificare l'adozione di opportune misure, compirebbe proprio l'operazione di concretizzare, a sua volta, i suddetti principi in regole di diritto europeo.

Così, l'obbligo di rispettare i principi menzionati dal regolamento costituisce un obbligo di risultato per gli Stati membri, che discende direttamente dagli impegni assunti da questi ultimi gli uni nei confronti degli altri nonché nei confronti dell'Unione al momento dell'adesione, e che il regolamento si limita ad attuare in relazione all'azione delle autorità nazionali relativa a spese coperte dal bilancio dell'Unione.

### **2.3. Sulla salvaguardia dei valori comuni nei paesi membri. Precisazioni sull'art. 7 TUE.**

Particolare spazio è dedicato, poi, nelle sentenze gemelle, ai meccanismi di protezione dei valori fondanti e, più nello specifico, alle peculiarità dell'art. 7 TUE<sup>79</sup>, su cui la Corte si trattiene a lungo dal momento che entrambi i ricorrenti ritengono che il regolamento impugnato istituirebbe, in violazione ed elusione di quest'ultimo, una procedura ad esso parallela avente le medesime finalità<sup>80</sup>.

L'accertamento di una violazione dei principi dello Stato di diritto prevista dal regolamento sarebbe, infatti, sostanzialmente identico alla constatazione che spetta al Consiglio e al Consiglio europeo ai sensi dell'art. 7, parr. 1 e 2, TUE, mentre l'adozione delle misure ai sensi dell'art. 5 del regolamento sarebbe un'opzione parallela a quella della sospensione di taluni diritti dello Stato membro interessato, prevista all'art. 7, par. 3, TUE.

---

<sup>79</sup> Cfr. D. KOCHENOV, *Article 7: A Commentary on a Much Talked-about "Dead" Provision*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2018, pp. 166-187; B. NASCIMBENE, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in AA. VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union le long parcours de la justice européenne*, cit., pp. 672-683; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, 2017, pp. 128-143; G. WILMS, *Protecting Fundamental Values in the European Union through the Rule of Law. Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*, in *EUI RSCAS*, 2017, pp. 1-126; A. MORINI, *Art. 7*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, pp. 129-142; W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 16, 2010, pp. 385-426; B. NASCIMBENE, *Le sanzioni ex art. 7*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, pp. 31-39; H. SCHMIDT VON SYDOW, *Liberté, démocratie, droits fondamentaux et l'Etat de droit: analyse de l'article 7 du Traité UE*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, n. 2, pp. 285-328; si permetta di rinviare anche ad A. FESTA, *Rule of law and European Union: the increasing role of Article 7 TEU*, in M.C. BARUFFI, M. ORTINO (a cura di), *Trending topics in international and EU law: legal and economic perspectives*, Napoli, 2019, pp. 443-459.

<sup>80</sup> La Repubblica di Polonia ritiene sia stato eluso anche l'art. 258 TFUE.

I meccanismi decisionali e le procedure da seguire per la constatazione della violazione e la comminazione delle sanzioni sarebbero, tuttavia, molto meno rigorosi all'interno del regolamento: infatti, mentre l'art. 7, par. 2, TUE richiede l'unanimità in Consiglio europeo per verificare l'esistenza di una violazione dei principi dello Stato di diritto, il regolamento impugnato accorda dapprima alla Commissione il potere di constatare l'esistenza di una violazione simile, affidando, poi, la decisione di imporre le opportune misure al Consiglio, secondo la semplice regola della maggioranza qualificata.

Inoltre, se la procedura di cui all'art. 7 TUE comprende due decisioni, la prima, del Consiglio europeo, vertente sulla constatazione di una violazione, e la seconda, del Consiglio, vertente sull'adozione delle sanzioni (sicché la constatazione di una violazione non porterebbe necessariamente all'irrogazione di una sanzione), il regolamento prevede, invece, un'unica decisione da parte del Consiglio, vertente sia sull'esistenza di una violazione sia sulle misure da adottare.

La procedura prevista dal regolamento impugnato estenderebbe, così, in violazione dei Trattati, le competenze del Consiglio e della Commissione, ma non solo. Anche le attribuzioni della Corte ne risulterebbero ampliate, in elusione delle limitazioni previste all'art. 269 TFUE. Se, infatti, il regolamento attribuisce una cognizione piena alla Corte di giustizia sulle decisioni adottate dal Consiglio, come noto, nella procedura c.d. di sorveglianza multilaterale, la Corte dispone di un potere molto marginale, potendo intervenire solo per accertare la regolarità delle operazioni procedurali, ma non anche per verificare l'esistenza di un'effettiva violazione<sup>81</sup>.

A fronte di tali contestazioni, la Corte si esprime per la prima volta sulla procedura dell'art. 7 TUE, rimarcandone le caratteristiche e ponendole a confronto con il meccanismo introdotto con il regolamento oggetto di impugnazione.

In via preliminare, la Corte rileva che il legislatore dell'Unione non può istituire, senza violare l'art. 7 TUE, una procedura parallela a quella prevista da tale disposizione, che abbia, nella sostanza, il medesimo oggetto, persegua il medesimo obiettivo e consenta l'adozione di misure identiche, prevedendo al contempo l'intervento di altre istituzioni o condizioni sostanziali e procedurali diverse da quelle previste da detta disposizione. Tuttavia, come già sottolineato *supra* al par. 2.2, la Corte afferma che, tenuto conto di tali limiti, laddove sussista una competenza materiale, l'Unione può attivarsi mediante atti normativi per rinforzare l'effettività dei valori comuni.

Passando, dunque, alla comparazione tra l'art. 7 TUE ed il meccanismo previsto dal regolamento, per verificare che quest'ultimo sia rispettoso delle condizioni anzidette, non illegittimo o elusivo del diritto primario, la Corte sottolinea come la natura del

---

<sup>81</sup> Secondo la Repubblica di Polonia, la Corte, in violazione dell'art. 7 TUE e dell'art. 269 TFUE, potrebbe essere chiamata ad esaminare nel merito violazioni dei principi dello Stato di diritto, elaborando criteri riguardanti il valore dello Stato di diritto, utilizzabili nell'ambito di una procedura avviata ai sensi dell'art. 7 TUE, sebbene la Corte non sia competente a valutare nel merito censure sollevate contro uno Stato membro in forza di tale procedura.

rimedio di nuova introduzione, l'oggetto, le finalità, l'ambito di applicazione, le condizioni per l'attivazione, il carattere delle misure che possono essere adottate, nonché le condizioni per l'adozione e la revoca di tali misure differiscano da quelle della norma di diritto primario e non si pongano in contrasto con esse.

Infatti, a giudizio della Corte, la natura del meccanismo introdotto dal regolamento non è di tipo sanzionatorio; esso, infatti, non mirerebbe a sanzionare le violazioni dello Stato di diritto in quanto tali, ma sarebbe esclusivamente diretto a garantire la protezione del bilancio dell'Unione.

Ciò è comprovato da più di un fattore: *in primis*, la procedura prevista ai fini dell'adozione di «opportune misure» può essere avviata dalla Commissione solo qualora tale istituzione concluda che sussistono motivi fondati per ritenere non soltanto che in uno Stato membro si verificano violazioni dei principi dello Stato di diritto, ma soprattutto che tali violazioni compromettano o rischino seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari. In secondo luogo, sarebbe indicativo anche il carattere delle misure in concreto adottabili che non solo, nella loro tipologia e nella loro portata, si ricollegano tutte ad un pregiudizio o a un rischio serio di pregiudizio per la sana gestione finanziaria o per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, ma devono essere revocate quando cessa l'impatto sull'esecuzione del bilancio, ancorché possano persistere le violazioni dei principi dello Stato di diritto constatate.

Per quanto riguarda, invece, l'oggetto, la Corte evidenzia che la procedura prevista all'art. 7 TUE verte sull'insieme dei valori contenuti nell'art. 2 TUE, mentre il regolamento in esame riguarda soltanto uno di tali valori, quello dello Stato di diritto. In questo senso, tuttavia, il rilievo della Corte non sembra perfettamente lineare rispetto a quanto osservato in merito alla portata dello Stato di diritto che, per espressa affermazione dei giudici europei, è da intendersi alla luce degli altri valori, i quali entrano a far parte della definizione stessa del primo<sup>82</sup>.

Quanto alla finalità, la Corte mette in luce che l'art. 7 ha lo scopo di consentire al Consiglio di sanzionare violazioni gravi e persistenti dei valori contenuti nell'art. 2 TUE, per ingiungere allo Stato membro interessato di porre fine a tali violazioni; il regolamento, come già osservato, sarebbe diretto, invece, non già a sanzionare violazioni della *rule of law*, ma ad autorizzare il Consiglio ad adottare misure di protezione del bilancio dell'Unione e dei suoi interessi finanziari.

Con riferimento all'ambito applicativo, anch'esso è ritenuto molto diverso: se nell'art. 7 TUE può sussumersi qualsiasi violazione grave e persistente di un valore contenuto nell'art. 2 TUE, anche relativa a settori che non sono di competenza europea, il regolamento impugnato autorizza l'esame delle sole violazioni dei principi dello Stato

---

<sup>82</sup> Come, d'altro canto, ribadito anche dalla Commissione nelle sue linee guida del 2 marzo 2022 a pagina 3.

di diritto menzionati al suo art. 2, lett. a), esclusivamente laddove sussistano motivi fondati per ritenere che esse abbiano un'incidenza sul bilancio.

Le procedure si distinguono, inoltre, anche per le condizioni di attivazione: la procedura prevista all'art. 7 TUE può essere avviata, ai sensi del suo par. 1, da un terzo degli Stati membri, dalla Commissione o dal Parlamento europeo, qualora sussista un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori contenuti nell'art. 2 TUE; la procedura istituita dal regolamento impugnato può, invece, essere avviata dalla sola Commissione, qualora sussistano motivi fondati per ritenere non soltanto che in uno Stato membro si siano verificate violazioni dei principi dello Stato di diritto, ma anche e soprattutto che tali violazioni compromettano o rischino seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari.

Quanto alle condizioni per l'adozione di misure opportune, l'art. 7 richiede la constatazione, da parte del Consiglio europeo, dell'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori contenuti nell'art. 2 TUE, mentre il regolamento pretende da un lato, che sia accertato che una violazione dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro interessi almeno una delle situazioni o una delle condotte di autorità previste al par. 2 dell'art. 4, purché queste siano rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari, dall'altro lato, che tali violazioni compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto tale sana gestione finanziaria o tali interessi finanziari; condizione, questa, che implica di accertare l'esistenza di un nesso effettivo tra tali violazioni e un simile pregiudizio o un simile rischio serio di pregiudizio.

Se le misure che possono essere adottate sul fondamento dell'art. 7, par. 3, TUE, poi, consistono nella sospensione di «alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei Trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio» e possono riguardare qualsiasi diritto derivante allo Stato membro dall'applicazione dei Trattati, sicché lo stesso continuerebbe ad essere vincolato dagli obblighi del diritto primario, senza poter prendere parte ai processi decisionali con una sorta di *regulation without representation*<sup>83</sup>, le misure che possono essere adottate in forza del regolamento impugnato sono invece, tutte elencate al suo art. 5, par. 1 e sono di natura eminentemente finanziaria.

Infine, l'art. 7 TUE consente la modifica e la revoca delle misure adottate se si modifica la situazione che ha condotto alla loro adozione. L'art. 7, par. 2, commi secondo e terzo, del regolamento, come già rilevato, ricollega, invece, la revoca e la modifica delle

---

<sup>83</sup> Così, A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE online*, 2019, n. 1, pp. 19-39, spec. p. 33, reperibile [online](#).

misure adottate al caso in cui le violazioni, per quanto perduranti, non abbiano più incidenza sul bilancio dell'Unione.

Ne risultano due procedure nettamente distinte, non in conflitto tra loro.

#### **2.4. La difesa dei valori comuni: una questione di «identità europea».**

Uno dei passaggi più interessanti delle pronunce in esame è, senza dubbio, quello in cui si affronta la questione «identitaria» dell'Unione europea, che finisce con il rivestire una rilevanza centrale non solo nel ragionamento logico-giuridico portato avanti dalla Corte nelle sentenze in commento, ma soprattutto nello sviluppo dell'attuale dibattito sulle violazioni dei principi della *rule of law* da parte dei paesi membri dell'Unione.

Infatti, al centro dello scontro sul rispetto dello Stato di diritto nei paesi dell'UE è sottesa da tempo, innanzitutto, una questione identitaria<sup>84</sup>. I governi polacco ed ungherese, ormai da diversi anni all'attenzione delle istituzioni europee per le violazioni della *rule of law*, hanno spesso utilizzato quale «scudo di difesa» contro le asserite ingerenze delle istituzioni europee alla propria sovranità, il tema dell'identità nazionale, un'identità in cui la democrazia può anche essere «illiberale»<sup>85</sup>, cioè svincolata dai limiti del costituzionalismo moderno, nella misura in cui il potere politico è democraticamente legittimato.

Orbene, è noto che accanto all'art. 2 TUE, trovi riconoscimento nel Trattato, quale principio fondamentale che l'Unione si impegna a rispettare, l'identità nazionale degli Stati membri, sancita all'art. 4, par. 2, TUE, quale norma di cerniera inter-ordinamentale. Tuttavia, nelle sentenze in esame, si consolida, con una chiarezza che non ha precedenti, un concetto diverso, che è quello di «identità europea».

Nel Trattato si richiama l'identità dell'Europa soltanto nel Preambolo che, per sua natura, come noto, non è strettamente precettivo. I giudici europei, riuniti in adunanza plenaria, invece, affermano a chiare lettere che l'art. 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di intenti di natura politica, ma contiene valori che, identificati e condivisi dagli Stati membri, definiscono «l'identità stessa» dell'Unione quale ordinamento

---

<sup>84</sup> Come dimostrano anche i recenti casi rumeni, su cui si permetta di rinviare a R. PALLADINO, A. FESTA, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei dissonanti logoi sullo Stato di diritto tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena*, cit., pp. 62-67.

<sup>85</sup> In Ungheria, l'espressione è stata adoperata per la prima volta dal capo del governo Victor Orbán in un discorso pronunciato il 26 luglio 2014 a Băile Tușnad (Tusnádfürdő): «Solo perché uno Stato non è liberale, può ancora essere una democrazia [...] il nuovo Stato che costruiremo in Ungheria non sarà uno Stato liberale, sarà uno Stato democratico non liberale». La nozione di democrazia illiberale fu elaborata per la prima volta da Fareed Zakaria in un articolo pubblicato nel 1997. Cfr. F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, n. 6, pp. 22-43. Il politologo statunitense si riferiva, in Europa, alle esperienze della Slovacchia, delle repubbliche emerse dalla dissoluzione della Jugoslavia e della Romania, mentre riteneva che l'Europa centrale avesse intrapreso con successo il cammino verso la democrazia costituzionale. Sul tema, cfr. G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali dell'Unione Europea*, in *DPCE online*, 2020, n. 3, pp. 3999-4020, reperibile [online](#).

giuridico comune. Un'identità unitaria – prosegue la Corte – che richiede di essere difesa attivamente.

Il campo dei valori fondamentali assurge, così, a terreno fertile su cui si consolida una vera e propria identità europea, non intesa quale mero riflesso delle tradizioni costituzionali comuni dei paesi membri, dal cui retroterra culturale pure attinge, né quale semplice risultante di tale insieme di fattori, ma un'identità autonoma rispetto ad essi, che si sviluppa nella complessità dell'ordinamento dell'integrazione.

Lanciando un chiaro messaggio politico ai governi dei due paesi ricorrenti, che servendosi del concetto europeo di «identità nazionale», hanno tentato di giustificare in termini costituzionali le proprie trasformazioni illiberali, la Corte traccia, dunque, una linea invalicabile, riconoscendo che l'Unione europea abbraccia quale valore che ne definisce il «DNA» lo Stato di diritto che, letto in connessione con tutti gli altri valori dell'art. 2 TUE, richiede il rispetto anche del valore della democrazia liberale, sostanziale, propria del costituzionalismo moderno, in cui nessuno è al di sopra della legge.

Se, quindi, ogni Stato ha la sua identità, l'Unione è tenuta a rispettarla nei limiti in cui ciò sia compatibile con i valori dell'art. 2 TUE, così come interpretati dalla Corte di giustizia. In altri termini, l'identità nazionale non può essere invocata contro i valori fondanti, perché essi sono fondativi ed identitari e, dunque, un sistema che li viola sarebbe in contrasto con la stessa identità dell'Unione.

In questo contesto, è la Corte di giustizia a verificare se la singola tradizione costituzionale possa essere considerata comune (e dunque, principio generale ai sensi dell'art. 6 TUE) e se la clausola identitaria nazionale possa giustificare una deroga al diritto dell'Unione<sup>86</sup>. Come sarebbe stato chiarito soltanto pochi giorni dopo, nel caso *RS*, l'art. 4, par. 2, TUE «non ha né lo scopo né l'effetto di autorizzare [...] a disapplicare una norma del diritto dell'Unione, con la motivazione che tale norma non rispetti l'identità nazionale, come definita dalla Corte costituzionale nazionale<sup>87</sup>». Qualora una Corte ritenga che una disposizione di diritto derivato europeo violi l'obbligo di rispettare l'identità nazionale di uno Stato membro, essa ha, infatti, l'obbligo di sospendere il giudizio e rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale per ottenere un chiarimento sulla questione. La valutazione della *identity clause* spetta, dunque, in ultima istanza alla Corte di giustizia, unico giudice competente ad accordare una deroga al rispetto del diritto europeo.

Tutto questo, ad ogni modo, non implica che la salvaguardia delle «diversità» sia persa di vista. D'altro canto, il motto dell'Unione resta «uniti nelle diversità». A tale

---

<sup>86</sup> L.S. ROSSI, *Autonomie constitutionnelle de l'Union européenne, droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen?*, Paris, 2020, p. 57; EAD., 2, 4, 6 (TUE)...L'interpretazione dell'Identity Clause alla luce dei principi fondamentali, in A.A.V.V., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., pp. 859-870.

