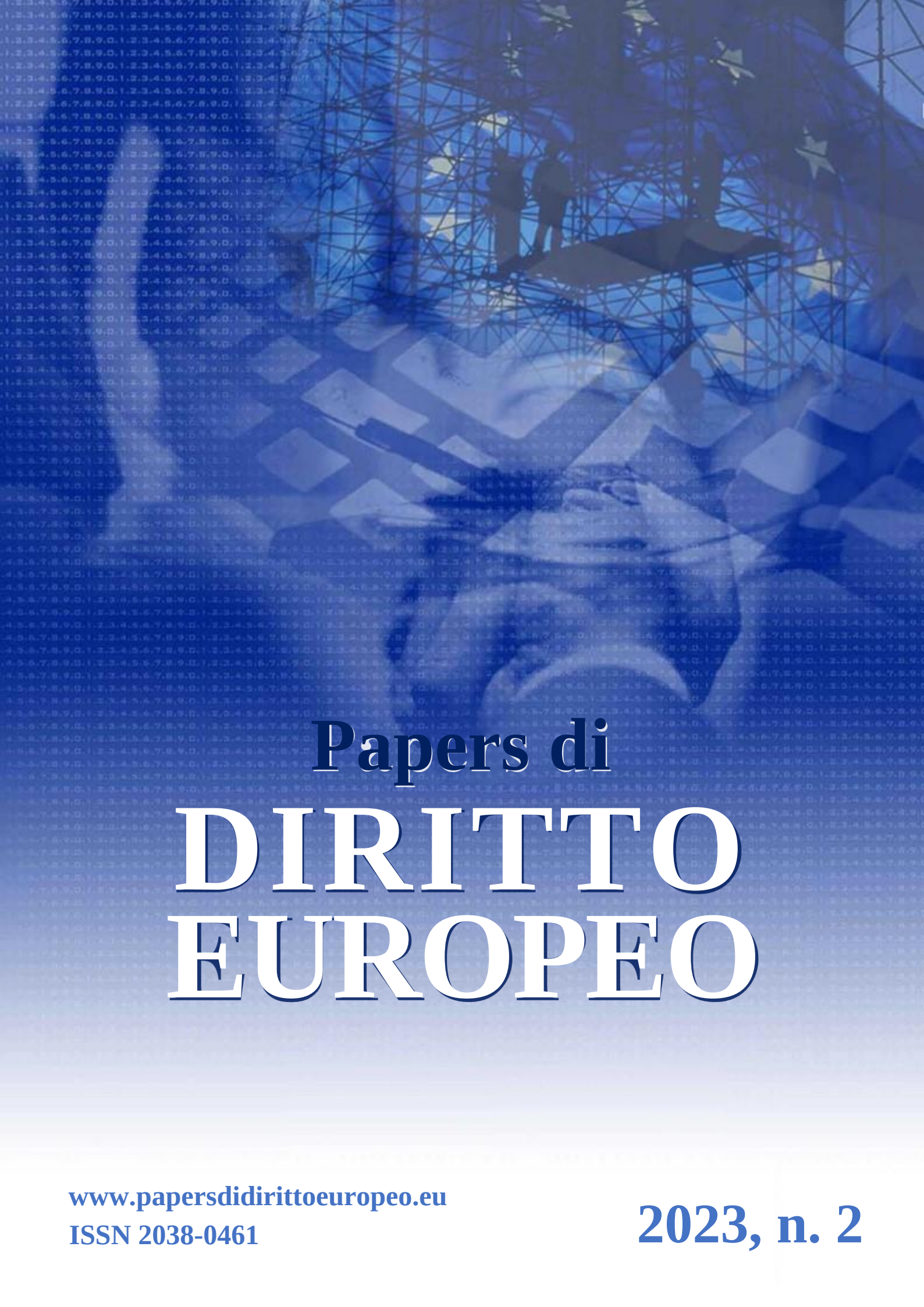




Papers di

DIRITTO EUROPEO

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2023, n. 2

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 f.r. 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** (Ordinario 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** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Francesca Ragno** (Ordinario di Diritto internazionale, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **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** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Angela Maria Romito** (Associato 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 2023, n. 2

INDICE

Stefano Armellini, Bruno Barel <i>La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello status filiationis in situazioni transfrontaliere</i>	1
Ruggiero Cafari Panico <i>L'intreccio apparentemente inestricabile degli effetti riflessi ed orizzontali: la saga dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica</i>	41
Giovanna Ligugnana <i>Agenzie europee, reti e tutela dell'ambiente</i>	95
Danijela Vrbljanac <i>Regulation 2016/1103 on matrimonial property regimes in Croatian courts: an assessment after nearly five years of application</i>	119
Michele Migliori <i>Alcune riflessioni a margine della sentenza Unilever Italia, con particolare riferimento alla nozione di singola entità economica: un'estensione del principio anche al di là dell'art. 101 TFUE?</i>	141
 Relazioni a convegni	
Ruggiero Cafari Panico <i>Il DMA nel prisma della strategia digitale dell'UE: la scelta europea e la competizione fra sistemi</i>	159

La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello *status filiationis* in situazioni transfrontaliere

Stefano Armellini*, Bruno Barel**

SOMMARIO: 1. La proposta di regolamento contenente norme uniformi di diritto internazionale privato in materia di filiazione e l'obiettivo del riconoscimento dello *status filiationis*. – 2. Oggetto e ambito di applicazione. – 3. Legge applicabile. – 4. *Segue*. Le implicazioni della proposta di regolamento sulla problematica della maternità surrogata. – 5. *Segue*. Le implicazioni della proposta di regolamento sulla problematica dei bambini con due madri. – 6. Il ricorso alla clausola di ordine pubblico. – 7. *Segue*. Le osservazioni critiche alla proposta da parte della Commissione politiche europee del Senato italiano. – 8. Le circolari attuative degli orientamenti giurisprudenziali in tema di maternità surrogata e di bambini con due madri.

1. La proposta di regolamento contenente norme uniformi di diritto internazionale privato in materia di filiazione e l'obiettivo del riconoscimento dello *status filiationis*.

In data 7 dicembre 2022, la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento recante norme di diritto internazionale privato uniformi in materia di filiazione¹.

La proposta intende disciplinare tutti i profili internazionalprivatistici della filiazione – giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento delle decisioni e accettazione degli atti pubblici – e inoltre istituire un certificato europeo di filiazione. In questa sede ci occuperemo delle disposizioni sulla legge applicabile, delle ragioni che le

* Avvocato, Foro di Padova; Docente di diritto internazionale privato, Scuola di specializzazione delle professioni legali dell'Università di Padova e delle Università di Verona e Trento.

** Avvocato, Foro di Treviso; Professore associato f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Padova.

¹ Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, [COM\(2022\) 695 final](#) del 7 dicembre 2022. Sulla proposta di regolamento, cfr. M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 535-549; D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in *SIDIBlog*, 23 febbraio 2023, reperibile [online](#), L. CARPANETO, *Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo*, in *Aldricus*, 9 gennaio 2023, reperibile [online](#).

hanno ispirate e della ricaduta che esse avrebbero, allo stato attuale dell'evoluzione giurisprudenziale – sul problema del riconoscimento – e quindi della continuità – dello status *filiationis*, con un focus particolare sui casi in cui esso deriva da situazioni come la surrogazione di maternità e la pratica dei bambini con due madri, che non sono ammessi in tutti gli Stati; in un prossimo numero della rivista tratteremo invece della giurisdizione, del riconoscimento delle decisioni e accettazione degli atti pubblici, e del certificato europeo di filiazione.

L'obiettivo principale della proposta è il riconoscimento dello status *filiationis*² in tutti gli Stati dell'Unione «indipendentemente dal modo in cui il figlio è stato concepito o è nato o dal tipo di famiglia da cui proviene o dalla cittadinanza sua e dei suoi genitori»³.

I problemi di riconoscimento dello status in situazioni transfrontaliere⁴ sorgono perché in ambito europeo non esistono nozioni uniformi di filiazione (così come degli altri istituti familiari)⁵.

Questa disarmonia corrisponde ad una precisa scelta politica poiché l'Unione europea non dispone di competenze specifiche per adottare atti in materia di diritto di famiglia quanto alla disciplina sostanziale.

L'assenza di nozioni uniformi è apparsa evidente fin dai primi interventi normativi che hanno cominciato ad interferire con il settore della famiglia – in materia di libera circolazione e sicurezza sociale dei lavoratori, di statuto dei funzionari, di immigrazione e asilo – in quanto da essa dipendeva la mutevolezza dei presupposti per l'applicazione di norme materiali comunitarie così come la necessità di ricavare di volta

² Come vedremo, se la filiazione deriva da un provvedimento giudiziale il riconoscimento riguarda solo la filiazione accertata in uno Stato dell'Unione ma se invece dipende dalla legge applicabile, in considerazione del carattere *erga omnes* delle norme di conflitto (su cui v. *infra*, par. 3), è esteso anche alla filiazione costituita in base alla legge di uno Stato extra UE.

³ Cfr. la relazione della Commissione alla proposta di regolamento, COM(2022) 695 final, cit., parr. 1, 3 e 5, 12 ss. su cui v. M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 537. In essa (par. 1.1) viene precisato che sono circa due milioni le persone la cui filiazione, accertata in uno Stato dell'Unione, non è riconosciuta in un altro Stato.

⁴ Sul tema della circolazione degli status, v. M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, pp. 347-379, reperibile [online](#); F. DEANA, *Rapporti e status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020; S. MARINO, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, in *Eurojus*, 2020, n. 4, pp. 173-187, reperibile [online](#); F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy of International Law*, t. 395, 2019; F. MARONGIU BONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 49-88.

⁵ Sul tema v. L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, pp. 47-90, spec. p. 48.

in volta le nozioni dagli ordinamenti interni, con il solo limite del rispetto dei diritti fondamentali⁶.

La situazione è cambiata nel 1997 col Trattato di Amsterdam che ha attribuito alla Comunità – ora Unione – europea nuove competenze in materia di conflitti di leggi e di giurisdizioni. Ne sono seguiti programmi pluriennali di intervento, prima su impulso del Consiglio europeo di Tampere del 1999 e poi con il programma dell'Aja per il «rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea»⁷, e vari regolamenti di unificazione, dapprima dedicati ai profili processuali relativi a competenza giurisdizionale e riconoscimento delle decisioni⁸, estesi poi ai conflitti di legge.

Molti sono stati gli interventi normativi dell'Unione: il regolamento n. 1347/2000⁹ (c.d. Bruxelles II), sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, poi sostituito dal regolamento n. 2201/2003¹⁰ (c.d. Bruxelles II *bis*) che ne ha ampliato l'ambito di applicazione ed è stato poi a sua volta sostituito dal regolamento 2019/1111¹¹ (c.d. Bruxelles II *ter*); il regolamento n. 4/2009¹² su legge applicabile, giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e cooperazione in materia di obbligazioni alimentari nella famiglia; il regolamento n. 1259/2010¹³ sulla cooperazione rafforzata nel settore della

⁶ Varie decisioni giurisprudenziali in applicazione della normativa in materia di occupazione, condizioni di lavoro e assegni di famiglia dei funzionari hanno infatti stabilito che la competenza in materia di *status* familiari appartiene al legislatore nazionale salvo il rispetto del principio di non discriminazione da valutarsi in relazione alla concreta situazione di fatto (cfr. Corte di giustizia, sentenze del 1° aprile 2008, [causa C-267/06, Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen](#), EU:C:2008:179, e del 10 maggio 2011, [causa C-147/08, Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg](#), EU:C:2011:286, per le quali si rinvia a F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello "federale" e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 301-304).

⁷ [Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea](#), 3 marzo 2005.

⁸ Il Consiglio europeo di Tampere del 1999 aveva infatti invitato il Consiglio e la Commissione ad adottare misure anche per affermare il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e altre decisioni delle autorità giudiziarie quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia civile.

⁹ [Regolamento \(CE\) n. 1347/2000](#) del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi.

¹⁰ [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.

¹¹ [Regolamento \(UE\) 2019/1111](#) del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione).

¹² [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.

¹³ [Regolamento \(UE\) n. 1259/2010](#) del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. Roma III); il regolamento 2016/1103¹⁴ 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; il regolamento 2016/1104¹⁵ 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.

L'insieme di questa disciplina segna un processo di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri anche nella materia familiare ma circoscritto ai conflitti di leggi e di giurisdizioni e al riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici: l'obiettivo era infatti garantire i diritti dei singoli all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mentre la disciplina materiale restava riservata alle diverse tradizioni giuridiche e culturali degli Stati membri.

Questa visione del legislatore è manifesta nel penultimo periodo del par. 3.4.2 del programma dell'Aja: «[g]li strumenti in questi settori dovrebbero essere messi a punto entro il 2011 e dovrebbero contemplare questioni di diritto privato internazionale e non dovrebbero essere basati sui concetti armonizzati di “famiglia”, “matrimonio”, o altri. Si dovrebbero varare disposizioni uniformi di diritto sostanziale soltanto come misure di accompagnamento, qualora fosse necessario per procedere al reciproco riconoscimento delle decisioni o per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia civile». Ed infatti il momento dell'accertamento della filiazione, che pure costituisce il presupposto per l'applicazione di quelli tra i citati regolamenti che si occupano anche di filiazione, resta escluso dal loro ambito di applicazione.

Il diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere è ricompreso invece nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che, ai sensi dell'art. 4, lett. j, TFUE, rientra tra le competenze concorrenti; ed infatti i regolamenti di armonizzazione in materia di famiglia, così come la proposta di regolamento in commento, sono stati adottati sulla base giuridica dell'art. 81 TFUE il quale attribuisce all'Unione la competenza ad intervenire solo per regolare aspetti del diritto di famiglia di carattere transnazionale.

L'art. 81, par. 2 stabilisce che, in linea generale, le misure di unificazione del diritto internazionale privato sono adottate dal Parlamento e dal Consiglio su proposta della Commissione, così come previsto dalla procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 294 TFUE; l'art. 81, par. 3 ha però cura di precisare che le misure in materia di

¹⁴ [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.

¹⁵ [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.

diritto di famiglia sono deliberate all'unanimità dal Consiglio (cui quindi è attribuito il ruolo di legislatore principale) previa (mera) consultazione del Parlamento europeo¹⁶.

Sussiste così un ulteriore limite al processo di armonizzazione nella materia familiare, oltre a quello del perimetro circoscritto ai profili processuali transnazionali, rappresentato dalla necessità di consenso politico unanime.

Quando non sia possibile deliberare all'unanimità, come è praticamente certo accadrà anche per la proposta di regolamento in commento, non resta che la possibilità di ricorrere alla cooperazione rafforzata ove si raggiunga perlomeno un ampio consenso fra gli Stati membri.

Si determina così una situazione anomala e piuttosto complessa, per la quale la normativa armonizzata deve necessariamente avvalersi – già per la determinazione del proprio ambito di applicazione e poi anche per la disciplina degli aspetti internazionalprivatistici delle materie regolate – di nozioni fondamentali del diritto di famiglia, a partire da matrimonio e filiazione, che essa non può definire in modo autonomo e univoco ma deve ricavare mediante rinvio, volta a volta, a questo o quell'ordinamento degli Stati membri¹⁷.

La necessità di rinvio agli ordinamenti nazionali non ha creato difficoltà insormontabili fino a quando sussisteva fra di loro una sostanziale omogeneità, dovuta ad una comune tradizione culturale e giuridica e ad un conforme assetto sociale.

Negli ultimi anni, però, gli istituti familiari hanno subito importanti cambiamenti, non solo in Italia ma ancor prima in molti altri Stati dell'Unione europea, e gli ordinamenti statali sono andati perdendo omogeneità e differenziandosi in maniera molto significativa. È accaduto così che, accanto a paesi rimasti a lungo ancorati al

¹⁶ Sulla procedura delineata dall'art. 81 TFUE cfr. R. BARATTA, *Art. 81*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 859-865. Ai sensi dell'art. 81, par. 3, comma 2, TFUE, in materia di diritto di famiglia con implicazioni transnazionali il Consiglio delibera all'unanimità ma è sufficiente l'opposizione di un parlamento nazionale entro sei mesi dal ricevimento della proposta di decisione per impedire che la stessa venga adottata. È stato correttamente osservato che questo sistema mira a proteggere l'identità giuridica degli ordinamenti nazionali: M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 541.

¹⁷ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 301. Autorevole dottrina ha osservato che «in moltissimi settori della vita giuridica non è stata attribuita alla Comunità alcuna competenza normativa e dunque vi sono norme di conflitto di origine comunitaria senza le corrispondenti norme materiali. Di conseguenza, mentre in alcuni ambiti esistono norme nazionali armonizzate secondo modelli di fonte comunitaria, che si inseriscono e si integrano nella normativa interna, in altri invece non ci sono ancora norme armonizzate e probabilmente non ci saranno ancora per molto tempo». La mancanza di nozioni uniformi non deve stupire perché il diritto internazionale privato «si è sviluppato allo scopo di fornire una soluzione a casi con elementi di estraneità, che presentano punti di contatto con più Stati, i quali hanno norme sostanziali diverse. L'armonizzazione delle norme materiali nazionali non è mai stata ritenuta necessaria né richiesta per l'adozione di norme nazionali di diritto internazionale privato, e si è invece sviluppata in alcuni settori attraverso convenzioni internazionali e leggi modello» (S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., pp. 153-174, spec. pp. 157-158).

tradizionale matrimonio eterosessuale come unica forma di unione familiare legalmente riconosciuta, altri si sono aperti rapidamente ad altre forme di unione interpersonale, come la convivenza e le unioni civili, spesso accessibili alle coppie omosessuali, mentre altri ancora hanno esteso anche il matrimonio alle coppie *same-sex*.

In questo contesto, era inevitabile che divenisse problematica anche la nozione di filiazione, tanto più a seguito dell'evoluzione delle conoscenze e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) che hanno consentito di costituire un rapporto di filiazione per via diversa da quella naturale, e talvolta anche con l'intervento di persone estranee alla coppia, come accade con i contratti di maternità surrogata.

In una situazione così frammentata, il rinvio agli ordinamenti nazionali per la definizione degli istituti familiari, se da un lato ha favorito l'emersione, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di una nozione di famiglia a geometria variabile a seconda dello Stato interessato, dall'altro, ha creato problemi di circolazione delle persone con continuità dello *status* nelle vicende transfrontaliere.

Inizialmente, i problemi hanno riguardato il matrimonio omosessuale, che è stato il primo istituto familiare a cambiare radicalmente la sua configurazione tradizionale in alcuni Stati membri.

Accadeva così che due persone che avevano contratto matrimonio *same-sex* in un paese che lo ammetteva non si vedessero riconosciuto lo *status* quando, usufruendo della libertà di circolazione e di soggiorno, si trasferivano in un altro paese dove l'istituto non solo non era contemplato ma talvolta era anche considerato contrario all'ordine pubblico¹⁸.