<sup>87</sup> Corte di giustizia, sentenza del 22 febbraio 2022, [causa C-430/21](#), *RS*, ECLI:EU:C:2022:99, punto 70.

proposito, la Corte precisa, allora, che le istituzioni debbano tener conto delle caratteristiche dei sistemi costituzionali e giuridici di tali Stati membri, quando verificano se gli Stati membri soddisfano gli obblighi di risultato che derivano direttamente dalla loro appartenenza all'Unione, in forza dell'art. 2 TUE. Tuttavia, se è vero che gli Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro. Infatti, pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono ad una nozione di «Stato di diritto» che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo<sup>88</sup>.

Secondo un approccio *stone by stone*<sup>89</sup>, la Corte aggiunge, così, un significativo tassello alla costruzione di un'identità europea ed all'Unione europea *tout court* che, da «Comunità di diritto» sin dalla nota sentenza *Les Verts*<sup>90</sup> diventa una vera e propria «Comunità di valori» con un proprio assetto costituzionale, capace di regolare la coesistenza delle distinte comunità nazionali sulle cui acquisizioni si è forgiata.

### 3. Oltre la questione di legittimità: una pagina di diritto costituzionale europeo.

Se i giudizi resi il 16 febbraio di quest'anno hanno rimosso i dubbi sulla legittimità del regolamento, la certezza giuridica che lo stesso sia pienamente in linea con i Trattati non si è tradotta in un'applicazione immediata del meccanismo. Le parole della Commissione all'indomani delle sentenze sono state: «We will carefully analyze the reasoning of the judgments and the possible impact on the further steps».

Pochi giorni più tardi, il contesto globale è mutato, esercitando un peso innegabile ed inevitabile sulle dinamiche istituzionali europee e comportando un nuovo attendismo sul punto da parte della Commissione. L'attuale guerra di aggressione russa in Ucraina<sup>91</sup> ha, infatti, cambiato gli equilibri geopolitici non solo al livello internazionale, ma anche all'interno della stessa Unione europea. Il forte contributo offerto dalla Polonia<sup>92</sup> all'accoglienza dei cittadini ucraini in fuga dal conflitto ha evidentemente spinto il

---

<sup>88</sup> P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog*, 21 febbraio 2022, reperibile [online](#).

<sup>89</sup> Molto caro al Presidente della Corte.

<sup>90</sup> Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, *Partie écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, cit., punto 23.

<sup>91</sup> Cfr. il sito <https://www.politico.eu/article/war-risks-pushing-aside-eu-rule-of-law-concerns/>.

<sup>92</sup> Anche la Polonia sembra, in generale, aver modificato il suo approccio nei confronti delle istituzioni europee: si pensi, ad esempio, al fatto che la sentenza del Tribunale costituzionale polacco K 1/22, sulla costituzionalità della base giuridica del regolamento condizionalità attesa per febbraio è stata rinviata a data da destinarsi. Cfr. il sito <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wokanda/art/11784-ogolny-system-warunkowosci-w-zakresie-ochrony-budzetu-unii>.

Berlaymont a non attivare il meccanismo nei confronti di detto paese<sup>93</sup>, quando probabilmente i tempi erano, invece, diventati maturi. È noto, viceversa, che all'indomani della rielezione di Órban, la procedura sia stata ufficialmente avviata nei confronti dell'Ungheria, ma non è detto che sarà concretamente portata fino in fondo in tempi celeri, anche per ragioni diplomatiche (si pensi alla necessità di ottenere il consenso del paese magiaro per le sanzioni nei confronti della Russia).

In generale, c'è tra gli studiosi una varietà di opinioni sugli effetti pratici che potranno derivare dall'applicazione dello strumento. Alle alte aspettative nutrite da molti si affianca anche chi ritiene che le implicazioni effettive del regolamento saranno modeste e, in ogni caso, non immediate, visto che dall'attivazione del meccanismo passerebbero almeno nove mesi prima dell'imposizione delle misure opportune.

Se è difficile fare previsioni su questo profilo, nel trarre le conclusioni di questo breve commento, non si può che ritornare sulle sentenze oggetto di approfondimento e sul «manifesto di diritto europeo», che ci è sembrato contribuiscano a disegnare.

Come si è tentato di dimostrare, infatti, dalle sentenze emerge non solo un quadro piuttosto nitido dei fondamenti di diritto dell'Unione, di cui, probabilmente, la futura manualistica non potrà non tener conto, ma soprattutto una progressiva crescita in senso costituzionale dell'Organizzazione.

Se, in primo luogo, si affronta tra le righe la nozione «meravigliosamente ambigua<sup>94</sup>» della natura giuridica dell'Unione europea, quale organizzazione più sofisticata di quelle internazionali di tipo classico, ma ancora non compiutamente distinta dai propri Stati membri e strutturalmente legata alle competenze che essi le hanno attribuito, emerge dalle pronunce anche un nocciolo di identità costituzionale dell'Unione; un'identità unitaria che, seppure nei limiti delle sue attribuzioni, la stessa Unione può e deve difendere.

Infatti, quei valori che si sono dapprima affermati grazie all'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia, stimolata anche dalle Corti costituzionali dei paesi membri (non ultima, quella italiana), che si sono consolidati nel diritto primario con il nome di principi e che sono oggi riflessi anche nella Carta dei diritti fondamentali, sono valori identitari per l'Unione e le sue istituzioni, sia mentre operano sul piano interno che mentre intervengono sulla scena internazionale.

Nel codice identitario dell'Unione, poi, come ha sottolineato in maniera innovativa la Corte, rientrano tutti i valori dell'art. 2 TUE, dalla dignità all'uguaglianza, dalla libertà alla democrazia, dal rispetto dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali, compresi i diritti delle minoranze, al pluralismo, dalla non discriminazione alla parità tra donne e

---

<sup>93</sup> È, anzi, del 1° giugno la decisione della Commissione di approvare il Recovery Plan polacco per un valore di 36 miliardi di euro.

<sup>94</sup> R. BIEBER, J.-P. JACQUÉ, J.H.H. WEILER (sous la direction de), *L'Europe de demain: une Union sans cesse plus étroite: analyse critique du projet de traité instituant l'Union européenne*, OPOCE, Luxembourg, 1995, p. 7.

uomini, dalla giustizia alla solidarietà, che trova espressione in termini finanziari nel bilancio dell'Unione, imponendo un uso responsabile delle risorse comuni.

Tali valori fondano la costruzione europea e la fiducia reciproca che consente l'integrazione e che si basa a sua volta sull'impegno di ciascuno degli Stati membri a conformarsi agli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto dell'Unione e a rispettare in modo continuativo i valori contenuti nell'art. 2 TUE. Essi non costituiscono, infatti, mere enunciazioni politiche ma rappresentano una condizione per l'adesione all'Unione che va garantita durante tutta la permanenza del vincolo associativo. Il rispetto dei tali valori non ammette, infatti, «regressioni» o deroghe subito dopo l'adesione.

Per monitorare, constatare e, se del caso, sanzionare violazioni dei valori, la Corte riconosce nelle due sentenze che l'Unione ha la competenza di agire, affermando anche con atti normativi e principi i suoi valori. Ed il regolamento UE/Euratom 2020/2092 è un chiaro esempio di come le basi giuridiche si possano utilizzare anche in modo innovativo per contribuire al mantenimento della legalità europea, del rispetto degli obblighi assunti con l'adesione ai Trattati e, più nello specifico, per la difesa dei valori fondanti. Essi sono tanto importanti che, come ha ricordato la Corte, quando se ne constata un rischio di violazione o una violazione effettiva in ambiti che non afferiscono alla competenza europea, l'Unione ha parimenti degli strumenti nel suo cassetto: quelli dell'art. 7 TUE che, per quanto difficili da usare, sono nella disponibilità delle istituzioni e degli Stati membri.

Nell'intervento della Corte che si è tentato di ricostruire, si può, dunque, leggere il tentativo di catalizzare un ulteriore approfondimento del processo di integrazione, utilizzando il conflitto tra la garanzia dello Stato di diritto europeo e la difesa dell'identità nazionale come mezzo per contribuire alla garanzia del primato dei valori ed alla costruzione di un'identità costituzionale dell'Unione.

Come è connotato alla sua funzione, la Corte decide, però, solo singoli casi; è un'istituzione che per sua natura reagisce alle questioni che le vengono sottoposte. Non ci può, dunque, aspettare più di quello che è nelle sue competenze, secondo il principio di attribuzione al quale essa stessa è sottoposta.

E se, certamente, nessuna sentenza potrà sostituirsi alla necessità di un'azione politica da parte degli Stati membri che, al contrario, possono essere molto più esigenti l'uno nei confronti dell'altro nella tutela dei valori comuni<sup>95</sup>, la Corte, però, rimodellando la «filosofia sottostante al processo di integrazione<sup>96</sup>» è riuscita a tracciare, in queste

---

<sup>95</sup> Essi possono, per esempio, attivare la prima parte dell'art. 7, possono sollecitare la Commissione all'avvio di una procedura di infrazione, possono all'interno del Consiglio chiedere giustificazioni sull'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia, possono essere più esigenti anche nell'ambito del meccanismo del *Rule of law dialogue*.

<sup>96</sup> Come osserva L.S. ROSSI, “*Un dialogo da giudice a giudice*”. *Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *I Post di AISDUE*, IV, 2022, p. 78, reperibile [online](#).

pronunce, una linea chiara: in maniera inequivocabile, i valori, che hanno contribuito a dar corpo a quei profili identitari che i paesi membri hanno in comune e che hanno reso possibile la cooperazione (secondo la regola aurea descritta nell'*incipit* di queste note), dovranno rappresentare il punto di riferimento a partire dal quale l'integrazione è destinata a procedere.

**ABSTRACT:** Il presente contributo analizza le note sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio 2022, rese con procedimento accelerato nelle cause C-156/21 (*Ungheria c. Parlamento e Consiglio*) e C-157/21 (*Polonia c. Parlamento e Consiglio*), mediante le quali, riuniti nella composizione più solenne e deliberando per la prima volta in assoluto in diretta *streaming*, i giudici europei hanno sciolto qualsiasi dubbio sulla legittimità di un meccanismo di condizionalità orizzontale legato al rispetto dello Stato di diritto. Le sentenze operano, tuttavia, anche ad un livello più profondo, toccando diversi aspetti nevralgici dell'ordinamento europeo. L'esame delle c.d. «sentenze gemelle» viene condotto proprio in questa prospettiva, nel convincimento che la loro portata superi ampiamente la funzione – pur rilevante – di confermare la legittimità di un atto di diritto derivato.

**PAROLE CHIAVE:** Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092; Stato di diritto; condizionalità orizzontale; valori comuni; identità europea.

*The «twin judgments» of 16<sup>th</sup> February 2022: beyond the question of legitimacy, a «manifesto» on the foundations of European law*

**ABSTRACT:** *This contribution analyzes the well-known judgments of the Court of Justice of 16<sup>th</sup> February 2022, delivered by expedited procedure in cases C-156/21 (Hungary v. Parliament and Council) and C-157/21 (Poland v. Parliament and Council), through which, gathered in the most solemn composition and deliberating for the first time ever in live streaming, the European judges have removed any legal doubts about the legitimacy of a horizontal conditionality mechanism linked to respect for the rule of law. However, the two judgments also operate at a more profound layer, dealing with various key aspects of the European legal system. The examination of the so-called «twin judgments» is conducted in that perspective, in the belief that their significance largely exceeds the function – albeit relevant – of confirming the legitimacy of an act of secondary law.*

**KEYWORDS:** *regulation (EU, Euratom) no. 2020/2092; rule of law; horizontal conditionality; common values; European identity.*

# Profili discriminatori della pubblicità comportamentale *online*: strumenti e prospettive di tutela nel diritto dell'Unione europea

Martina Migliorati\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La pubblicità comportamentale *online*. – 3. Pubblicità *online* e profili discriminatori. – 4. La tutela offerta dal diritto dell'Unione europea. – 5. *Proxy discrimination* e discriminazione per associazione. – 6. La portata dell'efficacia diretta del principio di non discriminazione. – 7. Discriminazione e trasparenza algoritmica: le prospettive contenute nel *Digital Services Act*. – 8. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione.

La realtà virtuale delle piattaforme *online* è oggi la principale sede per pubblicizzare un prodotto o un servizio e per far conoscere un'opportunità di qualsiasi genere. Nel 2019, per la prima volta nella storia, in Europa la spesa relativa ad annunci sulla rete ha superato quella relativa alla più tradizionale pubblicità su altri media, quali la televisione e i giornali. Seguendo un *trend* globale<sup>1</sup>, tale spesa è in continua crescita da ormai più di un decennio ed è passata da un totale di 7,6 miliardi nel 2006 ad un complessivo di 64,8 miliardi nel 2019<sup>2</sup>.

In un contesto caratterizzato da un forte sviluppo delle tecnologie pubblicitarie *online*<sup>3</sup>, una particolare pratica di pubblicità mirata, la pubblicità comportamentale, risulta già da alcuni anni in forte crescita ed è probabilmente destinata a diventare lo strumento pubblicitario predominante in rete<sup>4</sup>. Le potenzialità che rendono questa forma pubblicitaria la nuova frontiera in tale campo risiedono nella capacità di offrire un livello di targhetizzazione e personalizzazione degli annunci estremamente elevato.

Il presente contributo intende analizzare il fenomeno della pubblicità comportamentale *online* evidenziando i profili critici che emergono rispetto ai principi di uguaglianza e non discriminazione. Dopo aver pertanto delineato il funzionamento di

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Allied Market Research, *Internet Advertising Market*, 2020.

<sup>2</sup> IAB Europe, *AdEx Benchmark 2019 Report*, reperibile [online](#).

<sup>3</sup> Per una panoramica sui diversi tipi di pubblicità digitale si veda N. FOURBERG AND OTHERS, *Online Advertising: The Impact of Targeted Advertising on Advertisers, Market Access and Consumer Choice*, reperibile [online](#).

<sup>4</sup> Sul tema si veda V. KUMAR, S. GUPTA, *Conceptualizing the Evolution and Future of Advertising*, in *Journal of Advertising*, 2016, pp. 302-317.

questa pratica, vengono richiamati alcuni studi e ricerche empiriche che dimostrano come nell'ambito della pubblicità *online* possano facilmente dispiegarsi trattamenti discriminatori, capaci di rafforzare pregiudizi radicati nella società.

Successivamente viene ricostruito il sistema di tutela del principio di non discriminazione dell'ordinamento dell'Unione europea, delineando il quadro di protezione rispetto ai diversi motivi oggetto di divieto nel settore della pubblicità. Sulla base di tale ricostruzione si procede in seguito ad analizzare come tale sistema di protezione possa declinarsi rispetto ad una particolare forma di manifestazione di trattamenti discriminatori, la discriminazione tramite *proxy*, legata intrinsecamente alle pratiche di pubblicità comportamentale *online*, analizzando possibili strumenti di tutela delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Da ultimo lo scritto, dopo aver richiamato brevemente la portata dell'efficacia diretta del principio di non discriminazione, riflette sulle questioni procedurali in materia evidenziando come queste si declinano nel mondo della pubblicità comportamentale *online* e richiamando le interessanti prospettive di tutela contenute nella proposta di regolamento, attualmente in discussione, sui servizi digitali, anche nota con la denominazione inglese *Digital Services Act*<sup>5</sup>.

## **2. La pubblicità comportamentale *online*.**

La pubblicità comportamentale *online*, spesso citata con l'acronimo inglese OBA (*Online Behavioural Advertising*), è una particolare forma di pubblicità mirata che si basa sul monitoraggio dei comportamenti degli utenti in rete nel tempo<sup>6</sup>. Osservando come si concretizzano e si caratterizzano tali comportamenti<sup>7</sup> su più siti internet, vengono delineati una serie di potenziali interessi degli utenti, che costituiscono il metro per indirizzare gli annunci pubblicitari *online*, in modo tale da fornire a ciascuno annunci quanto più possibile coerenti con i suoi desunti interessi.

L'analisi della vita *online* degli individui, ossia il vaglio delle diverse azioni compiute nel mondo digitale, è svolta attraverso tecnologie di tracciamento *online*, che

---

<sup>5</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali), [COM\(2020\) 845 final](#) del 15 dicembre 2020, spesso richiamata anche con l'acronimo DSA.

<sup>6</sup> Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati, parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale *online*, adottato il 22 giugno 2010, reperibile [online](#). Per una panoramica generale della dottrina sul tema si rimanda a K. VARNALI, *Online Behavioral Advertising: An Integrative Review*, in *Journal of Marketing Communications*, 2019, pp. 1-22, e S.C. BOERMAN, S. KRUIKEMEIER, F.J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, in *Journal of Advertising*, 2017, pp. 363-376.

<sup>7</sup> Quali per esempio le interazioni dell'utente, gli acquisti effettuati, la frequentazione ripetuta di certi siti, la ricerca di alcune parole chiave e la produzione di contenuti.

consentono l'inserimento e la successiva lettura di informazioni marcatrici sui dispositivi terminali degli utenti, quali computer, *tablet*, e *smartphone*<sup>8</sup>.

Il sistema di tracciamento sicuramente più noto è quello basato sui *cookies* cosiddetti di profilazione, stringhe di testo che vengono appunto posizionate e archiviate sui terminali degli utenti, direttamente dai siti *web* visitati (c.d. *Publisher*) nel caso dei *cookies* «prima parti», ovvero da *web server* o siti diversi noti invece come *cookies* «terze parti». Tali marcatori temporanei vengono poi ritrasmessi al soggetto che li ha posizionati alla successiva visita, consentendo di analizzare specifiche azioni, *pattern* comportamentali e preferenze manifestate dagli utenti e quindi di suddividerli e raggrupparli in *cluster* omogenei<sup>9</sup>.

Il legislatore europeo ha da tempo riconosciuto la necessità di regolare l'utilizzo di tali tecnologie di tracciamento ed è infatti intervenuto in tal senso già a partire dagli anni 2000 con la direttiva *e-Privacy*<sup>10</sup>, successivamente novellata nel 2009<sup>11</sup>.

Invero, è stato evidenziato come le apparecchiature terminali degli utenti, collegate alle reti di comunicazione elettronica, e ogni informazione in esse collocata e archiviata siano da considerare parte della sfera privata degli utenti<sup>12</sup>. Tale aspetto chiarisce la potenziale pervasività dei *cookies* di profilazione, così come degli altri strumenti di tracciamento idonei a marcare gli utenti, che sono da considerare, in sostanza, un'ingerenza nell'ambito digitale della loro sfera privata.