Attualmente, per il matrimonio omosessuale i problemi di riconoscimento possono considerarsi superati dato che la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), a partire dalla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010¹⁹, ha chiarito che anche il matrimonio omosessuale è espressione del diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), letto alla luce dell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e che pertanto «il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 della CEDU non deve più essere limitato al matrimonio tra persone di

¹⁸ Ciò è quanto è accaduto per un periodo in Italia dove la [circolare del 26 marzo 2001, n. 2](#) del Ministero dell'interno, ribadita dalla [circolare 18 ottobre 2007, n. 55](#), aveva stabilito che non è trascrivibile, per contrarietà all'ordine pubblico, il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali di cui uno italiano. In una prima fase la giurisprudenza di merito (Tribunale di Latina, [decreto del 10 giugno 2005](#), confermato da Corte d'appello di Roma, [decreto del 13 luglio 2006](#)) aveva negato la trascrizione in Italia di un matrimonio omosessuale di due cittadini italiani celebrato all'estero per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 del [decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396](#) (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) in quanto mancava quello che all'epoca era ritenuto un requisito essenziale per la configurabilità del matrimonio costituito dalla diversità di sesso tra gli sposi.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, [ricorso n. 30141/04](#), *Schalk e Kopf c. Austria*.

sesto opposto». Ciò non comporta che gli Stati siano tenuti a riconoscere nei propri ordinamenti quel diritto, bensì che non possano discriminare le coppie omosessuali una volta che si siano legalmente costituite in uno Stato che lo consenta.

Per evitare la discriminazione l'Italia, con la legge 20 maggio 2016, n. 76²⁰ (c.d. legge Cirinnà), ha previsto e disciplinato il nuovo istituto della unione civile come forma di convivenza regolamentata riservata alle coppie omosessuali. In Italia, pertanto, le coppie omosessuali hanno accesso a questo istituto, parificato quasi completamente al matrimonio.

Per quanto riguarda il diverso problema del riconoscimento dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero in un paese che li ammette, l'art. 1, lett. a, del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 7²¹ attuativo della legge Cirinnà ha introdotto nella legge 31 maggio 1995, n. 218²² una nuova disposizione speciale di diritto internazionale privato: l'art. 32 *bis* disciplina ora il riconoscimento in Italia del matrimonio omosessuale contratto da italiani all'estero, stabilendo che esso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, operando così quella che è stata definita in dottrina come *downgrade recognition*.

Resta il dubbio sul trattamento da riservare ai matrimoni omosessuali stranieri, non presi in considerazione dalla nuova disposizione. La Corte di giustizia ha chiarito che il mancato riconoscimento, in uno Stato dell'Unione, dei matrimoni omosessuali celebrati in un altro Stato membro, violerebbe le norme eurounionali sulla libertà di circolazione e soggiorno. La sentenza *Coman e a.*²³ ha infatti stabilito che il rifiuto della Romania (dove il matrimonio omosessuale non è ammesso) di riconoscere il matrimonio omosessuale celebrato da un cittadino rumeno all'estero con un cittadino di uno Stato terzo, al fine della concessione del diritto di soggiorno, è contrario al principio di libera circolazione delle persone sancito dall'art. 21 TFUE nonché al diritto al ricongiungimento dei familiari (in cui rientra anche il coniuge *same-sex*) riconosciuto dalla direttiva 2004/38²⁴.

È vero che la sentenza *Coman* ha imposto di riconoscere lo *status* derivante dal matrimonio *same-sex* anche in uno Stato che non ammette tale forma di matrimonio

²⁰ [Legge 20 maggio 2016, n. 76](#), Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

²¹ [Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 7](#), Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76.

²² [Legge 31 maggio 1995, n. 218](#), Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

²³ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 5 giugno 2018, [causa C-673/16](#), EU:C:2018:385, su cui v. U. BELAVUSAU, D. KOCHENOV, *Same-sex spouses: More free movement, but what about marriage? Coman*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 227-242.

²⁴ [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.

solo nella misura in cui ciò pregiudichi i diritti di circolazione e soggiorno nell'Unione discendenti dalla cittadinanza europea, e non anche ad altri fini, per esempio in materia di affidamento, obbligazioni alimentari e successioni²⁵. Riteniamo tuttavia che il principio della continuità dello *status* non possa non avere una portata più ampia e generale: dopo la citata sentenza *Schalk e Kopf* della Corte EDU, secondo la quale il matrimonio *same-sex* è espressione del diritto di sposarsi riconosciuto dall'art. 12 CEDU, il mancato riconoscimento di un matrimonio *same-sex* celebrato all'estero in uno Stato aderente alla CEDU, a qualsiasi fine, comporterebbe la violazione della Convenzione.

In Italia, tale soluzione è avallata implicitamente anche dalla legge Cirinnà. Infatti, la circostanza che essa abbia precisato che solo il matrimonio omosessuale degli italiani all'estero è sottoposto a *downgrade recognition* lascia intendere che i matrimoni omosessuali stranieri possono godere del pieno e automatico riconoscimento in Italia.

Una questione diversa si pone con riguardo al riconoscimento dello *status filiationis*.

È proprio in questa materia, infatti, che si registrano le maggiori difformità tra le legislazioni dei vari Stati, dato che negli ultimi tempi è divenuto possibile ciò che fino ad un recente passato non era neanche immaginabile, cioè la costituzione di un rapporto di filiazione anche da parte di chi non è genitore biologico.

Mentre per creare l'istituto del matrimonio omosessuale è stata sufficiente «solo» una modifica legislativa, le nuove forme di filiazione sono collegate e dipendenti dalle più recenti scoperte dell'ingegneria genetica.

Una forma di filiazione diversa da quella biologica tradizionalmente conosciuta ha infatti cominciato ad affermarsi quando sono state perfezionate le moderne tecniche di fecondazione artificiale eterologa, che consentono di dare luogo alla filiazione utilizzando i gameti di un donatore esterno alla coppia. Queste tecniche consentono non solo di realizzare la filiazione da parte di coppie eterosessuali sterili, dando luogo ad una situazione che dopo qualche iniziale incertezza è ora pienamente accettata a livello sociale e giuridico, ma anche di creare un rapporto di filiazione sulla base di una assunzione di responsabilità in due situazioni in ordine alle quali la coscienza sociale è invece divisa: all'interno di una coppia di donne, delle quali l'una partorisce e l'altra dichiara di condividere il progetto di procreazione (bambini con due madri); e all'interno di una coppia, etero o anche omosessuale, che ricorre ad una gestante estranea (maternità surrogata).

Si tratta di pratiche utilizzate anche dalle coppie omosessuali (nel caso di bambini con due madri, solo dalle coppie omosessuali) per le quali esse costituiscono l'unico modo per realizzare un rapporto di filiazione di coppia. Per questo motivo la

²⁵ D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE*, cit., pp. 2-3.

Commissione europea ha inserito la proposta di regolamento in commento all'interno della strategia per l'uguaglianza LGBTIQ²⁶.

Tuttavia, poiché non tutti gli Stati ammettono le ultime due tipologie di situazioni, gli interessati hanno cercato di conseguire il loro obiettivo nello Stato che offre la legislazione più favorevole incontrando però ostacoli per quanto riguarda il riconoscimento – e quindi la continuità – dello *status* negli Stati che non ammettono questo tipo di filiazione²⁷.

Con riferimento alla tematica dei bambini con due madri la questione è stata portata anche all'attenzione della Corte di giustizia la quale, come vedremo nel prosieguo²⁸, nella sentenza *V.M.A. (o Pancharevo)*²⁹, ha stabilito che l'atto di nascita di un bambino con due madri, formato in un paese che ammette tale tipo di filiazione, deve essere riconosciuto anche negli altri Stati dell'Unione.

Tuttavia, anche la sentenza *V.M.A.*, allo stesso modo della citata sentenza *Coman* con riguardo al matrimonio omosessuale, non ha portata generale, in quanto impone il riconoscimento dello *status filiationis* riportato nell'atto di nascita nella misura in cui sia necessario per l'esercizio della libertà di circolazione, e non anche in altre situazioni in cui potrebbe venire in considerazione (per esempio, in una causa successoria, di responsabilità genitoriale o di obbligazioni alimentari): in sostanza, un conto è riconoscere lo *status* al fine del rilascio della carta d'identità che consente di circolare, altro conto è trascrivere un atto di nascita o provvedimento straniero da cui risulta il rapporto di filiazione.

Nei paragrafi successivi si vedrà che la proposta di regolamento in esame interviene in questo scenario con l'obiettivo, perseguito in particolare con la disciplina di conflitto, di generalizzare il riconoscimento dello *status filiationis*, anche se derivante dalla pratica dei bambini con due madri o da surrogazione di maternità, e di ammetterlo per tutti i possibili effetti rilevanti, esemplificati dal considerando 11 (diritto al nome,

²⁶ Comunicazione della Commissione, Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, [COM\(2020\) 698 final](#) del 12 novembre 2020. In questa prospettiva la proposta, distaccandosi dalla neutralità dei precedenti regolamenti sull'uniformità del diritto internazionale privato rispetto alle tematiche sensibili, appare frutto di un determinato indirizzo politico e, conseguentemente, esprimere una certa «politicizzazione della tematica» che potrebbe rendere più difficile l'approvazione del regolamento. Sul punto cfr. G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*, in *SIDIBlog*, 3 aprile 2023, reperibile [online](#), p. 1.

²⁷ Sul tema v. M. C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 539 ss.

²⁸ V. *infra*, par. 5.

²⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 dicembre 2021, [causa C-490/20](#), EU:C:2021:1008, su cui vedi M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 541 s.; EAD., *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Famiglia e diritto*, 2022, pp. 1093-1103; D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 2. Come vedremo *infra*, par. 6, l'art. 2, par. 1 della proposta di regolamento fa espressamente salvi i principi affermati da questa sentenza confermando che la clausola di ordine pubblico non può essere invocata per negare il riconoscimento dello *status filiationis* nei casi in cui esso è funzionale all'esercizio dei diritti di circolazione e soggiorno.

alla cittadinanza, obblighi alimentari, successioni, responsabilità genitoriale, rappresentanza legale, etc.) in modo da consentire ai genitori e al figlio di esercitare pienamente i diritti e gli obblighi che discendono dallo *status*. Vedremo anche che per questo motivo la proposta non incontra il favore degli Stati contrari alle nuove forme di filiazione diversa da quella naturale (la contrarietà si verifica soprattutto rispetto alla surrogazione di maternità).

2. Oggetto e ambito di applicazione.

Il capo I della proposta di regolamento in commento ne definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione e detta alcune importanti definizioni che dovrebbero garantirne l'uniformità di interpretazione.

L'oggetto è costituito dalla disciplina di tutti i profili internazionalprivatistici (giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento) della filiazione transfrontaliera oltre che dall'istituzione di un certificato europeo di filiazione (art. 1).

L'art. 2 delinea i rapporti con alcuni altri atti dell'Unione che, in astratto, presentano profili di interferenza con la materia regolata dalla proposta.

L'art. 2, par. 1 precisa che esso lascia impregiudicati i diritti che derivano dalla libertà di circolazione ai sensi delle norme europee (in particolare, la richiamata direttiva 2004/38). Ciò significa che la prova dei rapporti familiari che costituiscono il presupposto per il godimento di tali diritti può essere data con qualsiasi mezzo e non necessariamente con gli strumenti contemplati dalla proposta di regolamento. Il secondo periodo dell'art. 2, par. 1 chiarisce che resta fermo il limite posto alla possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico per escludere il rapporto di filiazione nei casi in cui gli Stati sono tenuti a riconoscere un documento che accerta tale rapporto per garantire la libertà di circolazione alla stregua di quanto chiarito dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *V.M.A.* del 2021.

L'art. 2, par. 2 delinea invece i rapporti tra il futuro regolamento e il regolamento 2016/1191³⁰ sul riconoscimento degli atti pubblici.

Per comprendere il senso di tale disposizione va considerato che il riconoscimento degli *status* va di pari passo con quello degli atti di stato civile che documentano le principali vicende relative alla persona: la nascita, la morte, la cittadinanza, il nome e i rapporti di filiazione e di coniugio. La circolazione degli atti di stato civile è stata a sua volta oggetto di numerosi interventi, tra cui grande importanza assume l'adozione del regolamento 2016/1191 sulla circolazione degli atti pubblici.

³⁰ [Regolamento \(UE\) 2016/1191](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012.

Tale regolamento prevede un sistema semplificato per il riconoscimento degli atti di stato civile e delle certificazioni rilasciati dalle autorità degli Stati membri ma (a differenza di quanto prevede la proposta di regolamento in commento) non disciplina il riconoscimento degli effetti giuridici relativi al contenuto di questi atti (art. 2, par. 4) e quindi non obbliga uno Stato membro a riconoscere situazioni giuridiche venute ad esistenza all'estero e non contemplate in tale Stato (come potrebbero essere un matrimonio omosessuale, ad esempio, o un rapporto di filiazione non biologica).

In definitiva, la proposta di regolamento in commento costituisce uno strumento diverso dal regolamento 2016/1191 in quanto quest'ultimo concerne solo l'autenticità degli atti pubblici, non il riconoscimento delle situazioni che ne costituiscono oggetto.

Ed infatti, l'art. 2, par. 2 della proposta chiarisce che non è pregiudicato il regolamento 2016/1191: ciò significa che tale regolamento continuerà ad applicarsi per quanto riguarda il riconoscimento (cioè in sostanza l'autenticità³¹) degli atti di stato civile e delle certificazioni rilasciati dalle autorità degli Stati membri mentre il futuro regolamento dovrebbe applicarsi anche al riconoscimento degli effetti giuridici relativi al contenuto di questi atti.

L'art. 3 scolpisce poi l'ambito di applicazione della proposta di regolamento in commento.

La disposizione di cui all'art. 3, par. 1 conferma quanto chiarito in precedenza³², cioè che il futuro regolamento si applicherà alla materia della filiazione solo in situazioni transfrontaliere.

L'art. 3, par. 2 contiene invece una sorta di *actio finium regundorum* tra la materia disciplinata dalla proposta di regolamento, cioè, come si è detto, la disciplina civile della filiazione in situazioni transfrontaliere, e la materia oggetto di altri regolamenti in materia di famiglia stabilendo che sono esclusi dal suo ambito di applicazione: il riconoscimento del matrimonio e dei rapporti comparabili, la responsabilità genitoriale, le obbligazioni alimentari e le successioni, nonché altre materie regolate da specifiche convenzioni internazionali, come l'adozione internazionale e i trust e altre che invece restano di competenza degli Stati membri, come la capacità giuridica delle persone fisiche, l'emancipazione e la cittadinanza.

La disposizione di cui all'art. 3, par. 3, infine, precisa che le norme sul riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici che riconoscono la filiazione e l'accettazione degli atti pubblici che la comprovano si applicano solo agli atti redatti o registrati in uno Stato UE, non a quelli provenienti da uno Stato terzo. Questa limitazione opera anche in tutti gli altri regolamenti sull'unificazione del diritto internazionale privato ed è ovvia visto che il riconoscimento delle decisioni e

³¹ D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 3.

³² V. *supra*, par. 1.

l'accettazione degli atti pubblici si fondano su un procedimento semplificato che si giustifica per il rapporto di fiducia che esiste tra gli Stati dell'UE (o, in caso di approvazione mediante la procedura di cooperazione rafforzata, tra gli Stati partecipanti al regolamento).

3. Legge applicabile.

Il punto centrale della proposta in commento è quello relativo alla legge applicabile, disciplinata nel capo III. Sono infatti le disposizioni sulla legge applicabile ad essere configurate in modo da conseguire l'obiettivo del futuro regolamento di garantire il riconoscimento – e con esso la continuità – dello *status filiationis*.

I criteri di collegamento sono indicati dall'art. 17 che rimanda, in prima battuta, alla legge dello Stato di residenza abituale della donna che ha partorito, al momento della nascita, e solo in subordine, nell'ipotesi (verosimilmente rara) che non sia possibile accertare lo Stato di residenza abituale della donna che ha partorito (ad esempio perché si tratti di persona rifugiata o sfollata), alla legge dello Stato di nascita del figlio.

Per favorire la costituzione del rapporto di filiazione nei confronti di entrambi i genitori, l'art. 17, par. 2 stabilisce che «se la legge applicabile ai sensi del paragrafo 1 permette di accertare la filiazione per un solo genitore, all'accertamento della filiazione per il secondo genitore può applicarsi la legge dello Stato di cittadinanza del primo o del secondo genitore oppure la legge dello Stato di nascita del figlio». Con questa disposizione la proposta di regolamento fa applicazione del metodo delle considerazioni materiali³³ introducendo una serie di criteri di collegamento in concorso alternativo fra loro, con l'indicazione che la scelta deve ricadere su quello in grado (o meglio in grado) di realizzare il risultato auspicato dal legislatore, che consiste nel garantire lo stabilimento della filiazione rispetto ad entrambi i genitori.

Lo stabilimento della filiazione viene garantito anche dall'art. 19, il quale ha cura di precisare che «una successiva modifica della legge applicabile lascia impregiudicata la filiazione già accertata in uno Stato membro in conformità del presente regolamento».

Ai sensi dell'art. 18 la legge designata dalle norme di conflitto va applicata senza rinvio, cioè con riferimento alle norme materiali e non a quelle di diritto internazionale privato dello Stato designato: le leggi designate saranno quindi le stesse per tutti gli Stati dell'Unione (o di quelli partecipanti al futuro regolamento), indipendentemente da quello dal cui punto di vista ci si pone per esaminare il caso.

³³ B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, XVIII ed., Milano, 2023, pp. 32-33.

L'art. 16 stabilisce che il nuovo regolamento avrà carattere universale (*erga omnes*) in quanto si applica anche ove la legge designata dai criteri di collegamento non sia quella di uno Stato membro. Questa espressione definisce il concetto a valle. A monte, ciò significa che il regolamento sulla filiazione sarà applicabile anche se la fattispecie presenta con uno Stato terzo le connessioni rilevanti come criteri di collegamento per la designazione della legge applicabile. In altre parole, si tratta di una legge uniforme di diritto internazionale privato idonea a sostituire, nella materia da essa contemplata, le norme di diritto internazionale privato vigenti nei singoli Stati contraenti³⁴.

L'applicazione della legge designata dalle norme di conflitto può essere inibita se essa risulta contraria all'ordine pubblico del foro, ma – come accade in tutti gli altri regolamenti di armonizzazione del diritto internazionale privato – il ricorso alla clausola di ordine pubblico costituisce un'*extrema ratio*, sia perché si richiede che la violazione sia manifesta sia perché essa deve comunque essere applicata «nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta, in particolare l'articolo 21 sul principio di non discriminazione» (art. 22, par. 2). La questione dell'ordine pubblico è molto importante per comprendere le ragioni per cui la proposta di regolamento non incontra il favore di alcuni Stati, tra cui l'Italia, e verrà pertanto ulteriormente approfondita³⁵.