Nonostante ciò, la normativa comunitaria riconosce che queste tecnologie possono comunque costituire strumenti utili e strategici se destinati a scopi legittimi, come facilitare la fornitura di servizi della società dell'informazione<sup>13</sup>. La direttiva *e-Privacy* obbliga quindi gli Stati membri ad assicurare che l'utilizzo delle tecnologie di

---

<sup>8</sup> Linee guida sull'utilizzo dei cookie e di altri strumenti di tracciamento adottate del Garante della privacy il 10 giugno 2021, reperibili [online](#).

<sup>9</sup> *Ibidem*. Per un approfondimento in materia si veda A. M. GAROFALO, *Cookies and the Passive Role of the Data Subject*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (edited by), *Privacy and Data Protection in Software Services. Services and Business Process Reengineering*, Singapore, 2022, pp. 73-84, e L. EDWARDS, *Data protection and e-Privacy: From Spam and cookies to Big Data, Machine Learning and Profiling*, in L. EDWARDS (edited by), *Law, Policy and the Internet*, Oxford, 2018.

<sup>10</sup> [Direttiva 2002/58/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), denominata comunemente direttiva *e-Privacy*.

<sup>11</sup> [Direttiva 2009/136/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori. In proposito si richiama M. TREVISAN, S. TRAVERSO, E. BASSI, M. MELLIA, *4 Years of EU Cookie Law: Results and Lessons Learned*, in *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2019, pp. 126-145.

<sup>12</sup> Considerando 24 della direttiva 2002/58/CE.

<sup>13</sup> Considerando 25 della direttiva 2002/58/CE.

tracciamento, nell'ambito delle reti di comunicazione elettronica, sia consentito unicamente a condizione che esse siano destinate appunto a scopi legittimi e purché l'utente abbia preliminarmente espresso il proprio consenso, dopo essere stato informato in modo chiaro e completo, tra l'altro, sugli scopi del trattamento<sup>14</sup>.

Va evidenziato come, con riferimento alla nozione di consenso oltre che con riguardo all'informativa che deve essere fornita all'utente, la direttiva *e-Privacy* richiami la normativa europea in materia di dati personali, dapprima contenuta nella direttiva 95/46/CE e oggi delineata dal regolamento (UE) 2016/679<sup>15</sup>.

Pare opportuno precisare anche che il consenso dell'interessato, così come oggi definito dalla normativa citata, nonché le questioni relative alla modalità di espressione dello stesso hanno assunto un ruolo centrale sia nel quadro di tutela della vita privata che in materia di protezione dei dati personali. La direttiva *e-Privacy* infatti abbraccia entrambi questi ambiti, delineando un sistema di protezione della vita privata e dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche<sup>16</sup>.

In questo senso si evidenzia che l'art. 5, par. 3, della stessa chiarisce che il consenso informato dell'utente è richiesto per l'archiviazione di informazioni e per l'accesso ad informazioni già archiviate sul suo terminale senza specificarne la natura. Ogni informazione di quel genere rientra infatti nell'alveo della *privacy* dell'utente<sup>17</sup>,

<sup>14</sup> Art. 4, par. 3, della direttiva 2002/58/CE versione consolidata del 2009.

<sup>15</sup> Artt. 2 e 5, par. 3, della direttiva 2002/58/CE versione consolidata del 2009. Si noti che in materia di consenso il regolamento (UE) 2016/679, nell'ottica di ampliare e rafforzare il potere dispositivo e di controllo dell'individuo riguardo al trattamento dei suoi dati personali, ha integrato la nozione precedentemente contenuta nella direttiva 95/46/CE. Ai sensi della nuova definizione enucleata dal regolamento la manifestazione di volontà dell'interessato deve essere libera, specifica, informata (requisiti già indicati dalla direttiva) e inequivocabile. Il considerando 32 del regolamento in particolare precisa che il consenso deve essere attivo e specifico, escludendo quindi che un valido consenso possa essere prestato attraverso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. La trasformazione della nozione si apprezza tramite il raffronto l'art. 2, lett. h, della direttiva 95/46/CE e l'art. 4, par 1, n. 11, del regolamento (UE) 2016/679. Sul tema del consenso si veda, tra i molti contributi, G. RESTA, V. ZENOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, pp. 411-440; F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, pp. 101-177; S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 513-557; A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, pp. 375-426. Per le altre differenze tra la previgente direttiva e il nuovo regolamento si veda F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; S. SICA, V. D'ANTONIO, G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016; M. G. STANZIONE, *Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 1249-1264 ss.; F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali nell'Unione europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2015, pp. 1619-1659.

<sup>16</sup> Circostanza che emerge chiaramente già dalla denominazione della direttiva: «relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche».

<sup>17</sup> In questo senso, in termini espliciti, il considerando 24 della direttiva 2002/58/CE, già sopra

indipendentemente dal fatto che possa qualificarsi quale dato personale ai sensi della rilevante normativa<sup>18</sup>.

Sebbene le questioni che ruotano attorno alla nozione di consenso, alla sua validità e alla modalità di dichiarazione e raccolta appaiono centrali e continueranno ad alimentare il dibattito giuridico, il momento successivo la prestazione di un valido consenso per l'utilizzo di tecnologie di tracciamento non risulta privo di criticità, soprattutto quando questi strumenti sono utilizzati, come nell'ambito della pubblicità comportamentale *online*, per determinare a quali offerte pubblicitarie gli utenti, così profilati, possono accedere e da quali invece restano esclusi.

In altri termini l'attenzione è qui posta sui profili discriminatori connessi alle pratiche, sempre più diffuse, di pubblicità comportamentale *online* che, come chiarito, si basano e sono alimentate dall'ingente quantità di dati, personali e non, che le tecnologie di tracciamento consentono di raccogliere.

È ormai chiaro infatti che nell'ambito del processo di datificazione della società, ogni attività umana è suscettibile di essere ridotta e registrata in una serie di dati, che diventano poi elementi fondamentali per perseguire i più diversi scopi. Eloquente in questo senso come tale fenomeno, intrinsecamente connesso allo sviluppo delle nuove tecnologie, venga opportunamente ricollegato alla possibilità di estrarre nuove informazioni da quella già raccolte, attraverso analisi predittive svolte sulla base degli ingenti flussi e volumi di dati che costituiscono quello spazio digitale ubiquitario e dinamico denominato «datasfera»<sup>19</sup>.

In tale spazio digitale, in cui si muove la pubblicità comportamentale *online*, sono le capacità algoritmiche che concretizzano quelle analisi predittive le quali consentono poi di massimizzare il livello di personalizzazione dell'offerta pubblicitaria, portandolo ad uno stadio sconosciuto al mondo analogico.

Va evidenziato però che, ad una prima approssimazione, le pratiche di pubblicità comportamentale *online* possono apparire come una efficiente modalità di selezione degli annunci pubblicitari nella mutevole e variegata realtà digitale, ossia come uno strumento che valorizza e pone in risalto gli interessi degli utenti, assicurando che

---

richiamato.

<sup>18</sup> Si vedano sul punto le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar, del 21 marzo 2019, [causa C-673/17](#), *Bundesverband*, EU:C:2019:246, punto 107. Per una critica alla disposizione quale indicatore della sovrapposizione semantica tra *privacy* e *data protection* si veda A. MONTI, R. WACKS, *Protecting Personal Information. The Right to Privacy Reconsidered*, Londra, 2019.

<sup>19</sup> R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, pp. 61-84.; J.S. BERGÉ, S. GRUMBACH, V. ZENO-ZENCOVICH, *The 'Datasphere', Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2018, pp. 144-178; V. ZENO-ZENCOVICH, *La "datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Torino, 2018, pp. 99-109.

ciascuno vada a visualizzare annunci in linea con i propri interessi e non sia per contro disturbato da inserzioni di scarsa utilità. Questa definizione, abbracciata dall'industria pubblicitaria europea <sup>20</sup>, manca tuttavia di considerare le possibili criticità discriminatorie legate alla profilazione e alla successiva esclusione di gruppi di utenti dalla possibilità di visualizzare un annuncio pubblicitario, fondamentale strumento di conoscenza per un'opportunità che un individuo può cogliere.

La questione appare alquanto complessa se si considera che, in realtà, alla luce dell'obiettivo della pubblicità comportamentale *online*, ossia profilare e classificare gli utenti, la differenziazione tra questi è connaturata a questa stessa pratica. La grande potenzialità di questa modalità pubblicitaria risiede proprio nella possibilità di selezionare le categorie di utenti ai quali sottoporre un determinato annuncio pubblicitario e specularmente di escludere i gruppi di utenti che si ritengono potenzialmente non interessati.

È interessante, tuttavia, domandarsi se e quando queste differenziazioni tra gli utenti, che muovono da analisi algoritmiche delle loro attività *online*, possano integrare forme di discriminazione vietate dal diritto dell'Unione europea, oltre che interrogarsi su come le differenze di trattamento, che pur risultano oggi legittime, possano influenzare la società e la distribuzione delle opportunità nel mondo digitale.

### **3. Pubblicità *online* e profili discriminatori.**

Numerose ricerche empiriche e statistiche hanno evidenziato come varie modalità di targhettizzazione pubblicitaria *online* degli utenti possano risultare, anche accidentalmente, in esiti potenzialmente o effettivamente discriminatori.

Invero, affrontare la richiamata questione impone necessariamente di prendere le mosse da studi e analisi di elevata complessità tecnica che tuttavia consentono al giurista di apprezzare gli effetti che articolate e talvolta opache prassi pubblicitarie dispiegano sugli individui.

Già nel 2013 un interessante studio empirico sulle piattaforme Google e Reuters mostrava come l'algoritmo che alimentava alcune offerte pubblicitarie riproponesse stereotipi e pregiudizi già insiti nella società. Si trattava in particolare di annunci provenienti da *InstantCheckmate*, un sito americano che permette agli utenti di verificare se sono presenti informazioni su un individuo nei vari registri pubblici. Mentre gli annunci visualizzati nel caso di ricerca di nomi tipicamente assegnati a persone bianche non lasciavano trasparire alcun pregiudizio (*Looking for Trevor*

---

<sup>20</sup> EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE, *EASA Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising*, approvate nel 2011 ed emendate nel 2016 e 2021, reperibili [online](https://www.youronlinechoices.com/it/). Cfr. il sito <https://www.youronlinechoices.com/it/> predisposto da EASA come guida per l'utente sulla pubblicità comportamentale e la privacy *online*.

Jones?), quando venivano digitati nomi tradizionalmente afroamericani apparivano invece, in numero statisticamente rilevante di casi, annunci che alludevano a precedenti penali o ad arresti (*Trevor Jones, Arrested?*)<sup>21</sup>.

Successivi studi hanno evidenziato le disfunzioni dei sistemi algoritmici che alimentano i circuiti pubblicitari *online*, mostrando risultati che faticano a non essere ricondotti nell'alveo dei trattamenti discriminatori.

Nonostante ci si trovi in un campo estremamente complesso, opaco e mutevole, alcuni esperti hanno condotto una interessante serie di esperimenti empirici che hanno evidenziato, per esempio, come sulla piattaforma Google annunci per servizi di *coaching* per lavori altamente remunerativi venissero mostrati prevalentemente ad utenti di genere maschile, limitando invece le possibilità di visualizzazione di tali offerte di servizi alle donne con profili simili. Sebbene incapaci di determinare, in un complesso sistema di interazioni, a chi o a cosa dovesse essere imputato il trattamento discriminatorio, gli esperti hanno sottolineato come dai dati emergessero con certezza casi di discriminazione in base al genere<sup>22</sup>.

Un altro esempio emblematico è rappresentato da un'indagine svolta nel 2018 sui *social network* Facebook, Instagram e Twitter, che ha rilevato come annunci relativi a offerte di lavoro nei campi della scienza, della tecnologia, dell'ingegneria e della matematica (c.d. *STEM jobs*) abbiano effettivamente raggiunto un numero nettamente maggiore di uomini che donne. Su Facebook, in particolare, una piattaforma composta per il 52% da donne, gli annunci sono stati mostrati ad un numero di utenti maschi del 20% superiore rispetto al numero di utenti di genere femminile<sup>23</sup>.

Come emerge dagli esempi riportati, i meccanismi pubblicitari tipici del mondo digitale, come la pubblicità comportamentale *online*, possono e talvolta effettivamente sfociano in esiti che vanno a rafforzare ed amplificare iniquità già esistenti, ponendosi più che nell'interesse dell'utente al servizio di quei preconcetti, spesso storicamente radicati, che proprio il diritto della non discriminazione tenta di eliminare.

---

<sup>21</sup> L. SWEENEY, *Discrimination in Online Ad Delivery*, in *Communications of the ACM*, 2013, pp. 44-54. Lo studio è commentato anche da S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016, pp. 671-732. Con riferimento alle discriminazioni basate sull'origine etnica nel contesto pubblicitario *online* si veda inoltre J. ANGWIN, T. PARRIS, *Facebook Lets Advertisers Exclude Users by Race*, 28 ottobre 2016, reperibile [online](#).

<sup>22</sup> A. DATTA, M. C. TSCHANTZ, A. DATTA, *Automated Experiments on Ad Privacy Settings*, in *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2015, pp. 92-112. Per altri esempi, nel settore della pubblicità *online*, di discriminazione in base al genere si veda A. KOFMAN, A. TOBIN, *Facebook Ads Can Still Discriminate Against Women and Older Workers, Despite a Civil Rights Settlement*, 13 dicembre 2019, reperibile [online](#) e A. TOBIN, J. B. MERRILL, *Facebook Is Letting Job Advertisers Target Only Men*, 18 settembre 2018, reperibile [online](#).

<sup>23</sup> A. LAMBRECHT, C. E. TUCKER, *Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in the Display of STEM Career Ads*, in *Management Science*, 2019, pp. 2966-2981.

Considerata la complessità tecnica e la difficoltà legata alla comprensione e all'interpretazione di questi sistemi, non stupisce che le criticità discriminatorie delle pratiche pubblicitarie *online* non siano (ancora) oggetto di un acceso dibattito giuridico. Tenuto conto tuttavia del richiamato crescente sviluppo di queste forme pubblicitarie e viste le conclusioni degli studi citati, sembra sempre più urgente cominciare ad affrontare questo tema.

Il problema si pone necessariamente a livello dell'Unione europea, visto che tali pratiche si snodano totalmente nella realtà delle piattaforme *online*, contraddistinta da un carattere intersecamene transfrontaliero<sup>24</sup>.

#### **4. La tutela offerta dal diritto dell'Unione europea.**

Sebbene i Trattati originari delle Comunità europee non facessero alcun riferimento ai diritti umani e alla loro protezione, l'evoluzione del processo di integrazione europea ha portato al riconoscimento del principio di uguaglianza quale valore fondante dell'Unione europea, che non solo oggi è sancito dall'art. 2 TUE, ma che trova una declinazione nel principio di non discriminazione nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>25</sup>.

Il valore fondamentale che il principio di non discriminazione, quale specifica espressione del principio di uguaglianza, ha nell'impianto costituzionale dell'Unione emerge poi anche da altre disposizioni dei Trattati. Non solo dagli artt. 18 e 45 TFUE, che vietano le discriminazioni in base alla nazionalità, la forma che ha trovato tutela fin dalle origini del processo di integrazione europea, ma anche dall'art. 10 TFUE, il quale statuisce che l'Unione deve mirare a combattere le discriminazioni, fondate su una serie di elencati motivi<sup>26</sup>, nella definizione e nell'attuazione di tutte le sue politiche ed azioni.

Invero, contrastare le discriminazioni rappresenta anche uno degli obiettivi dell'Unione, sanciti dall'art. 3 TUE<sup>27</sup>. A partire dal Trattato di Amsterdam, infatti,

---

<sup>24</sup> Sul punto si richiama la citata proposta di regolamento (legge sui servizi digitali), p. 6 che chiarisce come «Tenendo conto della natura intrinsecamente transfrontaliera di Internet, [...] armonizzare le condizioni che consentono lo sviluppo di servizi digitali transfrontalieri innovativi nell'Unione, mantenendo nel contempo un ambiente online sicuro, è un obiettivo che si può raggiungere soltanto a livello di Unione».

<sup>25</sup> Per un'analisi dello sviluppo del diritto della non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione europea e per una comprensione del ruolo della Corte di giustizia si rimanda a G. ZACCARONI, *Equality and Non-Discrimination in the EU. The Foundations of the EU Legal Order*, Cheltenham, 2021; E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2013; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008; M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, 2002.

<sup>26</sup> Quali sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età e orientamento sessuale.

<sup>27</sup> Art. 3, par. 3, TUE.

l'allora Comunità europea si è dotata di una base giuridica, oggi sancita dall'art. 19 TFUE, al fine di poter concretizzare questo obiettivo con atti legislativi.

Tale norma consente al legislatore comunitario di adottare, tramite una procedura legislativa speciale<sup>28</sup>, provvedimenti per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Utilizzando tale base giuridica, a partire dagli anni Duemila, l'Unione ha delineato, adottando una serie di direttive, il quadro di tutela del principio di non discriminazione, che oggi offre una protezione a portata variabile nei diversi settori e con riferimento ai diversi motivi oggetto di divieti.

Evidenziare quale tutela viene offerta nell'ambito di tale quadro nel settore della pubblicità e rispetto ai diversi motivi risulta essenziale per comprendere quali differenze di trattamento degli utenti, nel contesto della pubblicità comportamentale *online*, integrino forme di discriminazioni vietate dal diritto dell'Unione europea.

La razza e l'origine etnica godono della protezione più ampia, sono infatti vietate le discriminazioni fondate su questi motivi in una numerosa serie di campi, quali l'occupazione, la formazione professionale, l'affiliazione a organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro, la protezione sociale compresa la sicurezza sociale e le cure sanitarie, i benefici sociali, l'istruzione, l'accesso e la fornitura di beni e servizi inclusi gli alloggi<sup>29</sup>. Ne consegue dunque che, nel settore della pubblicità, sono vietate le discriminazioni basate sull'etnia, siano esse dirette o indirette<sup>30</sup>, nell'esposizione di annunci di lavoro, riguardanti beni o servizi e ancora di annunci immobiliari.