L'art. 18 delinea l'ambito della legge applicabile che non concerne solo le procedure di accertamento o contestazione della filiazione (lett. a) ma anche gli effetti giuridici vincolanti e/o l'efficacia probatoria degli atti pubblici (lett. b), la legittimazione ad agire in giudizio nelle cause di filiazione (lett. c) e i termini per accertare o contestare la filiazione (lett. d).

L'art. 23 regola il caso che la legge designata dai criteri di collegamento sia inserita nell'ambito di un ordinamento plurilegislativo che si compone di più unità territoriali e stabilisce che l'unità territoriale competente si determina in base alle norme interne sui conflitti di legge o, in mancanza, riferendo i criteri di collegamento alle unità territoriali di cui l'ordinamento si compone³⁶.

Si è già detto³⁷ che lo scopo della proposta di regolamento in esame è quello di garantire la continuità e quindi la circolazione dello *status filiationis* acquisito nello Stato di nascita del bambino onde evitare che la difformità delle legislazioni in materia

³⁴ Molte delle convenzioni e dei regolamenti di unificazione del diritto internazionale privato in tema di legge applicabile hanno carattere universale: cfr. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, cit., p. 279.

³⁵ V. *infra*, par. 6.

³⁶ Con la precisazione (art. 23, par. 3) che il regolamento non si applica per risolvere i conflitti di legge tra le diverse unità territoriali di uno Stato che avessero normative diverse in materia di filiazione.

³⁷ V. *supra*, par. 1.

di filiazione dia luogo alla costituzione di situazioni claudicanti, riconosciute cioè nel paese dove esse vengono ad esistenza e non in quelli dove la persona si trasferisce.

Ora vedremo che in effetti il riconoscimento è previsto indipendentemente dal modo con cui la filiazione è stata costituita, perciò anche se sia avvenuta attraverso la pratica dei bambini con due madri o la surrogazione di maternità.

Si tratta di una posizione forte della proposta, dalla quale deriva la contrarietà ad essa da parte di quei paesi – come l'Italia – dove le pratiche dei bambini con due madri e/o della maternità surrogata sono vietate³⁸. Per comprendere l'impatto che il futuro regolamento avrebbe nel nostro paese, può essere utile ripercorrere sinteticamente il dibattito giurisprudenziale avvenuto su queste due materie sensibili.

4. *Segue. Le implicazioni della proposta di regolamento sulla problematica della maternità surrogata.*

La maternità surrogata consiste in un accordo in forza del quale una donna acconsente a condurre la gravidanza per conto di una coppia alla quale si impegna a consegnare il bambino alla nascita. La maternità surrogata viene attuata mediante le tecniche della fecondazione artificiale, cioè mediante inseminazione artificiale o altri sistemi come la fecondazione *in vitro*. Secondo che venga eseguita con gameti appartenenti o estranei alla coppia, la fecondazione artificiale si distingue in omologa ed eterologa. La maternità surrogata è quasi sempre eterologa, essendo utilizzata da persone che non possono avere figli (rari sono i casi di donne che, per motivi di immagine, pur non avendo controindicazioni di carattere fisico, preferiscono evitare la gravidanza). La maternità surrogata eterologa consente di instaurare un rapporto di filiazione anche con il membro o i membri della coppia committente che non hanno un rapporto biologico con il bambino e pertanto nella prassi e anche in un documento diffuso dal Parlamento europeo³⁹, vengono chiamati genitori intenzionali valorizzando con questa espressione la loro intenzione di crescere il minore.

La maternità surrogata è normalmente utilizzata sia dalle coppie eterosessuali sterili o infertili, sia da coppie omoaffettive, specie quelle maschili per le quali tale pratica rappresenta l'unico modo per realizzare un rapporto di filiazione di coppia.

In Italia la legge 19 febbraio 2004, n. 40⁴⁰ consente la procreazione assistita alle coppie sterili o infertili (art. 4, comma 1), ma vieta con sanzioni penali la commercializzazione di gameti e/o embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, comma 6).

³⁸ La maternità surrogata è vietata nella maggior parte dei paesi sia a livello europeo che mondiale.

³⁹ Cfr. Parlamento europeo, *Il regime di maternità surrogata negli Stati Membri dell'UE*, Studio PE 474.403 – sintesi, 2013, reperibile [online](#).

⁴⁰ [Legge 19 febbraio 2004, n. 40](#), Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

Il divieto di ricorso alla maternità surrogata è rimasto anche dopo che la sentenza della Corte costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162⁴¹, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge n. 40/2004, che vietavano anche la fecondazione eterologa medicalmente assistita qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

I motivi per cui la maternità surrogata è vietata nel nostro paese sono che essa, in generale, offende la dignità della donna rendendola una sorta di incubatrice per altri e quando, com'è la regola, avviene dietro un corrispettivo pagato alla clinica dove l'operazione viene effettuata, solleva anche ulteriori problemi: la previsione di un corrispettivo (che, come si è detto, la legge n. 40/2004 vieta) rischia infatti di mercificare la nascita dei bambini favorendo la diffusione di quello che viene definito un «turismo procreativo» volto alla ricerca del paese con i prezzi più convenienti e di avallare una forma di sfruttamento delle donne economicamente svantaggiate (che spesso vengono utilizzate dalle cliniche per questo tipo di operazioni).

Il divieto della maternità surrogata vigente nel nostro paese induce molte coppie a cercare di realizzarla all'estero, dove la legislazione varia da paese a paese.

Anche in Francia e Germania gli accordi di maternità surrogata sono vietati, mentre in altri paesi dell'Unione sono ammessi quando non vi sia passaggio di denaro né fini di lucro e talvolta solo per i residenti nel paese. Al di fuori dell'Unione, non pochi Stati, come ad esempio Ucraina, India, Nevada, Virginia, ammettono gli accordi di maternità surrogata, con o senza corrispettivo. Accade così frequentemente che coppie italiane che non possono avere figli naturalmente si rivolgano a persone e strutture di questi paesi per ricorrere alla fecondazione artificiale eterologa attraverso accordi di maternità surrogata e poi, ai sensi dell'art. 28, comma 2, lett. b, del citato d.P.R. n. 396/2000 chiedano la trascrizione nei registri di stato civile italiani dell'atto di nascita del bambino nato all'estero, dove come genitori vengono indicati i membri della coppia committente.

Il tentativo di trascrivere in Italia l'atto di nascita di un bambino nato all'estero in un paese che lo ammette ha dato luogo ad un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che val la pena di riportare per sommi capi per comprendere come la proposta di regolamento in commento sarebbe destinata ad incidere su di esso.

Prima ancora di riportare l'opinione della giurisprudenza sulla possibilità di riconoscere un rapporto di filiazione derivato da surrogazione di maternità va chiarito sin d'ora il metodo adottato dalla giurisprudenza che è intervenuta sul tema; tale metodo è consistito nel concentrarsi pressoché esclusivamente sul problema dell'ordine pubblico che, come è noto, individua il complesso di principi e valori fondamentali che

⁴¹ Corte costituzionale, [sentenza del 9 aprile 2014, n. 162](#).

caratterizzano la comunità in un determinato momento storico⁴². Questo approccio trova spiegazione nel fatto che le attività che davano origine al contenzioso erano o la trascrizione nei registri di stato civile italiani dell'atto di nascita all'estero del bambino nato attraverso surrogazione di maternità, oppure il riconoscimento dei provvedimenti stranieri che accertano la filiazione anche del genitore d'intenzione, ed entrambe non possono avvenire in contrasto con l'ordine pubblico: l'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000 vieta la trascrizione nei registri italiani degli atti di stato civile stranieri contrari all'ordine pubblico, mentre gli artt. 64 e 65 della legge n. 218/1995 configurano l'ordine pubblico come motivo ostativo al riconoscimento nel nostro paese delle sentenze e degli altri atti o provvedimenti stranieri.

Non si può però sottacere che in questo modo il dibattito non si è svolto in modo rigoroso dal punto di vista del ragionamento internazionalprivatistico.

Infatti, la questione dell'ordine pubblico avrebbe dovuto venire in considerazione solo dopo avere risolto il problema, logicamente preliminare, della legge applicabile al rapporto di filiazione.

Se dunque la giurisprudenza non si pone il problema della legge applicabile alla (filiazione da) maternità surrogata, vedremo *infra*, in questo stesso paragrafo che invece la proposta di regolamento in commento mira al riconoscimento dello *status filiationis*, anche quando deriva da surrogazione di maternità, designando la legge applicabile alla filiazione mediante l'utilizzazione di criteri di collegamento che riportano allo Stato dove essa è ammissibile ed è stata effettivamente realizzata.

Il metodo seguito dalla giurisprudenza di affrontare il problema dell'ordine pubblico prima e indipendentemente da quello della legge applicabile non pare corretto perché l'ordine pubblico costituisce un limite all'applicabilità del diritto straniero e presuppone quindi che la filiazione sia regolata dal diritto straniero.

Quando almeno un membro della coppia committente è italiano (e pertanto trasmette la cittadinanza anche al figlio), come di regola accade nelle fattispecie su cui si deve pronunciare la giurisprudenza italiana, la filiazione sarebbe regolata dalla legge italiana.

In mancanza di una norma di conflitto uniforme come quella che la proposta di regolamento in commento vorrebbe introdurre, trova applicazione l'art. 33 della legge n. 218/1995, che designa la legge della cittadinanza del figlio (o, se più favorevole, la legge della cittadinanza di uno dei genitori, legge che però, se la coppia committente è italiana, non verrebbe in considerazione).

Ebbene, se la filiazione derivante da maternità surrogata è regolata dalla legge italiana, allo stato attuale della legislazione più che una problematica di ordine pubblico ciò che si verifica è una disarmonia tra l'atto di nascita e la sottostante situazione

⁴² Sul concetto di ordine pubblico v. *amplius*, *infra*, par. 6.

sostanziale: l'atto di stato civile, infatti, dovrebbe avere funzione probatoria di un rapporto di filiazione che, in base alla legge italiana che lo regola, non risulta invece validamente costituito perché la legge italiana attribuisce la maternità alla donna che partorisce (arg. ex art. 269, comma 3, c.c.) e non a quella che ha concluso un contratto di maternità surrogata (madre intenzionale). Però, dato che il d.P.R. n. 396/2000 ha posto come limite alla trascrizione degli atti di stato civile stranieri la contrarietà all'ordine pubblico e non la mancata corrispondenza con la disciplina sostanziale del rapporto giuridico che l'atto dovrebbe comprovare, il dibattito è stato incentrato solo sulla contrarietà dell'atto di nascita all'ordine pubblico. In questo modo si dà già per scontata la situazione che in realtà dovrebbe essere garantita dal futuro regolamento, cioè che il rapporto di maternità si sia validamente costituito nello Stato dove la maternità surrogata è ammessa ed è stata realizzata e dove, quindi, l'atto di nascita è stato formato, che costituirebbe quindi, per così dire, lo «Stato di origine del rapporto». Allo stato attuale, invece, in base al diritto internazionale privato italiano questa situazione potrebbe verificarsi solo quando la legge dello Stato di origine sia la legge regolatrice del rapporto di filiazione; senonché, come si è detto, quando la coppia committente è italiana, il criterio di collegamento della cittadinanza del figlio dell'art. 33 della legge n. 218/1995 designa la legge italiana. Non viene invece in considerazione la legge dello Stato dove la maternità surrogata è ammessa ed è stata realizzata e dove l'atto di nascita è stato formato perché questo Stato non ha alcun collegamento con la coppia committente se non quello di rendere possibile la maternità surrogata alle condizioni più vantaggiose. Come vedremo, la situazione sarebbe destinata a cambiare radicalmente con il futuro regolamento visto che l'attuale proposta detta criteri di collegamento che tendono a designare la legge dello Stato dove la surrogazione di maternità è stata legalmente realizzata e dove, quindi, viene normalmente formato l'atto di nascita.

Fatto sta che, anche in mancanza di norme di conflitto uniformi di questo tipo, il tema del dibattito giurisprudenziale che si è svolto nel nostro paese è stato solo quello relativo al punto se sia o meno conforme all'interesse superiore del minore mantenere lo *status* di figlio teoricamente acquisito nell'ordinamento dove l'atto di nascita è stato formato, senza interrogarsi se tale *status* fosse stato veramente acquisito in base alla legge applicabile al rapporto.

Chi è favorevole al riconoscimento della maternità surrogata manifesta la tendenza a prendere atto della situazione di fatto cercando di regolamentarla sulla base del presupposto che *the best interest of the child* sia quello che la coppia committente, che lo ha voluto, svolga le veci dei suoi genitori prendendosi cura di lui. Questo punto di vista è ben scolpito in una sentenza californiana⁴³: una volta che il bambino è nato

⁴³ *Superior Court of California – Family Division*, sentenza del 27 agosto 1997, *Re Buzzanca*.

«the baby is here. And the matter is what is best for him now that is here, and not how he is arrived».

Se questo è vero, non può però essere dimenticato che – come si è detto – la maternità surrogata è un tema delicato e divisivo che presenta numerose controindicazioni di ordine etico e giuridico attinenti allo sfruttamento e allo svilimento della donna e alla mercificazione dei bambini che hanno indotto a vietarla in Italia rafforzando il divieto con sanzioni penali. E a questo riguardo va considerato che, seppure la Cassazione⁴⁴ ritiene che la maternità surrogata all'estero non comporti, neanche parzialmente, la commissione del reato in Italia, la trascrizione dell'atto di nascita del bambino nato all'estero in forza di un accordo di maternità surrogata eterologa finisce per legittimare una condotta che se fosse posta in essere in Italia configurerebbe un reato, per non dire che determina una ingiustificata disparità di trattamento tra le coppie che in Italia non possono ricorrere alla maternità surrogata e quelle più facoltose che hanno la possibilità di rivolgersi all'estero.

Ciò premesso, la questione relativa all'ammissibilità o meno della trascrizione dell'atto di nascita del bambino nato da maternità surrogata è stata fortemente indirizzata da una sentenza della Corte EDU la quale in diverse occasioni è stata chiamata a pronunciarsi sul punto se la maternità surrogata costituisca o meno espressione di un diritto alla genitorialità e se, quindi, il suo mancato riconoscimento da parte dello Stato comporti violazione dell'art. 8 CEDU sul divieto di ingerenza dello Stato nella vita privata.

Prima di entrare nel merito delle varie decisioni è opportuno chiarire che anche la valutazione della Corte EDU prescinde completamente dalla questione della legge applicabile al rapporto di filiazione secondo il sistema di diritto internazionale privato dello Stato richiesto del riconoscimento della maternità surrogata attraverso la trascrizione dell'atto di nascita del bambino⁴⁵. In sostanza, anche la Corte EDU dà per scontato che avvenga quello che dovrebbe avvenire una volta che fosse approvata la proposta di regolamento, cioè che la nascita di un bambino in forza di un contratto di maternità surrogata dia sempre luogo ad un valido rapporto di filiazione in base alla legge dello Stato dove avviene la nascita, indipendentemente dal fatto che questa legge sia richiamata dal sistema di diritto internazionale privato dello Stato richiesto della trascrizione dell'atto di nascita, e chiarisce se e a quali condizioni lo *status* che si sarebbe così formato nello Stato di origine debba poi essere riconosciuto nello Stato di cittadinanza del minore.

⁴⁴ Corte di cassazione, sez. III penale, [sentenza del 10 febbraio 2021, n. 5198](#).

⁴⁵ Nelle fattispecie esaminate dalla Corte EDU il riconoscimento della filiazione tramite maternità surrogata doveva avvenire attraverso la trascrizione dell'atto di nascita del bambino ma la stessa soluzione dovrebbe valere anche nel caso che esso debba invece avvenire attraverso il riconoscimento di un provvedimento straniero che accerta la filiazione nei confronti del genitore d'origine.

Nella sua giurisprudenza, la Corte EDU ha distinto due situazioni.

(a) Se il padre committente è anche padre biologico, le autorità nazionali devono trascrivere l'atto di nascita a seguito di maternità surrogata perché il rifiuto sarebbe contrario all'art. 8 CEDU sul divieto di ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare del minore⁴⁶. Quando nella coppia committente vi è una donna (coppie eterosessuali o coppie omoaffettive femminili) lo stesso principio dovrebbe valere se la madre committente fosse anche madre biologica (cosa che di norma peraltro non accade, perché la maternità surrogata viene utilizzata principalmente per porre rimedio a problemi di sterilità della donna). Se, come spesso avviene, il nato ha un legame biologico con uno solo dei genitori (di norma il padre) dovrà essere trascritto un atto di nascita parziale che attesti la genitorialità solo del genitore biologico.

(b) Se invece il nato da maternità surrogata non ha alcun legame genetico con la coppia committente, le sentenze *Mennesson e Labassée c. Francia* lasciano agli Stati un ampio margine di discrezionalità nella valutazione se ammettere o meno la trascrizione dell'atto di nascita, perché in mancanza di un legame identitario con i genitori d'intenzione l'interesse dello Stato a vietare questa pratica potrebbe essere superiore a quello del minore ad essere riconosciuto.

Va peraltro considerato che il margine di discrezionalità che la Corte EDU ha concesso agli Stati nel caso in cui il bambino non abbia legami genetici con i genitori è stato ridotto in conseguenza di due successive pronunce della stessa Corte di Strasburgo.

Con la prima, essa ha stabilito che se il minore nato da un accordo di maternità surrogata non ha legami biologici con i genitori, ma ha trascorso un periodo, per quanto breve, con la coppia committente, si crea un legame familiare e affettivo *de facto* che le autorità nazionali devono rispettare⁴⁷.

Con il successivo parere consultivo del 10 aprile 2019 la *Grande Chambre* della Corte EDU⁴⁸, rispondendo ad un quesito della Corte di cassazione francese, ha confermato che se il *père d'intention* è anche il padre biologico mentre la *mère d'intention* non ha dato i suoi gameti, lo Stato può stabilire che la maternità non risulti dalla trascrizione dell'atto di nascita ma ha precisato che in questo caso, dato che il superiore interesse del minore è quello di avere delle persone che si prendano cura di

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 26 giugno 2014, [ricorso n. 65192/11](#), *Mennesson c. Francia*, e [ricorso n. 65941/11](#), *Labassee c. Francia*, su cui vedi R. RUSSO, *Il caso Mennesson, vent'anni dopo. divieto di maternità surrogata e interesse del minore. Nota a Arrêt n° 648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) - Cour de Cassation - Assemblée plénière*, in *Giustizia insieme*, 20 novembre 2019, reperibile [online](#).