Le discriminazioni fondate sul sesso godono invece di una protezione meno ampia, in particolare sono vietate nel contesto del lavoro e della sicurezza sociale<sup>31</sup>, più limitata rispetto al sistema generale del *welfare*<sup>32</sup>. Pertanto, fatte salve le giustificazioni

---

<sup>28</sup> Secondo la quale il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

<sup>29</sup> Art. 3 della [direttiva 2000/43/CE](#) del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

<sup>30</sup> Nel caso di discriminazioni indirette sono vietate solamente quelle che risultano ingiustificate, la direttiva 2000/43/CE precisa infatti, all'art. 4, come «la differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato».

<sup>31</sup> Art. 1 della [direttiva 2006/54/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

<sup>32</sup> Il sistema generale del *welfare* comprende infatti anche la protezione sociale, l'assistenza sanitaria e l'istruzione. Sul punto si veda AGENZIA DELL'UE PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, 2018, p. 22, reperibile [online](#).

specificamente previste<sup>33</sup>, sono vietate discriminazioni fondate su tale motivo nell'esposizione di annunci di lavoro.

Per quanto riguarda beni e servizi rispetto al motivo in esame, va rilevato che sebbene la direttiva 2004/113/CE<sup>34</sup> vieti le discriminazioni ingiustificate<sup>35</sup> relativamente all'accesso a questi, la stessa normativa esclude espressamente il contenuto dei mezzi di comunicazione e il settore della pubblicità dal suo campo di applicazione<sup>36</sup>. Il quadro regolatore dell'Unione europea vieta quindi qualsiasi forma di discriminazione di genere rispetto all'accesso a beni e servizi, ma consente di differenziare su tale base nell'esposizione di annunci pubblicitari relativi all'offerta di quegli stessi beni e servizi. Ciò risulta alquanto problematico se si considera che i mezzi di comunicazione e la pubblicità, oggi soprattutto *online*, altro non sono che strumenti per informare della disponibilità di beni e servizi, appare quindi quantomeno controverso cercare di garantire un accesso paritario escludendo dall'ambito di applicazione della normativa questi settori<sup>37</sup>.

Da ultimo troviamo infine le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, la disabilità, la religione o convinzione personale e l'età, tutelate solamente nell'ambito del lavoro<sup>38</sup>. Allo stato attuale quindi il diritto dell'Unione europea vieta una targhettizzazione pubblicitaria degli annunci di lavoro che discrimini sulla base di tali motivi, ma consente di pubblicizzare beni e servizi distinguendo gli utenti in base a queste caratteristiche.

Chiaramente gli Stati membri possono e talvolta accordano una più ampia protezione rispetto ai diversi motivi di discriminazione e in più settori, compreso quello dei media e della pubblicità<sup>39</sup>. Questo comporta, tuttavia, che non vi sia uno standard di

---

<sup>33</sup> Le giustificazioni riguardano le forme di discriminazione indiretta, ossia quei casi in cui una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a quelle dell'altro sesso, quando tale criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Si veda sul punto art. 2, della direttiva 2006/54/CE.

<sup>34</sup> [Direttiva 2004/113/CE](#) del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

<sup>35</sup> Sul punto si veda il considerando 16 della direttiva 2004/113/CE che chiarisce come le differenze di trattamento possono essere accettate solo se giustificate quando necessarie e appropriate per perseguire finalità legittime, quali per esempio la protezione delle vittime di violenza a carattere sessuale, la promozione della parità dei sessi o degli interessi degli uomini o delle donne, la libertà d'associazione e l'organizzazione di attività sportive.

<sup>36</sup> Art. 3 della direttiva 2004/113/CE.

<sup>37</sup> S. WACHTER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2021, pp. 369-430; E. ELLIS, P. WATSON, *EU*, cit.; E. CARACCILO DI TORELLA, *The principle of gender equality, the goods and services directive and insurance: A conceptual analysis*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, pp. 339-350.

<sup>38</sup> [Direttiva 2000/78/CE](#) del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

<sup>39</sup> Per un'analisi della situazione negli Stati membri con riferimento al settore della pubblicità di

tutela uniforme in tutto il territorio dell'Unione che garantisca quindi il medesimo livello di protezione<sup>40</sup>, aspetto piuttosto problematico se si considera il carattere transnazionale della realtà *online*, dove si sviluppano le pratiche di pubblicità comportamentale.

### **5. Proxy discrimination e discriminazione per associazione.**

Alla luce della ricostruzione del quadro di tutela offerto dal diritto della non discriminazione dell'Unione europea, è interessante capire come tale sistema si coniughi nel contesto della pubblicità comportamentale *online*.

Questa forma di pubblicità mirata non pare, ad una prima analisi, differenziare gli utenti sulla base di quelle caratteristiche personali attorno alle quali il diritto dell'Unione europea, così come i sistemi di tutela degli Stati membri, hanno definito quali differenze di trattamento integrano una discriminazione vietata, come per esempio etnia, genere o età.

Come chiarito infatti, gli operatori pubblicitari che sfruttano le tecniche di pubblicità comportamentale *online* profilano e classificano gli utenti in base ai loro comportamenti in rete, analizzando varie azioni in un arco temporale sui diversi siti *web* frequentati.

Nell'ambito del richiamato processo di datificazione della società, in cui molte attività umane sono migrate dal mondo analogico al mondo digitale e possono essere quindi registrate in modo sistematico e su larga scala, va evidenziato che numerose ricerche hanno dimostrato come tante delle caratteristiche personali, anche sensibili<sup>41</sup>, possono essere tratte, con un discreto grado di accuratezza, dall'analisi dei dati che registrano i diversi comportamenti degli utenti in rete<sup>42</sup>. L'età, il genere, la professione ma anche l'etnia, l'orientamento sessuale, il grado d'istruzione e la personalità, possono essere dedotti dalle attività di navigazione sui *browser* o sui *social network*<sup>43</sup>.

---

beni e servizi si veda S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, 2009, reperibile [online](#).

<sup>40</sup> Per una panoramica sui diversi standard negli Stati membri dell'Unione si veda I. CHOPIN, C. GERMAINE, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2021*, reperibile [online](#).

<sup>41</sup> Con tale aggettivo intendendosi quelle che il regolamento (UE) 2016/679 denomina, all'art. 9, categorie particolari di dati, le quali rivelano, tra l'altro, l'origine razziale o l'etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale.

<sup>42</sup> Cfr. C. BURR, N. CRISTIANINI, J. LADYMAN, *An Analysis of the Interaction Between Intelligent Software Agents and Human Users*, in *Minds & Machines*, 2018, pp. 735-774 e M. KOSINSKI, D. STILLWELL, T. GRAEPEL, *Private Traits and Attributes Are Predictable From Digital Records of Human Behavior*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2013, pp. 5802-5805.

<sup>43</sup> Sul tema si richiamano, *ex multis*, C.F. KURZ, A.N. KÖNIG, *Predicting Time Preference from Social Media Behavior*, in *Future Generation Computer Systems*, 2022, pp. 155-163; E. FOSCH-VILLARONGA, A. POULSEN, R.A. SØRAA, B.H.M. CUSTERS, *A Little Bird Told Me Your Gender: Gender*

Speicher e altri, per esempio, hanno chiaramente evidenziato come, utilizzando gli strumenti di targhettizzazione della piattaforma Facebook, sia possibile distribuire annunci con modalità fortemente discriminatorie, senza utilizzare direttamente le caratteristiche protette degli utenti<sup>44</sup>.

Questa possibilità ha aperto il campo per quello che è stato definito *affinity profiling*, ossia la targhettizzazione di gruppi di utenti che non sono definiti utilizzando direttamente una caratteristica protetta, ma che tuttavia mostrano una più o meno ampia affinità con il gruppo così definito<sup>45</sup>.

Ciò significa, in altre parole, che le tracce del comportamento degli utenti *online*, dalle quali vengono dedotti i loro interessi, possono essere utilizzate come *proxy*, ossia come indicatori sostitutivi, per colpire o escludere un determinata categoria protetta di soggetti.

La richiamata correlazione presente tra comportamenti *online* e caratteristiche personali degli individui tradizionalmente protette dal diritto antidiscriminatorio apre pertanto le porte per quel fenomeno denominato *proxy discrimination*<sup>46</sup>, ossia quelle forme di discriminazioni che, utilizzando una variabile apparentemente neutra o una combinazione di variabili come indicatori sostitutivi, colpiscono direttamente o indirettamente un gruppo di individui collegato o affine ad una particolare caratteristica protetta.

---

*Inferences in Social Media*, in *Information Processing & Management*, 2021, articolo 102541; S. GOEL, J. HOFMAN, M. SIRER, *Who Does What on the Web: A Large-Scale Study of Browsing Behavior*, in *Proceedings of the International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2021, pp. 130-137; J. C. EICHSTAEDT, R.J. SMITH, R.M. MERCHANT, L.H. UNGARA, P. CRUTCHLEY, D. PREOTIUC-PIETROA, D.A. ASCHB, H. A. SCHWARTZ, *Facebook Language Predicts Depression In Medical Records*, in *Psychological and Cognitive Sciences*, 2018, pp. 11203-11208; W. YOUYOUA, M. KOSINSKIB, D. STILLWELL, *Computer-Based Personality Judgments are more Accurate than Those Made by Humans*, in *Psychological and Cognitive Sciences*, 2015, pp. 1036-1040; J. GOLBECK, C. ROBLES, K. TURNER, *Predicting Personality with Social Media*, in *Computing Systems*, 2011, pp. 253-262; C. JERNIGAN, B.F. MISTREE, *Gaydar: Facebook Friendships Expose Sexual Orientation*, in *First Monday*, 2009, reperibile [online](#); J. HU, H.-J. ZENG, H. LI, C. NIU, Z. CHEN, *Demographic Prediction Based on User's Browsing Behavior*, in *Proceedings of the 16th International Conference on World Wide Web*, 2007, pp. 151-160.

<sup>44</sup> T. SPEICHER, M. ALI, G. VENKATADRI, F.N. RIBEIRO, G. ARVANITAKIS, F. BENEVENUTO, K.P. GUMMADI, P. LOISEAU, A. MISLOVE, *Potential for Discrimination in Online Targeted Advertising*, in *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, 2018, pp. 1-15.

<sup>45</sup> S. WACHTER, *Affinity*, cit., p. 380.

<sup>46</sup> *Ibidem*. Cfr. C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 2021, pp. 9-60; D. SCHWARCZ, *Health-Based Proxy Discrimination, Artificial Intelligence, and Big Data*, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 2021, pp. 97-124; S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2021, pp. 112-129; A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, pp. 1257-1318.

Tali forme di discriminazione non sono estranee al mondo analogico<sup>47</sup>, tuttavia, nel mondo digitale il fenomeno assume una portata prima inimmaginabile. L'ingente disponibilità di dati e le potenzialità dei sistemi algoritmici che alimentano i circuiti pubblicitari *online* offrono la possibilità di disporre di una serie numericamente impressionante di *proxy*, aumentando così, in maniera esponenziale, la possibilità di targhetizzare o escludere gruppi correlati a caratteristiche protette, composti sia dagli utenti che possiedono effettivamente una determinata caratteristica protetta, sia da quelli che, pur non possedendola, siano per il tramite di questi indicatori sostitutivi erroneamente ad essa associati.

Nonostante la Corte di giustizia non si sia ancora pronunciata con specifico riferimento a discriminazioni nel campo della pubblicità *online*, è possibile rinvenire nella sua giurisprudenza interessanti strumenti che possono risultare utili per affrontare le sfide connesse a tale particolare manifestazione di trattamenti discriminatori.

Invero, la Corte ha delineato, seppur senza così denominarla, la nozione di discriminazione per associazione, fornendo un'interpretazione estensiva dei motivi che formano oggetto dei divieti di discriminazione. In *Coleman*<sup>48</sup> per esempio una madre sosteneva di aver subito un trattamento discriminatorio sul posto di lavoro in ragione del fatto che il figlio fosse disabile. I giudici di Lussemburgo hanno rilevato che la tutela offerta dalla normativa dell'Unione rispetto al motivo della disabilità non andava riferita esclusivamente al figlio, ma poteva essere estesa anche alla madre poiché il trattamento discriminatorio da essa subito era stato comunque posto in essere in ragione di quella disabilità.

Successivamente, in *CHEZ*<sup>49</sup>, la Corte di giustizia ha riproposto tale schema interpretativo in un caso in cui un'azienda distributrice di elettricità proponeva un servizio meno favorevole, sotto taluni profili, in un'area geografica caratterizzata prevalentemente da residenti di origine rom<sup>50</sup>. La ricorrente, tuttavia, che lamentava di essere vittima di un trattamento discriminatorio, pur abitando in quel quartiere non

---

<sup>47</sup> Sul tema L. ALEXANDER, K. COLE, *Discrimination by Proxy*, in *Constitutional Commentary*, 1997, pp. 453-463. Si veda per esempio Corte di giustizia, sentenza dell'8 novembre 1990, [causa C-177/88, Dekker](#), EU:C:1990:383 dove una differenza di trattamento basata sulla gravidanza è stata ritenuta una discriminazione diretta fondata sul sesso. Sul punto si richiamano J. GERARDS, R. XENIDIS, *Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for Gender Equality and Non-Discrimination Law*, 2021, reperibile [online](#) e R. XENIDIS, *Tuning EU Equality Law to Algorithmic Discrimination: Three Pathways to Resilience*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, pp. 736-758.

<sup>48</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 luglio 2008, [causa C-303/06, Coleman](#), EU:C:2008:415.

<sup>49</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 16 luglio 2015, [causa C-83/14, CHEZ](#), EU:C:2015:480.

<sup>50</sup> Si trattava in particolare della circostanza per cui, in quel quartiere, i contatori venivano installati su pali ad un'altezza tale da rendere impossibile controllare il consumo di energia elettrica, diversamente da quanto accadeva negli altri quartieri di quell'area urbana.

apparteneva a quella minoranza etnica. La Corte ha nuovamente interpretato in modo estensivo la nozione di discriminazione, in questo caso fondata sull'origine etnica, stabilendo come questa si applicasse a chiunque avesse risentito allo stesso modo della misura discriminatoria basata su quel motivo, anche se non appartenente all'etnia interessata<sup>51</sup>. In altre parole, la Corte ha constatato come, tramite l'indicatore della residenza, si fosse identificato un gruppo che era correlato alla caratteristica protetta dell'origine etnica, seppur composto anche da persone non contraddistinte da tale caratteristica.

L'offerta di un servizio integrante un trattamento sfavorevole avrebbe potuto configurare, secondo le considerazioni della Corte, una discriminazione diretta o indiretta. Tale valutazione spettava al giudice nazionale che avrebbe dovuto verificare nel primo caso che la selezione di quell'area geografica era stata effettuata proprio in ragione dell'origine etnica della maggioranza dei residenti, mentre nel secondo caso che la suddetta scelta era basata su altri fattori<sup>52</sup>, pur colpendo in maniera significativamente più sfavorevole quella minoranza etnica<sup>53</sup>.

In sostanza, la Corte ha precisato, sia con riferimento alle forme di discriminazione diretta che indiretta, che il diritto antidiscriminatorio dell'Unione non protegge solo le persone che possiedono una determinata caratteristica protetta ma anche coloro che, pur non possedendo tale specifica caratteristica, sono associati al gruppo che la possiede e che per tale motivo soffrono le conseguenze negative subite da quel gruppo.

La nozione di discriminazione per associazione può quindi giocare un ruolo chiave rispetto alle forme discriminatorie che si concretizzano tramite i circuiti algoritmici della pubblicità *online*, offrendo la possibilità di tutelare un intero gruppo di utenti individuato tramite un *proxy* e correlato ad una caratteristica protetta.

Non è ancora chiaro però, vista la scarsa giurisprudenza sul tema, quali *proxy* possano essere presi in considerazione, né quale sia il livello di correlazione necessario affinché tali indicatori si possano ricollegare ad una caratteristica protetta. Nel caso *Jyske Finans*<sup>54</sup>, per esempio, il paese di nascita non è stato riconosciuto quale possibile indicatore sostitutivo dell'origine etnica. La Corte ha infatti evidenziato come questo non potesse «di per sé solo, giustificare una presunzione generale di appartenenza ad un determinato gruppo etnico, tale da dimostrare l'esistenza di un legame diretto o indissolubile tra tali due nozioni»<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Sentenza *CHEZ*, cit., punto 60.

<sup>52</sup> Quali ad esempio l'elevato numero di danneggiamenti ai contatori.

<sup>53</sup> Sentenza *CHEZ*, cit., punto 91 e ss. Su tale aspetto si veda C. MCCRUDDEN, *The New Architecture of EU Equality Law After CHEZ: Did the Court of Justice Reconceptualise Direct and Indirect Discrimination?*, in *European Equality Law Review*, 2016, pp.1-10.

<sup>54</sup> Corte di giustizia, sentenza del 6 aprile 2018, [causa C-668/15](#), *Jyske Finans*, EU:C:2017:278.

<sup>55</sup> Sentenza *Jyske Finans*, cit., punto 20. Sul tema si richiama J. GERARDS, R. XENIDIS, *Algorithmic*, cit. e R. XENIDIS, *Tuning*, cit.

Chiaramente il delineato strumento potrà essere sfruttato, nel settore della pubblicità e con specifico riferimento ai profili discriminatori della pubblicità comportamentale *online*, solamente rispetto a quei motivi che trovano oggi tutela nell'ambito del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea, ricostruito nel paragrafo precedente, lasciando invece gli utenti privi di protezione negli ambiti e con riferimento ai motivi che ancora non trovano protezione nel quadro legislativo dell'Unione.

## 6. La portata dell'efficacia diretta del principio di non discriminazione.

Sebbene, come evidenziato, il *corpus* normativo dell'Unione in materia di non discriminazione presenti (ancora) diverse carenze, è interessante domandarsi se tali lacune non possano essere colmate grazie al riconoscimento dell'effetto diretto del principio generale di non discriminazione e dei divieti sanciti dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Come noto, l'effetto diretto consiste nell'idoneità di una norma sovranazionale ad essere invocata dai singoli dinnanzi ai giudici interni agli Stati membri, qualora questa possieda determinate caratteristiche<sup>56</sup>. Deve trattarsi infatti, come affermato sin dalla celeberrima sentenza *Van Gend en Loos*<sup>57</sup>, a partire dalla quale è stata enucleata la dottrina dell'effetto diretto, di una disposizione chiara, precisa e incondizionata.