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 27 gennaio 2015, [ricorso n. 25358/12](#), *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

⁴⁸ *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, [request no. P16-2018-001](#).

lui, per non violare l'art. 8 CEDU gli Stati devono riconoscere anche alla madre intenzionale la possibilità di instaurare un legame di filiazione con il bambino attraverso l'adozione o con altre modalità che garantiscano la tutela effettiva e celere dell'interesse del minore.

Dando attuazione a questi principi stabiliti dalla Corte EDU, la Corte di cassazione italiana, fin dal 2014, ha ritenuto che quando il bambino non sia stato concepito con i gameti dei genitori committenti (situazione in cui, come si è detto, la Corte EDU riconosce agli Stati un margine di discrezionalità) la maternità surrogata avvenuta all'estero è incompatibile con il principio di ordine pubblico che la vieta nel nostro paese sia per tutelare la dignità della gestante sia perché la pratica potrebbe essere un modo per eludere la disciplina dell'adozione internazionale; d'altra parte, la Suprema Corte ritiene che la maternità surrogata in questa ipotesi non potrebbe essere giustificata sulla base del prevalente interesse del minore in quanto tale interesse viene tutelato non costituendo un rapporto di filiazione con persone con cui non vi è un legame identitario, ma piuttosto tutelato attraverso la scelta legislativa di sottrarre alla discrezionalità delle parti la possibilità di costituire un rapporto di filiazione al di fuori di un legame biologico con il minore⁴⁹.

Il principio così tracciato è stato sempre confermato dalla Cassazione italiana quando, nel corso degli anni, è stata chiamata a pronunciarsi sul riconoscimento di un atto da cui risultava il rapporto di filiazione attraverso surrogazione di maternità, fosse questo l'atto di nascita del bambino di cui si chiedeva la trascrizione in Italia ovvero il riconoscimento di un provvedimento straniero che attribuiva la responsabilità genitoriale al genitore d'intenzione.

Sia in caso di coppia committente eterosessuale sia in caso di coppia committente omoaffettiva, l'orientamento della Cassazione è sempre stato che se solo uno dei genitori ha fornito i gameti (il padre, di solito) la filiazione può essere riconosciuta solo nei suoi confronti ostandovi, nei confronti del genitore d'intenzione, la contrarietà della pratica all'ordine pubblico: così la Corte di cassazione a sezioni unite⁵⁰ ha negato il riconoscimento di una decisione della *Superior Court of Justice* dell'Ontario che aveva accertato l'esistenza di una relazione di co-genitorialità fra un padre non biologico e due gemelli nati a seguito di un accordo di maternità surrogata con una donna che aveva ricevuto il materiale genetico dal marito del padre d'intenzione in base all'argomento che il divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12 della legge n. 40/2004 ha natura di ordine pubblico a tutela di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione.

⁴⁹ Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001](#).

⁵⁰ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193](#).

Questa decisione ha di nuovo preso in considerazione, rigettandolo, l'argomento che il riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti dei genitori d'intenzione corrisponderebbe a *the best interest of the child*. La Cassazione ha infatti ritenuto che il giudice italiano non poteva sostituire la propria valutazione del superiore interesse del minore a quella del legislatore «nonostante la pacifica insussistenza di un rapporto biologico con il genitore intenzionale»⁵¹.

Come si è detto, però, il parere consultivo della Corte EDU alla Cassazione francese aveva stabilito che nel caso in cui gli Stati non consentono il riconoscimento diretto del rapporto di filiazione nei confronti del genitore d'intenzione devono predisporre uno strumento idoneo a costituirlo, come l'adozione.

Conformandosi a tal indicazione, le sezioni unite del 2019 hanno stabilito che quando il bambino nato da maternità surrogata è figlio biologico di un membro della coppia omoaffettiva, l'altro potrà realizzare la sua aspirazione alla genitorialità con le modalità dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d, della legge 4 maggio 1983, n. 184⁵².

Senonché la situazione si è ulteriormente complicata perché in Italia è sorto un dibattito sull'idoneità dell'adozione in casi particolari a garantire quella efficace e rapida tutela dello *status filiationis* che, nel citato parere consultivo alla Cassazione francese, la Corte EDU ritiene imprescindibile per costituire un'alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita del bambino nato da maternità surrogata senza violare il diritto alla vita privata e familiare del minore. I motivi di criticità rilevati nell'istituto italiano dell'adozione in casi particolari erano che essa non determinava un legame di filiazione pieno (non creava legami del minore con i parenti dell'adottante e non attribuiva diritti successori) ed aveva il limite di richiedere il consenso del genitore biologico, che potrebbe venir meno in caso di crisi della coppia.

Su questa base, con ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020, n. 8325, la sezione I civile della Corte di cassazione⁵³, discostandosi dalle sezioni unite del 2019, ha proposto alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità della legge n. 40/2004 nella parte in cui vieta la maternità surrogata (nonché delle norme sulla trascrizione degli atti di stato civile stranieri), rispetto ad alcuni articoli della Costituzione e, come norme interposte, ad alcune convenzioni internazionali sui diritti umani e dei minori, con particolare riferimento al principio di non discriminazione.

⁵¹ La sentenza delle sezioni unite n. 12193/2019 è stata richiamata *incidenter tantum* per ribadire la contrarietà della pratica della maternità surrogata all'ordine pubblico dalla successiva sentenza della Corte di cassazione, sez. I civile, [del 23 agosto 2021, n. 23319](#).

⁵² [Legge 4 maggio 1983, n. 184](#), Diritto del minore ad una famiglia.

⁵³ Corte di cassazione, sez. I civile, [ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020, n. 8325](#).

Con la sentenza del 9 marzo 2021, n. 33⁵⁴ la Corte costituzionale, pur condividendo la valutazione delle sezioni unite circa la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁵⁵, valorizzando non tanto un diritto alla genitorialità quanto il dovere di esercitare la responsabilità genitoriale nei confronti del bambino, ha condiviso anche l'opinione della prima sezione remittente che l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 della legge n. 184/1983 non costituisce un rimedio sufficiente e pertanto, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, ha invitato il legislatore a disciplinare un procedimento di adozione idoneo a realizzare il superiore interesse del minore nato all'estero da maternità surrogata ad instaurare un legame di filiazione anche con il genitore non biologico, nella fattispecie (ma non necessariamente) all'interno di una coppia omoaffettiva.

Nonostante la pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, dato che la Corte costituzionale aveva condiviso l'opinione della sezione remittente quanto all'inidoneità dell'adozione in casi particolari ad «assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi costituzionali e convenzionali»⁵⁶, la sezione I civile della Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di trascrivere in Italia un provvedimento canadese che ha attribuito la genitorialità al genitore d'intenzione, marito del padre genetico⁵⁷, si è posta il dubbio che il diritto vivente costituito dal *dictum* della sentenza a sezioni unite n. 12193/2019 fosse stato superato, e con una nuova ordinanza interlocutoria ha quindi investito ancora le sezioni unite affinché chiarissero se fosse possibile, in via di interpretazione, colmare il vuoto normativo ripensando il contrasto della maternità surrogata con l'ordine pubblico «nell'ottica della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore»⁵⁸.

A questo punto la vicenda ha conosciuto un ulteriore sviluppo in quanto, a distanza di pochi mesi dalla nuova rimessione della questione alle sezioni unite, è intervenuta la Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di accoglimento che ha modificato i termini dell'adozione in casi particolari.

Più precisamente, la sentenza della Corte costituzionale del 28 marzo 2022, n. 79⁵⁹ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa sull'adozione in casi

⁵⁴ Corte costituzionale, [sentenza del 9 marzo 2021, n. 33](#), su cui v. M. DOGLIOTTI, *Due padri e due madri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale. Ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 688-703.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cit., Considerato in diritto, punto 5.1.

⁵⁶ *Ivi*, Considerato in diritto, punto 5.8.

⁵⁷ Entrambi erano cittadini italiani, sicché il matrimonio omosessuale straniero è stato trascritto in Italia come unione civile ai sensi dell'art. 32 bis della legge n. 218/1995.

⁵⁸ Corte di cassazione, sezione I civile, [ordinanza interlocutoria del 21 gennaio 2022, n. 1842](#).

⁵⁹ Corte costituzionale, [sentenza del 28 marzo 2022, n. 79](#).

particolari (art. 55 della legge n. 184/1983) per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., in rapporto all'art. 8 CEDU sul divieto di ingerenza dello Stato nella privata e familiare, proprio nella parte censurata dalla precedente sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021 e dalla ordinanza interlocutoria della Cassazione n. 1842/2022, cioè perché non induce alcun rapporto tra l'adottato e i parenti dell'adottante, discriminando, quindi, il genitore adottivo rispetto al genitore biologico.

A questo punto, la questione doveva essere definita con una sentenza delle sezioni unite in risposta alle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione della sezione I nell'ambito del giudizio sulla trascrivibilità in Italia del provvedimento canadese che ha attribuito la genitorialità al genitore d'intenzione.

Ebbene, la sentenza delle sezioni unite del 30 dicembre 2022, n. 38162⁶⁰ ha confermato che il provvedimento straniero che attesta la genitorialità del genitore d'intenzione non può essere trascritto nei registri di stato civile italiano per contrasto della pratica con l'ordine pubblico. Le sezioni unite sono pervenute a questo risultato in due passaggi: con il primo hanno ritenuto che a seguito della sentenza della Corte costituzionale non si è determinato alcun vuoto normativo⁶¹, mentre con il secondo hanno ribadito l'impossibilità di trascrizione del provvedimento straniero nei registri di stato civile italiani confermando che la maternità surrogata è contraria alla dignità della donna in quanto ne riduce il corpo «ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri»⁶² e ribadendo che non esiste un diritto alla genitorialità fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori. Pertanto non è possibile, come ipotizzava la prima sezione, «salvare» la maternità surrogata neanche nei casi in cui sia dimostrato che essa è il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendentemente da contropartite economiche e revocabile sin dalla nascita del bambino; l'atto di nascita straniero, oppure il provvedimento giudiziario straniero, che indichino quale genitore del bambino il padre di intenzione, rimangono contrari all'ordine pubblico.