Ai fini del presente lavoro, che discute i possibili esiti discriminatori nel contesto della pubblicità *online*, e quindi nell'ambito di rapporti tra privati, pare opportuno richiamare che, a partire dalla controversa sentenza *Mangold*<sup>58</sup>, è stato riconosciuto l'effetto diretto orizzontale del principio generale di non discriminazione, in particolare in quella sede per ragioni di età, quale declinazione del principio di uguaglianza<sup>59</sup>. Tale

---

<sup>56</sup> Sul tema si richiamano, *ex multis*, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; J.M. PRINSEN, A. SCHRAUWEN (edited by), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002; P. PESCATORE, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, pp. 155-177.

<sup>57</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, [causa 26-62](#), *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1. Cfr. C. BERNARD, *Van Gend en Loos to(t) the future*, in A. TIZZANO, J.KOKOTT, S. PRECHAL (comité organisateur), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos:1963-2013: actes de colloque*, Luxembourg, 13 mai 2013, 2013, pp. 117-122 e P. PESCATORE, *Van gend en loos, 5 february 1963 – A View from Within*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (edited by), *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, pp. 3-8.

<sup>58</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 22 novembre 2004, [causa C-144/04](#), *Mangold*, EU:C:2005:709.

<sup>59</sup> Sul tema si vedano L. PINESCHI (edited by), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, Heidelberg, 2015; D. DITTER, *Droits fondamentaux européens: vers un effet direct horizontal généralisé?*, in *Revue des affaires européennes*, 2014, pp. 177-182; E. SPAVENTA, *The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (edited by), *A Constitutional Order of States: Essays in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, pp. 199-218 e P. CABRAL, R. NEVES, *General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect*, in *European Public Law*, 2011, pp. 437-451.

principio, enucleato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ha poi trovato codificazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sancisce, all'art. 21, un divieto di tutte le forme di discriminazione fondate su un elenco non tassativo di motivi.

Invero, anche tale norma si è vista riconosciuta la capacità di produrre un effetto diretto nella sentenza *Egenberger*<sup>60</sup>, dove la Corte ha chiarito che il divieto di ogni discriminazione, basata sulla religione o le convinzioni personali, sancito dall'art. 21 della Carta, il quale «riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione [...] è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione»<sup>61</sup>.

La portata del principio generale di non discriminazione parrebbe dunque poter sopperire alle evidenziate lacune del *corpus* normativo del diritto antidiscriminatorio dell'Unione. Va tuttavia chiarito in quale ambito l'effetto diretto di tale principio e dei divieti elencanti nella Carta possa esplicarsi. Già prima della redazione di quest'ultima, la Corte di giustizia aveva infatti affermato in numerose occasioni che i principi generali relativi alla protezione dei diritti fondamentali non vincolavano gli Stati al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto comunitario<sup>62</sup>.

Ciò significa, come sostenuto in dottrina, che «i diritti fondamentali dell'Unione non creano il proprio ambito applicativo a livello nazionale in modo autonomo, ma operano sole nelle situazioni in cui è concretamente applicabile un'altra regola di diritto dell'Unione, primario o derivato»<sup>63</sup>. Ne consegue che la mera sussistenza di un principio di non discriminazione non può essere utile all'utente vittima di un trattamento pubblicitario discriminatorio in una situazione che non presenti un collegamento giuridico idoneo con una differente regola di diritto dell'Unione.

L'art. 51 della Carta, abbracciando la posizione già esplicitata dalla Corte, ha in seguito definito che le disposizioni di questa si applicano «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà», oltre che «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Sebbene la Corte di giustizia, negli anni immediatamente successivi all'attribuzione del rango primario alla Carta, abbia evitato di esprimersi in modo netto

---

<sup>60</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 aprile 2018, [causa C-414/16](#), *Egenberger*, EU:C:2018:257.

<sup>61</sup> Sentenza *Egenberger*, cit. punto 76.

<sup>62</sup> Si vedano, a titolo di esempio, Corte di giustizia, sentenza del 22 ottobre 2002, [causa C-94/00](#), *Roquette Frères*, EU:C:2002:603, punto 25; Corte di giustizia, sentenza del 29 maggio 1997, [C-299/95](#), *Kremzow*, EU:C:1997:254, punto 15 e Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 1991, [causa C-159/90](#), *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, EU:C:1991:378, punto 31.

<sup>63</sup> N. LAZZERINI, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 187.

sul significato delle richiamate espressioni dell'art. 51, la stessa ha successivamente chiarito che vi era continuità tra quest'ultime e la propria giurisprudenza sui principi generali<sup>64</sup>. Con la sentenza *Åkerberg Fransson*<sup>65</sup> ha infatti esplicitato che l'art. confermava la giurisprudenza della Corte «relativa alla misura in cui l'operato degli Stati membri deve conformarsi alle prescrizioni derivanti dai diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione»<sup>66</sup>, chiarendo come questi debbano essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse.

Pare dunque che l'efficacia diretta del principio generale di non discriminazione e dei divieti sanciti dall'art. 21 della Carta possa risultare utile all'utente vittima di un trattamento pubblicitario discriminatorio solamente nella misura in cui tale trattamento abbia luogo in un contesto disciplinato da una normativa dell'Unione. Benché non possa negarsi quindi che tale diretta efficacia sia in grado, in talune situazioni, di sopperire alle lacune del *corpus* normativo dell'Unione europea, che di fatto concretizza il principio generale di non discriminazione<sup>67</sup>, è comunque auspicabile, per garantire agli individui un'adeguata tutela dai possibili trattamenti discriminatori, delineare quanto prima, anche nel contesto della pubblicità *online*, un quadro normativo maggiormente esaustivo.

## **7. Discriminazione e trasparenza algoritmica: le prospettive contenute nel *Digital Services Act*.**

Oltre le carenze che caratterizzano attualmente il sistema di tutela dell'Unione europea nel campo della pubblicità, in particolare rispetto ad alcuni dei motivi di discriminazione quali sesso, orientamento sessuale, disabilità, religione ed età, va rilevato che, affinché questo sistema possa essere effettivo anche nel mondo digitale e con riferimento alla pubblicità comportamentale *online*, è necessario che sia praticamente e tecnicamente possibile poter fornire prova dell'avvenuto trattamento discriminatorio.

Le questioni procedurali in materia di non discriminazione non sono infatti secondarie, poiché le difficoltà pratiche nel dimostrare che una differenza di trattamento si basa su uno dei motivi oggetto dei divieti di discriminazione possono neutralizzare quasi totalmente l'efficacia del sistema di tutela. Invero, generalmente le discriminazioni non si manifestano in modo chiaro e palese e non sono pertanto

---

<sup>64</sup> *Ivi*, p. 200 ss.

<sup>65</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, [causa C-617/10](#), *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105.

<sup>66</sup> Sentenza *Åkerberg Fransson*, cit., punto 18.

<sup>67</sup> In questo senso Sentenza *Egenberger*, cit. punto 47.

facilmente ravvisabili. Per tale motivo il legislatore dell'Unione europea ha deciso, nel delineare la normativa europea della non discriminazione, di ripartire l'onere della prova distaccandosi dalle regole generali in materia. La vittima che intenda ricorrere in giudizio dovrà fornire elementi idonei a far intuire l'esistenza di una discriminazione *prima facie*, ossia elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che vi sia stato un trattamento discriminatorio diretto o indiretto<sup>68</sup>. Quando il ricorrente fornisce tali elementi, che possono essere desunti anche da dati di carattere statistico<sup>69</sup>, spetta al convenuto dimostrare che la differenza di trattamento non è discriminatoria o che, sebbene la disparità riguardi un motivo vietato, sussista una giustificazione obiettiva e ragionevole.

Nel contesto della pubblicità comportamentale *online* occorrerà quindi poter fornire elementi idonei a dimostrare, *prima facie*, che una prassi pubblicitaria comporti che un gruppo di utenti, anche definito sulla base di un *proxy*, subisca un trattamento sfavorevole rispetto ad altri utenti in situazioni analoghe, per esempio venendo escluso dalla possibilità di visualizzare annunci con offerte lavorative<sup>70</sup>.

Nella realtà delle piattaforme digitali, tuttavia, fornire i suddetti elementi è pressoché impossibile poiché gli utenti non hanno strumenti per comprendere le modalità di indirizzo degli annunci, non possono avere percezione dei criteri di targhettizzazione e non dispongono di dati statistici circa i gruppi di utenti raggiunti o esclusi da un determinato annuncio pubblicitario. In sostanza manca totalmente la trasparenza algoritmica dei sistemi che regolano la pubblicità sulle piattaforme, ossia chiarezza riguardo a come vengono identificate le varie categorie di interessi e i segmenti di utenti a cui sono offerti trattamenti pubblicitari differenziati.

Proprio in questo senso vi è però un'importante prospettiva di riforma che è rappresentata dal *Digital Services Act*<sup>71</sup>, una delle proposte presentate nel dicembre del

---

<sup>68</sup> Si vedano in proposito art. 8 della direttiva 2000/43/CE; art. 10 della direttiva 2000/78/CE; art. 9 della direttiva 2004/113/CE e art. 19 della direttiva 2006/54/CE.

<sup>69</sup> Sul punto, a titolo esemplificativo, si veda il considerando 15 della direttiva 2000/43/CE.

<sup>70</sup> Qualora poi la ragione di questo trattamento sfavorevole vada ravvisata nella particolare caratteristica che caratterizza il gruppo, la quale rientra fra i motivi oggetto di protezione, si tratterà di discriminazione diretta. Se, per contro, si tratterà di una prassi neutra basata su altri fattori che pur colpisce in modo significativamente più sfavorevole un gruppo definito o considerato affine ad uno dei motivi oggetto dei divieti di discriminazione, sarà integrata una forma di discriminazione indiretta.

<sup>71</sup> Per un'analisi completa della proposta si veda G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE, Focus "Servizi e piattaforme digitali"*, 2021, pp. 1-29, reperibile [online](#). Cfr. G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2022; G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione*, in *Papers di diritto europeo*, 2021 pp. 45-71, reperibile [online](#); ID, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus.it*, 2020, pp. 13-46; G.M. RUOTOLO, *Le proposte di disciplina di Digital Services e Digital Markets della Commissione del 15 dicembre*, in *DPCE Online*, 2021, pp. 5419-5421, reperibile [online](#).

2020 dalla Commissione europea nell'ambito di un pacchetto relativo a servizi e piattaforme digitali<sup>72</sup>.

La proposta riconosce come la pubblicità *online* svolga un ruolo importante nell'ambiente digitale e come sia legata a rischi significativi, tra cui rileva anche la visualizzazione discriminatoria di pubblicità, la quale comporta ripercussioni sulla parità di trattamento e di opportunità per i cittadini<sup>73</sup>.

Tra le varie novità pertanto, la proposta mira ad introdurre obblighi di trasparenza specifici per la pubblicità *online*; in particolare è previsto che le piattaforme rendano gli utenti dei loro servizi in grado di identificare la natura pubblicitaria dell'informazione, l'inserzionista per conto del quale viene visualizzata la pubblicità e soprattutto che forniscano informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare i destinatari ai quale vengono mostrati gli annunci pubblicitari<sup>74</sup>.

Inoltre, con riferimento alle piattaforme molto grandi<sup>75</sup>, la proposta prevede l'obbligo di compilare e rendere pubblico un archivio in cui vengano conservati, oltre al contenuto dell'annuncio e l'indicazione dell'inserzionista, il periodo in cui è stato mostrato e i parametri utilizzati per individuare le specifiche categorie di utenti ai quali l'annuncio è stato destinato, oltre al numero totale dei riceventi e ai totali aggregati del gruppo o dei gruppi specificamente targhettizzati<sup>76</sup>.

Si tratta di un importante sviluppo nel campo della pubblicità *online* fondamentale per poter conoscere e affrontare le criticità discriminatorie che, come si è cercato di far emergere, insidiano questo settore. Gli obblighi che questa proposta introdurrà, se approvata, consentiranno infatti all'utente non solo di avere informazioni fondamentali relative agli annunci pubblicitari che visualizza e alle pratiche di profilazione e targhettizzazione, ma renderanno meno opaco l'intero funzionamento dell'ecosistema pubblicitario, seppur solo delle piattaforme molto grandi, rendendo sostanzialmente

---

<sup>72</sup> Il pacchetto comprende inoltre la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), [COM\(2020\) 842 final](#) del 15 dicembre 2020 e la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati), [COM\(2020\) 767 final](#) del 25 novembre 2020. Cfr. G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, pp. 323-340; F. CALOPRISCO, *Data Governance Act. Condivisione e "altruismo" dei dati*, in *I Post di AISDUE, Focus "Servizi e piattaforme digitali"*, 2021, pp. 58-75, reperibile [online](#); G. CONTALDI, *La proposta della Commissione europea di adozione del Digital Markets Act*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, pp. 1-21, reperibile [online](#); P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post AISDUE, Focus "Servizi e Piattaforme digitali"*, 2021, pp. 30-56, reperibile [online](#).

<sup>73</sup> Considerando 52 della proposta di regolamento, COM(2020) 842 final.

<sup>74</sup> Art. 24 della proposta di regolamento, COM(2020) 842 final.

<sup>75</sup> Le piattaforme *online* che prestano i loro servizi ad un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni. Art. 25 della proposta di regolamento, COM(2020) 842 final.

<sup>76</sup> Art. 30 della proposta di regolamento, COM(2020) 842 final.

possibile verificare con sistematicità eventuali esiti discriminatori e di conseguenza sviluppare esempi di buone pratiche per prevenirli.

## 8. Considerazioni conclusive.

Le prospettive offerte dal *Digital Services Act* appaiono certamente incoraggianti lungo il percorso di comprensione e contrasto dei fenomeni discriminatori nel settore della pubblicità *online*, rimasti a lungo nascosti nelle complessità tecniche e nell'opacità dei sistemi algoritmici che lo governano.

D'altra parte permangono le debolezze del sistema di tutela della non discriminazione dell'Unione europea che, come descritto, ha una portata variabile rispetto ai diversi motivi di discriminazione nei diversi settori e soprattutto offre una tutela molto limitata nell'ambito della pubblicità. In particolare risulta ancora oggi possibile discriminare nell'esposizione di annunci pubblicitari relativi a beni e servizi rispetto a motivi quali il sesso, l'orientamento sessuale, la disabilità, la religione o convinzione personale e l'età.

A fianco degli obblighi di trasparenza algoritmica, sarebbe certamente auspicabile anche uno sviluppo di questo sistema, in modo tale da garantire (almeno) la parità di trattamento nella visualizzazione di annunci riguardanti l'offerta di beni e servizi, anche *online*, per tutti i motivi indicati dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ampliare il novero delle forme discriminatorie di targhettizzazione pubblicitaria vietate consentirebbe di assicurare un accesso più equo e paritario, per tutti i gruppi sociali, alle offerte della realtà digitale, evitando che i meccanismi pubblicitari in rete diventino uno strumento per rafforzare nocivi pregiudizi e inasprire le disegualianze sociali.

Va ricordato tuttavia che si tratta di un passo non facile da compiere tenuto conto che, come richiamato, la base giuridica prevista nei Trattati impone di dover raggiungere, in sede di Consiglio, l'unanimità<sup>77</sup>. Non è un caso che la proposta legislativa per estendere all'accesso ai beni e ai servizi la tutela contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, le convinzioni religiose, la disabilità e l'età, che attualmente configurano motivi di discriminazione oggetto di protezione soltanto in campo lavorativo, da oltre dieci anni non trovi il consenso politico per giungere ad approvazione<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Art. 19 TFUE.

<sup>78</sup> Proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, [COM\(2008\) 426 final](#) del 2 luglio 2008.

Non è da escludere comunque che una maggiore trasparenza algoritmica dei meccanismi di pubblicità, anche comportamentale, *online* mostri la urgente necessità di ripensare e integrare il sistema di tutela del diritto a non essere discriminati in tale settore. Scopo ultimo del diritto della non discriminazione è infatti quello di garantire un accesso equo e paritario alle opportunità offerte dalla società, oggi sempre più virtuale. Nella bussola digitale dell'Unione europea<sup>79</sup> questo profilo non può essere dimenticato, il cammino intrapreso con il *Digital Services Act* sembra però orientato nella giusta direzione.

---

<sup>79</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale, [COM\(2021\) 118 final](#) del 9 marzo 2021.

**ABSTRACT:** La pubblicità comportamentale *online* è una particolare forma di pubblicità mirata che sfrutta le tecnologie di tracciamento e le potenzialità degli algoritmi per profilare gli utenti e massimizzare il livello di personalizzazione dell'offerta pubblicitaria in rete. Il contributo riflette sui profili discriminatori connessi a tale pratica ricostruendo il quadro di tutela offerto dal diritto dell'Unione europea e ricercando, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, gli strumenti giuridici per contrastare una peculiare manifestazione di trattamenti discriminatori, denominata *proxy discrimination*. Particolarmente interessanti rispetto al tema esaminato risultano essere le prospettive contenute nel *Digital Services Act* che, garantendo una maggiore trasparenza algoritmica dei circuiti pubblicitari *online*, potrebbero consentire di identificare e prevenire prassi discriminatorie.

**PAROLE CHIAVE:** pubblicità comportamentale *online*; discriminazioni; algoritmi; *proxy discrimination*; proposta di legge servizi digitali.

*Discrimination issues of online behavioural advertising: means and prospects of protection in European Union Law.*

**ABSTRACT:** *Online behavioural advertising is a particular form of targeted advertising that exploits tracking technologies and algorithms' potentialities to profile users and maximise the personalization level of advertisements. This paper reflects on discrimination issues related to such practise, outlining the protection framework offered by EU law and looking for legal means, in Court of Justice case law, to tackle a peculiar manifestation of discriminatory treatments, known as proxy discrimination. Prospects contained in the Digital Services Act appear to be particularly interesting with regard to this topic since, ensuring greater algorithmic transparency of online advertising networks, they could allow for identification and prevention of discriminatory practices.*

**KEYWORDS:** *online behavioural advertising; discrimination; algorithms; proxy discrimination; Digital Services Act.*

# Collective bargaining and public health protection. Which role for the implementation of Agenda 2030 Goal 3 and EU social policies?

Olga Rubagotti\*

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Premises. – 2.1. Italian collective bargaining effectiveness and structure. – 2.2. International and European sustainability's policies on health protection. – 2.3. A focus on cancer and mental health. – 2.4. Implementation issues. – 3. Industrial relations as a lever to relaunch ethical values in the perspective of sustainability. – 4. Italian legislation in support of occupational welfare and the new scope for trade union action. – 5. The link between occupational welfare and sustainable development. – 6. Occupational welfare and public health. – 7. Concluding remarks.

## 1. Introduction.

The Pandemic has forced individuals to come to terms with a bitter real-life scenario that is no longer so apocalyptic: the planet is sick, and the health of individuals is at risk. In this regard, the pandemic has accelerated processes of economic, environmental, and social transformations that were already underway. Thus, the Covid-19 emergency can be also seen as an immediate wake-up call for a new ethic that can protect the right of public health. What can no longer be neglected by States, supranational organisations, and private individuals is the need to set up systems and mechanisms, composed by the interaction of hard and soft law, that can provide a rapid response to the satisfaction of new safety needs.

Protecting public health is one of the goals of sustainability, and, in particular the third goal of the sustainable development UN Agenda has the objective of ensuring health and well-being for all at all ages.

This contribution, share the perspective that sustainability today, in all its declinations, is considered an aim to which labour should strive<sup>1</sup>, and its purpose is to demonstrate that labour law and industrial relations systems can provide a very rapid reaction to the problems linked to the society's transformations in order to satisfy both employees' and all individuals' need for safety and welfare, in accordance with European and International standards of sustainable development.

---

\* PhD Student in International and European Legal Sciences, University of Verona.

<sup>1</sup> B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centre for the study of European Labour Law "Massimo D'Antona", pp. 2-6, available [online](#); V. CAGNIN, *Diritto del Lavoro e Sviluppo sostenibile*, Milano-Padova, 2018.

First, it will be argued the reasons why trade unions can actively participate in sustainable development through exerting their own action towards the ethic of sustainability (*infra*, para. 2).

Secondly, this contribution will focus on the specific Italian framework, where the public redistributive policy in support of occupational welfare has the consequence of leading collective autonomy to assume public functions of protection, which are typical of the welfare state (*infra*, para 3). Indeed, these social protection functions, in accordance with sustainable development policies, can be directed towards social, environmental<sup>2</sup>, and economic sustainability to achieve the United Nations' objectives and the European Pillar of Social Rights' policies.

Occupational welfare system is not immune from tensions because it is strictly linked to the collective bargaining and to the contract of employment<sup>3</sup>. This link gives to this system an exclusive nature: it is financed by the community but for the benefit of a few employees (who in the following pages will be referred to as «insiders» of the occupational welfare system).

Although this system has an exclusive nature, it is believed that the trade union, through the negotiation of certain categories of goods and services, able to meet today's sustainability requirements, can extend its beneficial effects also to those are not directly involved in the employment welfare system (*infra*, para. 4). In conclusion, it will be argued the way trade unions can negotiate welfare instruments, with particular reference to public health, capable of making the right of the «insiders employees» a universalizable possibility, by taking advantage of the space for their action, precisely because of its power to generate social value.

## **2. Premises.**

To comprehend better the sense of this contribution three brief premises are required. The first concerns the discipline of the effectiveness of collective bargaining in Italy. The second one regards the international and EU regulatory framework for sustainable development with specific focus on public health protection. The third concerns limits of the sustainable development implementation system.

### **2.1. Italian collective bargaining effectiveness and structure.**

In regulating trade union phenomena, for the Italian legal system, the fundamental rule is the Article 39, para. 1 of the Constitutional Charter: «[t]rade union organisation is

---

<sup>2</sup> ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2019)*, VI rapporto ADAPT, ADAPT University press, 2020, pp. 183-205.

<sup>3</sup> D. NATALI, E. PAVOLINI, B. VANHERCKE, *Occupational Welfare in Europe: Risks, opportunities and social Partner involvement*, Brussels, 2018.

free», and apart from the public employment sector, there are no legal provisions regulating the effectiveness of collective agreements. This is because of the lack of implementation of Article 39, second part<sup>4</sup>. The consequences of this non-implementation are significative in terms of the legal nature and effectiveness of collective agreements.

Firstly, trade unions in Italy are considered by doctrine and case law to be unrecognised associations, to which the rules contained in the Civil Code apply.

Secondly, collective agreements are brought under the civil law regulation of contracts in general. This approach means that, from the point of view of its scope of effectiveness, the collective agreement is legally binding only for the persons who have signed it and for the persons who are members of the trade unions and employers' associations that have signed it. Over the years, case law has sought to broaden the subjective scope of application of the collective agreement, deeming it binding not only on employers who are members of the stipulating employers' association, but also on those who have adhered to the collective agreement either explicitly. Outside of these hypotheses, case law has been able to use the collective agreement only as a parameter for determining sufficient remuneration within the meaning of Article 36 of the Italian Constitution.

The structure of collective bargaining in Italy reflects the articulation of trade union organisation and it takes on a certain structure, with diverse levels, subjects, competences, and procedures.

With reference to private employment relations, the Italian experience shows three levels of bargaining: a) Cross-sectoral, b) National/Sectoral and c) Decentralised.

Regarding the National or Sectoral level, in a context of trade union freedom it is the social partners themselves who concretely identify the boundaries of the category, even if in the Italian tradition, the category is identified with the production category<sup>5</sup>.

At the decentralised level the collective agreement may be territorial, or company based. This is the level that defines the institutions of the employment relationship that are most linked to individual production contexts (workers' classification, working hours, incentive pay, etc.). At company level, the collective agreement mostly concerns the individual company, but sometimes also smaller areas, such as a factory or a branch. In any case, it is generally medium-sized and large companies that enter into collective

---

<sup>4</sup> The second part of Article 39 of the Constitution provides for a mechanism whereby trade unions are required to apply for registration at local or central offices, according to the law. The registration of trade unions is functional to the acquisition of legal personality and, secondly, to the capacity to stipulate collective agreements with general effectiveness for all members of a productive category through unitary representation, i.e. in which each representation is represented in proportion to its members.

<sup>5</sup> Hence the national collective agreement (*CCNL*) for metalworkers, chemists, textiles, etc., which provide, at regular intervals, common rules for labour relations for each of these categories in relation to their respective characteristics. It should be noted, however, that for some time now the major changes in the production system, with the consequent general repercussions, have sometimes made the boundaries between the various activities more uncertain, making it more difficult to identify the category and giving rise to forms of bargaining covering non-homogeneous areas.

agreements, since their small organisational size is unfavourable to union presence. This is because of the combined provisions of Articles 19 and 35 of Law No. 300 of 1970 (the so-called *Statuto dei lavoratori*)<sup>6</sup>.

In summary, what is necessary to know is that national collective bargaining in Italy does not have general legal effect for all members of a given production category. In addition, company or territorial level of collective bargaining is not present in most of the Italian companies.

## **2.2. International and European sustainability's policies on health protection.**

In September 2015, world leaders adopted the UN Agenda «Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development»<sup>7</sup>, establishing a set of Sustainable Development Goals to end poverty, protect the planet, and ensure the protection of human rights by 2030. Among these goals, Goal 3 of the UN 2030 Agenda specifically regards «Ensuring healthy lives and promoting wellbeing for all at all ages»<sup>8</sup>. According to the content of this goal, health issues should not be considered individually, but with an overall view. It aims first to promote education and food security, which affect the success of health programmes. In addition, aims to reduce child and maternal mortality and communicable diseases such as AIDS, malaria and tuberculosis, non-communicable diseases, through treatment and prevention processes. It aims to combat and prevent psychological disorders. Finally, it provides for the achievement of universal access to good health services and medicines and protection from financial risks.

Going beyond the specific contents of this goal, widely known, as one of the required premises of the centrale thesis of this contribution, here it is necessary to focus on the UN measures established to give effectiveness to all the Agenda principles.

---

<sup>6</sup> [Law 20 May 1970, No. 300](#), Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento. Article 19 provides for the possibility of setting up company trade union representatives in a production unit, within the framework of trade union associations that are signatories to the collective labour agreements applied in the production unit. Article 35, on the other hand, for industrial and commercial companies, limits the scope of application of Article 19 to company headquarters, factories, branches, offices, or autonomous departments with more than 15 employees. In Italy, the production sector is characterised by the prevalence of small and medium-sized companies (with no more than 10 employees), with the highly industrialised North in opposition to the Centre-Southern regions. The subjective effectiveness of company level collective bargaining reflects the characteristics of the Italian territory and is therefore limited to a low percentage of companies and workers, compared to the total number of companies and workers in the labour market.

<sup>7</sup> United Nations, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 2015; available [online](#).

<sup>8</sup> United Nations, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, cit., p. 20.

These implementation measures have been stated in the Addis Ababa Action Plan<sup>9</sup>, and in the Financing for Sustainable Development Report 2021<sup>10</sup>. Both plans adopt a multilevel logic within which both international institutions, States and private individuals must act.

The Addis Ababa Plan consists of a financial framework aimed at achieving the goals of the 2030 Agenda, with a view to sharing responsibilities at all levels. Indeed, the Action Plan emphasises the importance of private institutions<sup>11</sup>. The primary role of action at national level is stressed, but the private sector is also given a key role.

The Financing for Sustainable Development Report 2021, which is the most recent and complete document about the implementations of the Agenda 2030's goals is drawn up considering also the economic, social, and health crisis caused by the COVID-19 pandemic. All governments involved in the agreement are specifically asked to develop taxation plans appropriate to its financing as first step. Indeed, the document recommends governments to: a) invest in people; b) invest in infrastructure and innovation; c) reform the global political and financial architecture.

With specific reference to investment in people, the report notes how the lack of sustainable progress is closely linked to the degree of vulnerability of families and therefore recommend that governments, in their political action, prioritize spending on social protection and health protection of individuals.

To implement such plans and to improve a sustainable development the European Union has adopted policies aimed at achieving the goals of the 2030 Agenda. The EU has identified key policy areas for a transformational change towards sustainable development<sup>12</sup> through the Sustainable Development Observatory (SDO)<sup>13</sup> which has delivered a European Green and Social Deal<sup>14</sup>.

European Union already pursued, before the UN Agenda, such social policy goals<sup>15</sup> since the introduction of the European Pillar of Social Rights in 2017<sup>16</sup>. The goal of the program presented was and remains «to promote new and more effective rights for

---

<sup>9</sup> United Nations, *Addis Ababa Action Agenda of the third International Conference on Financing for Development*, 2015, available [online](#). United Nations General Assembly adopted the plan on 27 July 2015, with Resolution 69/313, as an integral part of the 2030 Agenda.

<sup>10</sup> United Nations, *Financing for Sustainable Development Report 2021*, 2021, available [online](#).

<sup>11</sup> In particular, para. 41 of the 2030 Agenda recognizes the role of the private sector in implementing the Agenda, from microenterprises to cooperatives to multinational corporations, and the role of civil society organizations and philanthropic organizations.

<sup>12</sup> Available [online](#) on the European Economic and Social Committee webpage.

<sup>13</sup> European Economic and Social Committee, *Sustainable Development Observatory, work program 2020-2023*, available [online](#).

<sup>14</sup> European Green Deal is a programme outlined in the political guidelines of the incoming President of the European Commission, Ursula von der Leyen (available [online](#)) and consist of a strategy for the EU to achieve climate neutrality by 2050 and provide economic impetus.

<sup>15</sup> See at the following webpage: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/eu-affairs/20170616STO77648/social-europe-what-parliament-is-doing-on-social-policy>.

<sup>16</sup> European Commission, *The European Pillar of social rights Action Plan*, 2021, available [online](#).

citizens and to create a fairer and better functioning labour market and welfare systems». Moreover, the European Union itself, through the work of the Commission, in March 2021<sup>17</sup> adopted a new twenty-points action plan for the implementation of the European pillar of social rights<sup>18</sup>, with the aim of making EU social action more effective in the current critical phase of the pandemic. The Action Plan, first, indicates three objectives to be achieved by 2030: raising the employment rate; increasing the participation of workers in training plans to increase levels of employability; limiting the percentage of individuals at risk of poverty.

The point 16 of the 20 principles of the above-mentioned action plan establishes the right of every person to have «timely access to affordable preventive and therapeutic healthcare of good quality». According to the content of this principle, there are two main fields in which the European Union has focused policies on the protection of public health and that have been further implemented: the cancer prevention and treatment, and mental health protection.

### 2.3. A focus on cancer and mental health.

In February 2020, the European Union submitted a *Cancer Action Plan*<sup>19</sup> that was aimed at supporting action by individual Member States to prevent cancer<sup>20</sup> and ensure a high quality of life for cancer patients, survivors, their families, and caregivers. The EU, therefore, aims to provide an added value in areas such as: prevention; early detection; diagnosis and treatment and quality of life for cancer patients and survivors<sup>21</sup>. This plan is the latest of a series of actions put in place by the EU as part of a more comprehensive policy framework full of prevention and control policy measures<sup>22</sup>.

The reports on the State of Health in the EU drawn up every two years (from 2010 to 2020), show that cancer, in addition to representing one of the main causes of death for

---

<sup>17</sup> European Commission [Recommendation \(EU\) 2021/402](#) of 4 March 2021 on an effective active support to employment following the COVID-19 crisis (EASE).

<sup>18</sup> European Commission, *The European Pillar of Social Rights in 20 principles*, available [online](#).

<sup>19</sup> Communication from the commission to the European Parliament and the Council, *Europe's Beating Cancer Plan*, [COM\(2021\) 44 final](#) of 3 February 2021.

<sup>20</sup> Cancer is a major health problem as outlined in Article 168 of the TFEU, which gives the EU the competence to support, coordinate or supplement the action of Member States in protecting and improving human health.

<sup>21</sup> COM(2021) 44 final, cit.

<sup>22</sup> Indeed, as we can read on the European Commission's [webpage](#) dedicated to the policies about cancer treatment, Europe has nearly a quarter of the total cancer cases and less than 10% of the world's population. Also reported it is the figure of how the total economic impact of cancer in Europe amounts to 100 billion euros per year. The data shows that 40% of cancers can be prevented by putting them through screening and prevention. However, only 3% of health budgets are currently spent on health promotion and disease prevention.

EU citizens<sup>23</sup> represent a factor with a significant social and economic impact, that affects the welfare systems of individual Member States. Indeed, this disease puts pressure on both national health and social protection systems and government budgets, thus affecting productivity and economic growth. To this end, the European Commission calls for the creation of health systems that are more resilient and able to respond to the emergency, also to support member states with concrete help and to ensure that all EU citizens have equal access to prevention, diagnosis, treatment, and follow-up care of high quality.

Another issue addressed by the EU concerns the mental health of individuals. Given that mental health and well-being are influenced by factors such as genetic predisposition, socioeconomic background, adverse childhood experiences, chronic conditions, alcohol, or drug abuse, it can be argued that mental health and well-being are affected by policies and actions in a range of areas, including education, health, employment, social inclusion, and efforts to combat poverty. The *Health at a Glance: Europe 2018*<sup>24</sup> report, even before the pandemic, highlighted that mental health problems affect about 84 million people across the EU, costing more than 4% of the total GDP of the 28 EU countries. Few years later, the *Health at a Glance: Europe 2020*<sup>25</sup> report found out that the COVID-19 pandemic and subsequent economic crisis contributed to rising rates of stress, anxiety, and depression, which also affected young people and people in low-income groups the most.

The European Commission has therefore prepared a system for the treatment and prevention of mental disorders, which is based on international policy frameworks, in particular the UN Sustainable Development Goals. The financial support has been made possible through the 2020 Annual Work Plan of the Health Programme to co-finance the implementation of practices such as: a) a mental health system reform focused on strengthening outreach services developed in Brussel; b) a national multi-level suicide prevention program developed in Austria; c) a stepwise intervention program to address depression, developed through European collaboration. Finally, a proposal for joint action (ImpleMentAll)<sup>26</sup> was submitted in 2021 to introduce the mental health system reform and suicide prevention. The graduated intervention program to address depression will be implemented through EEAD's Best Project.

---

<sup>23</sup> T. MUSU, L. VOGEL (a cura di), *Cancro e lavoro. Comprendere i tumori professionali ed intervenire per eliminarli*, Italian edition SindNova, Roma, 2020, available [online](#). In the introduction the editors report data stating that the number of new cancer cases diagnosed each year in the European Union is something like 2.6 million (excluding non-melanomatous skin cancers), while annual cancer-related mortality is about 1.3 million. The most fatal forms of cancer are lung cancer in men and breast cancer in women. Cancer has overtaken cardiovascular diseases to become the leading cause of death in many European countries.

<sup>24</sup> European Commission, *Health at a Glance: Europe 2018*, available [online](#).

<sup>25</sup> European Commission, *Health at a Glance: Europe 2020. State of Health in the EU Cycle*, available [online](#).

<sup>26</sup> The program is available at the following webpage: <https://www.implementall.eu>.

## 2.4. Implementation issues.

Having provided this rich legal framework, the third premise regards the concrete implementation's issue of the general principles set out at international and EU level.

The first one is that, beyond the implementation plans foreseen to achieve the sustainable goals, the main problem linked to the effectiveness of the social rights' protection, as a function of the sustainable development objectives - especially for the case of public health - is the excessive costs that encumbers the budgets of States. With specific reference to the European Union, the concrete realizations the sustainable development's goals are part of the European social policy, which has as a legal base the Article 151 of the TFEU, aimed to conciliate objectives of economic efficiency with objectives of social protection; budgetary constraints of individual member states affect the extent of their own social policies.

Other issues regarding the full implementation of European social policy concern, moreover, the limit of competence of the European Union, the procedure necessary for the adoption of social policy directives and the timing of its implementation.

While respecting the limits of the EU competence, the most important source of European social hard law is the directive, which from the point of view of legal effects, binds each member State to the result to be achieved: indeed, the competence of each Member State as regards the form and means of pursuing those results shall not be affected. The transposition of the directives is not immune from other issues: it does not take place in a brief period, and the rule contained in the directive becomes concretely effective and valid only when transposed; it has no horizontal effect and in the case of failure to transpose it has direct vertical effect in compliance with the conditions of clarity, precision and unconditionality of the rule.

This is not intended to deny the importance of European social policy, nor of the legislative instruments that enable it to be effective, but it is considered, in accordance with the multilevel logic of the plans to implement sustainable development objectives, that international policies and hard law instruments should be flanked by soft law instruments from private actors. Hard law is appropriate to reach some goals, thanks to its power of giving clear limits and sanctions to lawmakers, but it is not enough for changing the culture of all the different countries interested in the process of sustainable development. The culture of sustainability, in all its forms, must also be achieved through bottom-up action in a framework composed by hard rules, able of restraining the self-interested behaviour of States and soft laws that are able to suggest, to educate and to advise the private and individuals in order to reach sustainability goals. Rules that can encourage individuals to modify their behaviour by adapting it both to general needs and to the specific needs that arise in different territories and manufacturing contexts.

At last problematic aspect concerns the need to achieve sustainable development objectives as soon as possible<sup>27</sup>. Instead, if we look at the UN webpage dedicated to the Agenda 2030, or even at the European Pillar of Social rights' one, can be frequently seen the use of the expression «by 2030» as a deadline to reach a concrete result, especially if we consider the damage caused by the process of industrialization at any cost and the resulting emergency. So, it is clear the need of a mechanism able to give an immediate effect, and a multilevel system of implementation can accelerate it.

### **3. Industrial relations as a lever to relaunch ethical values in the perspective of sustainability.**

In a scenario characterised by the growth of consumption incompatible with environmental conservation, the advent of globalisation, the post-Fordist industrial model, and digitalisation the link between economic growth and well-being broke down<sup>28</sup>. Indeed, the growth model that has been established to date is now clearly calling into question the lives of people on the planet, or at least their quality of life and causes new forms of vulnerability.

Sustainability becomes a lever for social protection improvement and labour law, welfare legislation, according to sustainable development, must have the function of «taking care» of new and old economic and social vulnerability situations<sup>29</sup>. Industrial relations should contribute to the development of a more humane labour law model, which is able to adapt itself to the conditions and to the needs of the times we are living in<sup>30</sup>. Indeed, collective bargaining can achieve a balance between economic, environmental, and social reasons.

---

<sup>27</sup> D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS III, *The Limits to Growth*, New York, 1972; The report, based on the World3 computer simulation, predicts the consequences of continued population growth on the Earth's ecosystem and the very survival of the human species. Also see P.E. CERUZZI. *Beyond the Limits: Flight Enters and the Computer Age*. Cambridge, 1989; a first update of the report which claimed that the limits of the planet's «carrying capacity» had already been exceeded. Moreover, in 2008, Graham Turner, of the Australian Commonwealth Scientific and Industrial Research Organisation (CSIRO), published a paper entitled *A Comparison of Developmental Limits and 30 Years of Actual Data* in data from the last 30 years with predictions made in 1972 in the Limits to Growth Report (from D. Meadows' book, *The Limits to Growth*), commissioned from MIT by the Club of Rome. Turner's research concluded that the changes in industrial and agricultural production, population and pollution that had actually taken place were consistent with the 1972 predictions of economic collapse in the 21<sup>st</sup> century.

<sup>28</sup> P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Bergamo, 2018, p. 24; C. FALASCA, *Lavoro e Ambiente. La Cgil e la transizione alla sostenibilità*, Roma, 2006, pp. 33-34.

<sup>29</sup> B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., p. 11.

<sup>30</sup> B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., pp. 9-10, where the authors hope that the values underpinning labour law should not be distorted but should be adapted and modernised. In fact, labour law, in the past, developed thanks to the impulses of social movements, which have now disappeared. Globalisation would have distorted society and the market, so the rules should now, more than ever, be based on values that «cannot be circumscribed to the mere labour dimension» but should rest on universalizable arguments. Labour law should fulfil the function of economic

Industrial relations have a central role in this process for many reasons. First because industrial relations were born to solve arising problems in the labour market<sup>31</sup>. Second, because the paradigm of industrial relations, according to North American sociology, would not be reduced to the mere relationship between capital and labour, but would include a series of equally critical issues relating to labour in general and employment. They would cover any aspect of the employee-employer relationship which would have various practical implications. One of these would be identified with the objective of social welfare understood as the satisfaction of consumer needs, the debate on justice, fundamental rights and the human development<sup>32</sup>.

Industrial relations would have a moral obligation to change terms and conditions of employment deemed to be anti-social or that might harm fundamental human rights. An ethic capable of protecting workers as individuals and not only as employees could be the correct way to improve the capitalist system, that as a «compass» should guide the industrial relations' action in the direction of motivating workers, fostering cooperation between seemingly opposing parties, preventing discrimination, achieving a work-life balance, and preventing the proliferation of inequalities<sup>33</sup>.

Thirdly, because, with a view to relaunching the before-mentioned ethical dimension, industrial relations can generate flexible rules that can be adapted to individual production contexts, industrial sectors, territories and deploy their effectiveness and cogency rapidly. Collective bargaining, even for the hypothesis in which it does not have a general subjective effectiveness<sup>34</sup> the latter always being guaranteed by the force of the law, finds its added values in its ability to generate rules that can be inspired both by values of social solidarity, sustainability, with the aim of the psychophysical well-being of workers, and by the principle of equality and non-discrimination, but at the same time able to consider the company's «reason»<sup>35</sup>.

---

support for individuals to be able to reduce the increase in inequalities that has occurred especially in developed countries.

<sup>31</sup> B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, Geneva, 2004; B. KAUFMAN, *Il principio essenziale e il teorema fondamentale delle relazioni industriali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2006, p. 13; S. JACOBY, *Employing Bureaucracy: Managers, Unions and the Transformation of Work in American Industry, 1900-1945*, New York, 1985; B. KAUFMAN, R. BEAUMONT, R. HELFGOTT, *Industrial Relations to Human Resources and Beyond: The Evolving Practice of Employee Relations Management*, Armonk, 2003.

<sup>32</sup> B. KAUFMAN, *Il principio essenziale e il teorema fondamentale delle relazioni industriali*, cit., pp. 13-14.

<sup>33</sup> B. KAUFMAN, *Il principio essenziale e il teorema fondamentale delle relazioni industriali*, cit., pp. 30-31.

<sup>34</sup> Think about the collective bargaining system in force in Italy, where due to the lack of implementation of Article 39 of the Constitution, the collective agreement does not have *erga omnes* (general) effect for all members of the productive category.

<sup>35</sup> B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., p. 6, with particular attention also to pp. 13-14 where the authors explain that the market economy should not be opposed but regulated.

#### 4. Italian legislation in support of occupational welfare and the new scope for trade union action.

In Western democracies, since the period following the Second World War, public welfare systems have played a central role in protecting public health. The sustainability of welfare systems, particularly the sustainability of national health systems, is at a critical stage<sup>36</sup>. Globalisation, the crisis of the concept of state and citizenship<sup>37</sup>, the ageing of the population and demographic growth are just some of the factors that have made it impossible to provide for the protection of individuals' social rights<sup>38</sup>.

The crisis of the welfare state has led States to create subsidiary welfare systems, or second welfare systems, which could economically support the welfare state<sup>39</sup>.

For the Italian case, the second welfare is defined as the set of new forms of social protection subsequent to the birth of the first welfare and functional to integrate its gaps. The second welfare is a system capable of stimulating the renewal of social protection policies, giving more effectiveness to social sustainability, and creating new organisational, managerial, and financial models to respond to unexplored social needs that cannot be explored by public welfare alone. The logic to which second welfare responds is the efficiency and rationalisation of public resources, which are normally constrained by respect for financial limits, without calling into doubt the primary and redistributive function of the welfare state, which delegates part of its protection functions to private actors<sup>40</sup>.

A central role among the actors of the second welfare is reserved for companies which, since the first paternalistic experiences, have contributed through occupational welfare practices<sup>41</sup>, to make social sustainability more effective through the provision of goods and services to employees, with the aim of improving their working and living conditions. It is within this multi-level system, where the second welfare is subsidiary and supplementary to the first welfare, that we find negotiated corporate welfare supported by the state through recent fiscal policies.

---

<sup>36</sup> M. PERSIANI, *Crisi economica e crisi del Welfare State*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, pp. 641-663; M. FERRERA, *Trent'anni dopo. Il welfare state europeo tra crisi e trasformazione*, in *Stato e mercato*, 2007, pp. 341-376; L. BALBO, *Riparlamo del "welfare state": la società assistenziale, la società dei servizi, la società della crisi*, in *Papers: rivista de sociologia*, 1982, pp. 51-85; F. CASTLES, *The Future of the Welfare State: Crisis Myths and Crisis Realities*, Oxford, 2004.

<sup>37</sup> M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Torino, 2014.

<sup>38</sup> F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 2013, available [online](#).

<sup>39</sup> R.M. TITMUS, *Essays on the welfare state*, London, 1958.

<sup>40</sup> F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, cit., with particular reference to p. 8.

<sup>41</sup> B. CARUSO, «*The bright side of the moon*»: *politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, I, p. 186.

With the 2016 «Financial Law»<sup>42</sup>, the legislator introduced a system of tax incentives in support of contracted employment welfare through which it intends to implement a redistributive public fiscal policy<sup>43</sup>. Already in a phase preceding public support to contracted welfare, corporate welfare practices were identified with unilateral initiatives of enlightened entrepreneurs, dating back to the post-industrial period, but extraneous to negotiation relations with the trade union. These initiatives then developed, through the spontaneous adoption of company regulations, as an expression of a structural change in the organisation of the company. The latter, which had become aware of its political essence, chose to become a socially responsible institution and guarantor of workers' welfare, pursuing not only profit but also the protection of workers' needs and the improvement of their living conditions<sup>44</sup>.

Law No. 208/2015 looks at these practices with favour and offers fiscal support to contracted corporate welfare with the aim of making it the subject of decisions shared with the trade union and thus of the collective agreement.

It does so in the wake of a structural, spontaneous change in business organisation, which it elects as a solution to the problem of the necessary rethinking of the welfare state, that today has reduced resources.

This policy has a threefold effect. Two positive effects, but also a potential negative effect:

1) Pushing the industrial relations system to assume public protection functions typical of the welfare state, without, however, invading its sphere of autonomy. This is because there is no express delegation of regulatory tasks to the collective agreement. Rather the law gives preferential treatment to a specific type of collective bargaining, of

---

<sup>42</sup> [Law 28 December 2015, No. 208](#), Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016).

<sup>43</sup> B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale, nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, I, p. 370 ff. The incentives would now constitute a *modus operandi* through which the State has intended to implement a public policy of a promotional nature aimed at directing social actors towards participatory corporate negotiation.

<sup>44</sup> M. BARBERA, *«Noi siamo quello che facciamo»*. *Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, pp. 631-645. In particular, at p. 639, the author makes it very clear that the company, following the assessment of the social impact of its actions, with an openness towards external groups or subjects (local communities, government bodies, non-profit associations, educational institutions, trade unions, the press: the so-called stakeholders) would become aware that they may be affected by the effects of company decisions (which constitutes the altruistic *substratum* of CSR), but also that these subjects may, in turn, influence the company's activities in terms of policies or work processes.

The self-regulation of the company, however, implies the loss of control over its values. The unilateral character of the company regulation reduces the control space reserved, in advance to the trade union and in a potential subsequent way to the judge.

a participatory type, because of its content: the provision of fringe benefits to workers employed by the company<sup>45</sup>.

The government's measures are designed to create a link between incentives and employment welfare in case of the social obligation finds its genesis in the collective agreement, be it a company agreement, a CCNL or a Cross-sectoral agreement<sup>46</sup>. A further benefit (tax for workers and contributions for employers), linked exclusively to the company level of collective bargaining, is also provided for in the case of total or partial conversion of productivity wages into welfare benefits and induces the parties to implement wage modernisation strategies, based on advantages induced by public resources made available for this purpose<sup>47</sup>.

2) Giving a new social function to collective bargaining. Collective bargaining mediates a new type of interests, i.e., interests of the worker to the satisfaction of primary needs, constitutionally protected, expression of fundamental and social rights. Interests that, going beyond the settlement of the conflict between labour and capital, has a general nature, because they pertain to the dimension of the individual as such and not as a worker.

The latter are transformed, elected to collective interests thanks to the mediation of trade unions, as a result of a process of will formation, which gives them a new collective dimension, with the consequent functionalisation of collective agreements for purposes of public interest. These interests are ontologically «individual-general». Once they are included in the object of trade union concerted activity, they produce an effect that also has repercussions on the trade union's function: to flank the welfare state in its action as guarantor of the social rights of its representatives<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> The new tax law identifies a set of benefits which, because of their social purpose, whether educational, training, recreational, welfare or health, are subject to benefits such as to exclude the inclusion of their value in the sum of income from employment for the purposes of IRPEF taxation and from business income for the purposes of IRES calculation. For the list of goods and services that allow access to tax and contribution benefits for employees and firms see E. MESSAGLI, S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Fare Welfare in Azienda*, ADAPT University Press, 2018, pp. 181-203. For the latest novelties introduced by the 2019 «Financial Law» ([Law 30 December 2018, No. 145](#), Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021) see V. SANTONI, *Welfare aziendale: la Legge di Bilancio 2019 segna una battuta d'arresto*, in *Percorsi di Secondo welfare*, 9 gennaio 2019, reperibile [online](#).

<sup>46</sup> The legislator, who initially reserved this favourable tax treatment only for second-level bargaining concerning employment welfare, with the 2017 Stability Law, has also co-opted the contents of national collective agreements and Cross-sectoral agreements into the system of reliefs and facilities, with a view to extending its scope of effectiveness beyond the peripheral level of bargaining. For more details see D. COMANDÈ, *Il nuovo welfare contrattuale nei negoziati collettivi nazionali: stato dell'arte e criticità*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2017, pp. 821-842, with reference to pp. 824-825.

<sup>47</sup> B. CARUSO, «*The bright side of the moon*», cit., p.197.

<sup>48</sup> O. RUBAGOTTI, *Welfare occupazionale e tendenze evolutive*, in *Labour & Law Issues*, 2021, pp. 59-92, available [online](#), with reference to the para. 1.2.

The occupational welfare legislation seems to be a part of the process of institutionalisation of collective autonomy<sup>49</sup>, or rather, to some extent, seems to go beyond it, precisely because of the effect of pushing the trade unions to take on a new multidimensional<sup>50</sup> political-institutional function, which could be summarised as follows: a) a positive dimension of the development of the organisational-procedural function, which unfolds its effect within the industrial relations system, aimed at the participatory redefinition of business models as well as the design of strategies to increase productivity<sup>51</sup>; (b) a negative dimension, the expression of the transfer to the collective agreement of a political power, which produces effects outside the industrial relations system and lightens the burden of social benefits weighing on the state also thanks to its ability to rebalance the internal components of public expenditure<sup>52</sup>.

This last functional dimension allows the opening of political negotiating opportunities for the trade union<sup>53</sup> which, in this way, becomes the guarantor of the interests of its representatives, which are the expression of fundamental rights, and do not belong to them as insiders in the labour market<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Massimo D'Antona, already in the late 1980s and early 1990s, dealt with the issue of the delegation of public functions to the collective agreement and studied the growing role of public authorities in regulating labour relations and company crises. See: M. D'ANTONA, *Pubblici Poteri nel mercato del Lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1987, I, pp. 226-291; M. D'ANTONA, *Diritto Sindacale in Trasformazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, Roma, 2000, p. 69; M. D'ANTONA, *Le varie dimensioni giuridiche dell'azione sindacale e della contrattazione*, in F. AMATO, S. MATTONE (a cura di), *Il sindacato alla svolta degli anni '90: contrattazione, rappresentanza, democrazia*, Milano, 1989, pp. 93-97.

<sup>50</sup> V. BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 41; B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale*, cit., pp. 369-388.

<sup>51</sup> L. PILOTTI, *Welfare aziendale tra Industry 4.0 e smart working: leve di wellness partecipative, creative per la crescita della produttività cognitiva e del paese*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, pp. 214-240. See also C. MURENA, *Welfare aziendale e fidelizzazione dei lavoratori*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 3, available [online](#).

<sup>52</sup> F. RAZETTI, F. MAINO, *Attori e risorse tra primo e secondo welfare*, in *Quarto rapporto sul secondo welfare in Italia*, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, Torino, 2019, pp. 49-52, available [online](#).

<sup>53</sup> O. RUBAGOTTI, *Welfare occupazionale e tendenze evolutive*, cit., pp. 68-70. Without claiming to be exhaustive, through the establishment of supplementary health funds, membership of bodies and mutual aid funds, which are moreover institutions regulated by the national collective agreement of the category and therefore accessible to a greater number of employees, it is possible to support the private health expenditure of families. F. RAZETTI, F. MAINO, *Attori e risorse tra primo e secondo welfare*, cit., p. 71. Supplementary pension funds can have a corrective effect on the loss of contributions linked to the exercise of the right to convert the performance bonus into fringe benefits. G. MALLONE, T. TAFARO, *Premio in welfare oggi, quale pensione domani?*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2017, n. 2, pp. 47-59.

In addition, occupational welfare can be understood as a tool to encourage the sharing of family care roles, which currently weigh mainly on women. In this way, trade unions can promote targeted family welfare policies that have a greater impact on the sharing of family care duties than on work-life balance, and thus play an active role in promoting women's participation and permanence at work. C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, pp. 804-821.

<sup>54</sup> O. RUBAGOTTI, *Welfare occupazionale e tendenze evolutive*, cit., pp. 67-68.

3) Increasing the dualisms that already characterise the labour market and potential contraction of universal welfare. This is due to the intertwining of the fiscal discipline and the operating rules of the industrial relations system, which make employment welfare a system of limited subjective effectiveness.

The intervention of the fiscal lever on employment welfare works with redistributive, indirect, facilitation mechanisms (tax expenditures) aimed at favouring the acquisition of social services through the private market. The State has renounced to collect part of the taxes normally charged to enterprises and workers, potentially destined to the financing of the first welfare, in order to decrease the labour costs on a limited number of enterprises and the tax pressure on a limited number of workers employed by them<sup>55</sup>.

The tax cut is a significant cost<sup>56</sup> borne by the community, but whose effect, as empirical research has shown<sup>57</sup>, benefits a small number of individuals. If the State continues to guarantee the respect of social rights by intervening more and more through monetary transfers and tax breaks rather than through services provided directly to citizens, in the absence of corrective measures, it will end up producing social segmentation. Tying welfare, even if supplementary, to the collective agreement and therefore to the existence of a long-term subordinate employment relationship, will create a set of subordinate workers, strong and protected through insurance mechanisms on the one hand, and the other citizens, self-employed, marginal, and discontinuous workers, on the other<sup>58</sup>.

To avoid this kind of tensions a legislative intervention by the State seems to be more appropriate because the law is the correct instrument to provide coordinates and limits for the action of the social partners and to avoid liberalist drifts in the social protection system<sup>59</sup>. The time required for the entry into force of a law capable of limiting

---

<sup>55</sup> E. PAVOLINI, U. ASCOLI, *The Dark Side of the Moon: il ruolo del welfare fiscale nel sistema di protezione sociale italiano*, in *Politiche sociali*, 2019, pp. 41-43.

<sup>56</sup> E. PAVOLINI, U. ASCOLI, *The Dark Side of the Moon*, cit., p. 41. *Contra* A. PANDOLFO, *Principi costituzionali e regole generali del welfare contrattuale*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0, nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Vicenza, 2016, pp. 53-72; F. RAZETTI, F. MAINO, *Attori e risorse tra primo e secondo welfare*, cit., p. 49 ff., who instead argue that a correct and complete estimate should consider not only the lost revenues, but also the higher revenues (tax and social security contributions) generated by corporate welfare, thanks to the activation of new entrepreneurial activities, to the possible effects in terms of emersion of undeclared work, especially in the personal services sector, as well as to the expected increase in productivity induced in firms that introduce welfare for their employees.

<sup>57</sup> L. SBARRA, A.R. MUNNO, S. SPILLER, R. BENAGLIA, *V Rapporto OCSEL. Il lavoro cambia...la contrattazione costruisce le risposte*, dicembre 2019, available [online](#); L. SBARRA, R. BENAGLIA, A.R. MUNNO, S. SPILLER, *IV Rapporto OCSEL. Una contrattazione aziendale sempre più plurale e nuova*, luglio 2018, available [online](#); CGIL, *Secondo rapporto sulla contrattazione di secondo livello*, gennaio 2020, available [online](#); Si veda anche *Welfare Index PMI – Rapporto 2019*, available [online](#).

<sup>58</sup> S. RENGA, *La protezione sociale e il lavoro che manca*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, pp. 763-771, at p. 767.

<sup>59</sup> O. RUBAGOTTI, *Welfare occupazionale e tendenze evolutive*, cit., with particular attention to the para. no. 5, p. 84 ff.

these risks may be extremely long, and in the meantime collective autonomy could provide for their containment by itself.

## 5. The link between occupational welfare and sustainable development.

At this point, it can be stated that there is a connection between the sustainability's principles and the occupational welfare's goals.

The key elements of sustainability, in general, are the improvement of welfare and living conditions of individuals, social cohesion, the achievement of a competitive social market economy and the advancement of the European social model, the prevention against the damages caused by the capitalist industrial system<sup>60</sup>. In this perspective, occupational welfare, by protecting the social rights of workers and easing the burden of social benefits on the welfare state<sup>61</sup>, meets all the objectives mentioned above.

Actually, the object of the occupational welfare's bargaining, concretely, is a set of benefits which, by virtue of their social aims, be they educational, training, recreational, welfare, health or environmental, protect the well-being of workers and ensure the maintenance of their social protection levels<sup>62</sup>.

This connection is particularly strong and evident if we refer to the concept of social sustainability that is the capacity of a system to guarantee for all the individuals' access to fundamental goods and rights, to the welfare, under equal's conditions for today's and future communities<sup>63</sup>. The connection is also strong for the environmental sustainability<sup>64</sup>. In this regard, the United Nations Environmental Programme, in promoting sustainable development, already in 2007, mentioned collective bargaining in as a privileged institution to regulate work organization with the aim to guarantee environmental protection and that of workers also using the wage lever<sup>65</sup>.

Labour law and collective bargaining can act as a lever for both organisational sustainability, understood as protecting the health of workers, and ecological sustainability, in terms of energy saving and reduction of environmental damage. The organisation of work performance can also have a fundamental role in reducing the

---

<sup>60</sup> V. CAGNIN, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, cit.

<sup>61</sup> D. NATALI, E. PAVOLINI, B. VANHERCKE (edited by) *Occupational Welfare in Europe: Risks, opportunities and social Partner involvement*, Brussels, 2018. B. GREVE, *Occupational welfare. Winners and losers*, Cheltenham, 2007.

<sup>62</sup> G. MALLONE, *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, Torino, 2013, pp. 49-81, available [online](#).

<sup>63</sup> J. MCGUINN et al., *Social Sustainability. Concepts and Benchmarks*, Study PE 648.782, 2020, available [online](#).

<sup>64</sup> P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit.; ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2019)*, cit.

<sup>65</sup> UNEP, *Labour and the environment: A natural Synergy*, 2007, available [online](#).

pollution but also in improving psychophysical health<sup>66</sup>. Also, the legislation on occupational welfare in Italy offers a space for action for trade unions to negotiate goods and services environmental oriented. There are many examples about the bargaining of work-life balance benefits has a beneficial impact not only on the health of the worker benefiting from the benefit, but also decreases the probability of accidents and harmful behaviour for him/her and the surrounding environment<sup>67</sup>. Even the contracted welfare, at company level can be considered as a form of «functionalisation of part of labour income» towards forms of sustainable consumption aimed at promoting the purchase by workers and their families of environmentally sustainable goods and services<sup>68</sup>. Through performance pays, the collective bargaining can contribute to overcoming the dividing line between the state and the market<sup>69</sup>, also through the creation of networks and partnerships between companies and local autonomies<sup>70</sup>.

Moreover, occupational welfare has positive impacts in terms of economic sustainability. It has the power to reduce labour costs by cutting the amount of taxation on companies and workers. The way it operates allows companies to invest part of their saved capital in the market and maintains the purchasing power of workers by supporting consumers. As the occupational welfare system is subsidiary to the welfare state, it integrates it and alleviates part of the costs of social benefits that would normally be charged to it<sup>71</sup>.

The problem remains the exclusive (limited subjective effectiveness) nature of the occupational welfare system, due to its complex mechanism of operation, but by using the leverage of occupational welfare, the union with the employers' associations could solve this issue, through the negotiation of sustainable goods and services. Indeed, the

---

<sup>66</sup> For example, among the studies cited in support of this thesis there is: F.-X. DEVETTER, S. ROUSSEAU, *Working Hours and Sustainable Development*, in *Review of Social Economy*, 2011, pp. 333-355, who through empirical analysis demonstrate the link between reduced working hours and reduced pollution, as income is related to the number of hours worked and income is related to consumption; S. DE SPIEGELAERE, A. PIANSA, *The why and how of working time reduction*, ETUI, 2017, revision in January 2021, with particular attention to pp. 35-37, available [online](#).

<sup>67</sup> P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 254 ff. Examples are welfare measures aimed at promoting sustainable mobility on the way to work, which are agreed upon within the framework of company bargaining. In these cases, companies stipulate agreements with public transport companies or local authorities to promote sustainable transport methods in order to reduce CO<sup>2</sup> emissions and to comply with Italian and European standards of sustainable mobility and to implement them.

<sup>68</sup> P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., pp. 226-233, where the author gives some examples of environmentally sustainable welfare measures; see also ch. 3, part. 3, par. 6 about the role of wage in the promotion of sustainable development.

<sup>69</sup> P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 240.

<sup>70</sup> R. PESSI, *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2015, pp. 133-142. For the author today arises the necessity of an evolution from the welfare state to the welfare society, in which the welfare of citizens is no longer referred to the state alone, but to society as a whole. The idea is to transform and lighten the welfare state, with a welfare model capable of resolving the crisis of the traditional system. The ultimate effect would be to redesign the role of the welfare state, which would become the centre for coordinating social relations.

<sup>71</sup> F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, cit.

principles of sustainable development have a conservative function according to the maintenance of an environmental and economic heritage and the rights of individuals, but at the same time they are preventive with regard to their further deterioration. Sustainable welfare measures have a «preventive power» or are «prevention-oriented» and their preventive purpose gives them the capacity to generate social value.

For examples if we think about welfare measures aimed at protecting the environment, they can prevent the risks associated with pollution and climate change, with a double beneficial effect:

- an immediate and direct one to the employees included in the occupational welfare systems because they are direct recipients of fringe benefits aimed at environmental protection;
- a second one, diffuse, advantage for the community, because the environment is the place where the life of all individuals takes place: a healthy environment is a necessary factor for the well-being of all individuals.

In this case, goods, services and, consequently, the possibilities they aim to protect, even if they are attributed to a few subjects, can generate social added value and utility that cannot be privatised and become universal, precisely because of their sustainable nature.

## **6. Occupational welfare and public health.**

Such arguments can be applied to collective bargaining which provides for welfare measures aimed at protecting the health right and promote wellbeing, according to International and European policies.

The premise is that the increase in diseases such as cancer, mental disorders, cardiovascular diseases, and others, highlights the inadequacies of current prevention policies, the fight against which will face fierce political opposition because of the fundamental questions it raises about the way we produce.

In this regard collective bargaining shows that occupational welfare today is already a potential method for combating the inadequacy of the National Health System, which has become incapable, due to continuous budget cuts, of meeting the general health needs of the population, which have increased in recent years also because of its progressive ageing<sup>72</sup>. Trade union's action in bargaining can become a powerful tool to prevent the incident of many diseases.

---

<sup>72</sup> The component of public expenditure earmarked for healthcare has been stationary since 2008 until 2019, while it is set to increase in the coming years. Public expenditure on health has been stationary since 2008 until 2019, while private expenditure on health care, which is borne directly by citizens, is increasing, which implies the risk of an increase in the cost of health care for the citizens, which means that there is a risk of additional costs, especially for the most disadvantaged in terms of health. This implies the

The general right to health of workers benefiting from welfare measures is nowadays mainly protected through the establishment of supplementary health funds and membership of mutual aid institutions and funds, which are moreover institutes regulated by the national collective agreement for the category and therefore accessible to a larger number of employees, it is possible to support the private health expenditure of families. These types of measures clearly have a direct effect: on the subjects who are «insiders» of the employment welfare system because they are covered by the subjective effectiveness of collective bargaining and are also holders of employment contracts.

Instead, trade unions together with employers' associations can play a fundamental role in protecting not only the health of the occupational welfare system's insiders, but also of all individuals who have access to the national health system and in particular for all the occupational welfare system's «outsiders».

This can be achieved by negotiating «health-care preventive» welfare measures. Trade unions could, for example, negotiate welfare measures to support workers' psychological wellbeing, including a choice of psychological sessions and cancer screening among the basket of company benefits provided to workers. In this case, the preventive nature of welfare measures would be directed towards the sustainability of the national health system, due to a potential decrease in the costs of treating some preventable diseases. Hypothetically, the resources saved could be used by the national health system differently and towards more fragile and weak individuals, who are not included in the occupational welfare system.

With specific regard to mental health protection, recent studies show that mental health promotion measures to prevent mental disorders are cost-effective in low- and middle-income environments. Recent research conducted by researchers at Deakin University<sup>73</sup> and published in March 2021 shows that prevention of mental disorders in the workplace is effective in terms of reducing potential treatment costs related to the onset of mental disorders. It also highlights the effectiveness of preventive measures and mental health promotion through cognitive behavioural therapy for adolescents, with reference to its power to reduce anxiety disorders<sup>74</sup>.

---

risk of increased costs, especially for the most disadvantaged in terms of health conditions and/or low income. Health is the most significant area of welfare spending for households, with a total value of 37.7 billion euros in 2018. For more details see F. RAZETTI, F. MAINO, *Attori e risorse tra primo e secondo welfare*, cit., pp. 53-58.

<sup>73</sup> L.-K. D. LE, A.C. ESTURAS, C. MIHALOPOULOS, O. CHIOTELIS, J. BUCHOLC, M.L. CHATTERTON ET AL., *Cost-effectiveness evidence of mental health prevention and promotion interventions: A systematic review of economic evaluations*, in *PLoS Medicine*, 2021, available [online](#).

<sup>74</sup> The economic evidence of psychological interventions targeting high-risk populations for prevention of anxiety disorders consistently reported that child-focused Cognitive Behaviour Therapy, parent-focused, or parent-focused psychoeducational interventions provided good value for money. L.-K. D. LE, A.C. ESTURAS, C. MIHALOPOULOS, O. CHIOTELIS, J. BUCHOLC, M.L. CHATTERTON ET AL., *Cost-effectiveness evidence*, cit., p. 7.

If preventive access to psychological therapy can avoid the development of mental disorders and consequently reduce part of their eventual treatment costs, which normally encumber the national health system and families, then it is possible to affirm that an occupational welfare system that provides the access to preventive psychological therapies is directed towards the sustainability of the welfare state. There will be direct benefits for the individual receiving preventive measures, but indirect benefits for all those who have access to the national health care systems in terms of potential savings of resources for the public welfare systems that can be invested differently.

Same argument can be spent on the provision of welfare benefits and services functional to cancer prevention. For this hypotheses, although the debate on the relationship between the costs and benefits of prevention is broad and not always in agreement, part of the researchers come to the conclusion that preventive screening allows a high detection rate, a higher number of cancers detected at an early stage, the possibility of removing on the basis of screening a large number of adenomas, a clear reduction in demolition interventions and, finally, a longer survival of patients affected by this neoplasm. These results are accompanied by foreseeable economic returns<sup>75</sup>, since these returns would save suffering and costs both for patients suffering from the disease and for the national health system, which covers most of the costs of treating the disease.<sup>76</sup>

Unlike the hypothesis of welfare measures aimed at reducing environmental risks, Italian collective bargaining does not yet seem to adopt with frequency *preventive* welfare measures plans to protect the right to health of workers and individuals in general.

Therefore, it would be useful to empirically verify whether trade unions and companies have set up occupational welfare plans directed towards the latter objective, in order to set them up, in case of lack, or otherwise implement them.

## 7. Concluding remarks.

In conclusion, the increase and diversification of social needs and the difficulty for welfare state systems to rapidly recalibrate their social protection policies have encouraged the Italian legislator to make the industrial relations system assume public functions of social protection, which are typically the prerogative of the welfare state. The climate change, the environmental pollution, the new social and economic needs, and, at last, the pandemic have also confronted individuals with the need to relaunch an ethic of solidarity and social, environmental and economic sustainability.

---

<sup>75</sup> For the specific case of colon cancer see V. GHEZZI, *Analisi costi benefici dello screening per il cancro conorettale in Italia*, Milano, 1998. For the specific case of the breast cancer see L. SUN, R. LEGOOD, Z. SADIQUE, I. DOS-SANTOS-SILVA, L. YANG, *Cost-effectiveness of risk-based breast cancer screening programme, China*, in *Bulletin of the World Health Organisation*, 2018, pp. 568-577, available [online](#).

<sup>76</sup> Osservatorio sulla condizione assistenziale dei malati oncologici, *11° Rapporto sulla condizione assistenziale dei malati oncologici*, 2019, available [online](#).

While international organisations have drawn up agreements and policies aimed at achieving sustainable development objectives, the Italian tax legislation on occupational welfare opens up spaces for trade union action according to the objectives dictated at supranational level by the UN and the European Union.

The negotiation of «preventive» welfare measures aimed at protecting the environment, the social rights and, as has been argued, the public health have a series of potential positive effects that we could quickly summarise here:

- a) alleviating the cost of welfare benefits that are borne by the state, redistributed to the private sector;
- b) providing a rapid response to new social needs and, in a multilevel perspective, contributing to the achievement of sustainable development objectives;
- c) contributing in a direct way to the increase in the welfare levels of workers benefiting from welfare measures, in response to their vulnerability and needs which are constantly evolving and require the rapid design of flexible policies and targeted services<sup>77</sup>;
- d) transforming the right of the occupational welfare system workers insiders' into a universalisable possibility, precisely because of the capacity of that type of right attributed to a few subjects to generate social value and utility that cannot be privatised.

In this way, rights attributed only to subjects covered by collective bargaining and also holders of a subordinate employment contact, become tendentially universal. Although indirectly, their universal character can therefore contribute to extend the subjective scope of collective bargaining in the field of welfare and help prevent the occupational welfare system from accentuating the segmentations that already characterise the labour market.

---

<sup>77</sup> F. RAZETTI, F. MAINO, *Un rinnovato protagonismo per stakeholder e corpi intermedie? Il secondo welfare tra evoluzioni concettuali e sviluppi empirici*, in *Quarto rapporto sul secondo welfare in Italia*, cit., pp. 49-80.

**ABSTRACT:** Il paper, previa disamina delle recenti politiche adottate a livello internazionale ed europeo e dirette al rilancio di un'etica della sostenibilità in grado di tutelare la salute pubblica, intende dimostrare come le relazioni industriali possano fornire una risposta efficace al problema della sostenibilità dei sistemi di welfare. Per il caso italiano, la *policy* pubblica di stampo redistributivo a sostegno del welfare occupazionale ha l'effetto di spingere l'autonomia collettiva ad assumersi funzioni pubbliche di protezione, tipiche dello Stato Sociale. Il sistema di welfare occupazionale ha carattere esclusivo: è finanziato dalla collettività ma a beneficio di pochi lavoratori subordinati. Si argomenterà di come le parti sociali, però, sfruttando lo spazio d'azione politica conferitogli, possano contrattare strumenti di welfare in grado di rendere il diritto degli *insiders* possibilità universalizzabile proprio per il potere di generare valore sociale, tutto ciò in linea con gli obiettivi delle politiche d'attuazione del Pilastro Europeo dei diritti sociali.

**PAROLE CHIAVE:** Sostenibilità; politiche sociali; relazioni industriali; welfare occupazionale; salute pubblica.

*ABSTRACT: After examining recent policies adopted at international and European level aimed at relaunching an ethic of sustainability capable of protecting public health, the paper intends to demonstrate how industrial relations can provide an effective response to the problem of the sustainability of welfare systems. For the Italian case, the public redistributive policy in support of occupational welfare has the effect to encourages the collective autonomy to assume public functions of social protection, typical of Welfare State. Occupational welfare system has an exclusive nature: it is funded by the collectivity, but only a few employees can gain the benefits. It will be argued how the social partners, using the space for political action given to them, can negotiate welfare instruments. Through these instruments the right of insiders can be universalizable, precisely because of its power to generate social value, in line with the objectives of the implementation policies of the European Pillar of Social Rights.*

*KEYWORDS: Sustainability; social policies; industrial relations; occupational welfare; public health.*