⁶⁰ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162](#), su cui v. M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia insieme*, 6 febbraio 2023, reperibile [online](#), dove l'A. esprime l'auspicio che la pronuncia metta la parola fine all'incertezza che regnava in materia, e l'ampio e articolato commento di R. CALVIGIONI, *Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore. Il ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero*, in questa *Rivista*, 2023, n. 1, pp. 1-22, reperibile [online](#).

⁶¹ Le sezioni unite ritengono che la sezione I sia giunta a questa conclusione confondendo una sentenza di inammissibilità con una di illegittimità costituzionale. In un'intervista che ha rilasciato sul tema intitolata *Nessuna concessione ai fan della surrogata, ecco cosa dice la Cassazione*, reperibile [online](#), il prof. E. BILOTTI mette in evidenza il passaggio in cui le sezioni unite chiariscono che «la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del giudice. E ciò semplicemente perché la giurisprudenza non è fonte del diritto».

⁶² Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza n. 38162/2022, cit., punto 18.

Le sezioni unite hanno, altresì, chiarito che comunque l'ordinamento italiano, pur non consentendo la trascrizione dell'atto o del provvedimento straniero, «non volta le spalle al nato»⁶³ in quanto offre uno strumento volto a garantire al bambino nato a seguito di maternità surrogata nell'ambito di una coppia omoaffettiva lo *status* di figlio e a consentirgli di mantenere la relazione affettiva e di cura già di fatto instaurata e consolidata con il partner del genitore biologico che ha condiviso il progetto. Tale strumento è l'istituto dell'adozione in casi particolari.

La sentenza della Cassazione n. 38162/2022 ha infatti stabilito che la di poco precedente sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 ha «fatto venir meno il più importante elemento di inadeguatezza della soluzione dell'adozione particolare»⁶⁴ che quindi ora è lo strumento che può essere utilizzato per costituire un rapporto di filiazione del minore nato da maternità surrogata con il genitore di intenzione privo di legami biologici con il bambino alternativo alla trascrizione dell'atto di nascita.

In sostanza, la Cassazione, da un lato, dice no alla trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento straniero di riconoscimento per non consentire in modo automatico al partner del genitore genetico di costituire un rapporto di filiazione derivante dall'aver svolto all'estero una pratica contraria all'ordine pubblico, ma, dall'altro lato, dal momento che i figli ormai sono nati e sono incolpevoli di tale situazione, dice anche sì al riconoscimento del rapporto di filiazione con uno strumento come l'adozione in casi particolari che consente al giudice di verificare caso per caso se esso corrisponde all'interesse del minore⁶⁵.

A seguito della sentenza delle sezioni unite, «tra i due interessi rilevanti, quello del minore di mantenere il rapporto di filiazione instauratosi all'estero e quello di garantire tutela e rispetto della dignità della donna, le sezioni unite trovano il punto di equilibrio nel rimettere la valutazione al giudice, il quale dovrà decidere in merito alla richiesta di adozione ex art. 44 della legge n. 184/1983, istituto che potrà consentire l'instaurarsi del rapporto di filiazione anche a favore del genitore d'intenzione, salvaguardando tutte le parti in gioco e tutelando la famiglia costituitasi all'estero»⁶⁶.

Molte decisioni in tema di maternità surrogata scaturiscono dalla richiesta di una coppia omoaffettiva, normalmente maschile, di trascrivere l'atto di nascita o il provvedimento straniero di riconoscimento che accerta lo *status filiationis* anche nei confronti del partner del genitore biologico; va però sottolineato che anche quando la maternità surrogata viene realizzata da una coppia eterosessuale per porre rimedio a

⁶³ *Ivi*, punto 26.

⁶⁴ *Ivi*, punto 10.

⁶⁵ A. NOCERA, *Figlio di due padri, concepito all'estero: sì all'adozione, no al riconoscimento della sentenza*, in *Il Quotidiano giuridico*, 9 febbraio 2023, reperibile [online](#).

⁶⁶ R. CALVIGIONI, *Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore*, cit., pp. 15-16.

problemi di sterilità della donna la conclusione è la stessa: non può essere riconosciuta automaticamente la filiazione nei confronti del genitore (normalmente la donna) che non ha fornito i gameti. La contrarietà della surrogazione di maternità all'ordine pubblico dipende dal fatto di essere una pratica che in Italia è considerata reato per il fatto che (come hanno detto le sezioni unite) offende la dignità della donna e rischia di mercificare la nascita dei bambini e pertanto prescinde dall'orientamento sessuale della coppia committente.

Di conseguenza, la contrarietà dell'ordinamento italiano rispetto alla pratica della maternità surrogata non può considerarsi discriminatoria rispetto all'orientamento sessuale della coppia committente. Infatti, si applicherà anche all'adozione in casi particolari nei confronti del partner del genitore genetico del bambino nato attraverso surrogazione di maternità il principio affermato dalla sentenza della Cassazione del 31 marzo 2021, n. 9006⁶⁷ che, superando il precedente orientamento giurisprudenziale fondato sulla concezione dell'adozione come *imitatio naturae*, ha ritenuto che l'orientamento sessuale del partner non incide sull'idoneità della persona ad assumersi la responsabilità genitoriale e quindi ha stabilito che l'adozione può essere disposta anche nei confronti delle coppie omoaffettive⁶⁸.

Un dubbio circa la persistente idoneità dell'adozione in casi particolari, anche dopo la modificazione dell'istituto da parte della Corte costituzionale, a costituire uno strumento idoneo a garantire la possibilità di instaurare in modo celere ed effettivo un rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione⁶⁹ potrebbe essere rappresentato dal necessario consenso del padre biologico all'adozione. A questo riguardo, le sezioni unite nella sentenza n. 38162/2022 hanno però chiarito che la mancata prestazione del consenso non può avvenire arbitrariamente perché «il giudice deve controllare che il rifiuto dello stesso sia conforme all'interesse del minore»⁷⁰.

L'orientamento delle sezioni unite sembra al momento consolidato visto che è stato confermato dall'ordinanza della Cassazione del 21 settembre 2023, n. 26967⁷¹, la prima a decidere relativamente alla maternità surrogata in singola sezione, la quale ha confermato la trascrizione parziale dell'atto di nascita con indicazione del solo genitore

⁶⁷ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006](#).

⁶⁸ Sulle problematiche di ordine pubblico in tema di adozione, v. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, cit., p. 220 ss. Per un commento alla sentenza n. 9006/2021 v. A. FIGONE, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 1004-1007.

⁶⁹ Ciò che, come abbiamo visto, è richiesto dal citato parere della Corte EDU alla Cassazione francese, del 10 aprile 2019, per il bilanciamento degli interessi nel caso in cui non venga consentita la trascrizione dell'atto di nascita del bambino nato all'estero con la surrogazione di maternità.

⁷⁰ M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

⁷¹ Corte di cassazione, sez. I civile, ordinanza del 21 settembre 2023, n. 26967, su cui v. R. CALVIGIONI, *La Cassazione interviene sulla maternità surrogata all'estero*, in *I servizi demografici*, 2023, n. 11, pp. 32-39.

biologico e il ricorso all'adozione in casi particolari quale soluzione per il genitore d'intenzione.

Allo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza di legittimità, quindi, non solo la maternità surrogata in Italia è vietata con sanzioni penali, ma nei confronti del genitore che non ha un rapporto biologico con il bambino è escluso anche, per contrarietà all'ordine pubblico, il riconoscimento del rapporto di filiazione avvenuto all'estero con l'utilizzazione di tale pratica.

Tale situazione verrebbe però modificata dalla proposta di regolamento in esame che invece prevede il riconoscimento dello *status filiationis* costituito all'estero.

Come si è detto, infatti, l'art. 17 designa lo Stato di residenza abituale della donna che ha partorito al momento della nascita e, in subordine, nell'ipotesi che non sia possibile accertare lo Stato di residenza abituale della donna che ha partorito, la legge dello Stato di nascita del figlio. Dato che la donna che partorisce di solito risiede nello stesso Stato dove avviene la nascita del figlio, e questa normalmente avviene in uno Stato che ammette e dove è stata realizzata la maternità surrogata, i due criteri tendono di fatto a coincidere e a designare una legge che consente lo stabilimento della filiazione. E se per avventura la legge così designata riconoscesse il rapporto di filiazione solo nei confronti del genitore che ha fornito i gameti, la possibilità di riconoscerlo anche nei confronti dell'altro è facilitata dal par. 2 dello stesso art. 17, il quale stabilisce che «se la legge applicabile ai sensi del paragrafo 1 permette di accertare la filiazione per un solo genitore, all'accertamento della filiazione per il secondo genitore può applicarsi la legge dello Stato di cittadinanza del primo o del secondo genitore oppure la legge dello Stato di nascita del figlio».

La proposta di regolamento raggiunge l'obiettivo di riconoscere lo *status filiationis* acquisito in base alla legge dello Stato dove la maternità surrogata è ammessa ed avvenuta introducendo una definizione di filiazione che prescinde completamente dall'esistenza di un rapporto biologico, dipendendo esclusivamente dalla valutazione del legislatore.

Per convincersene, si vedano le definizioni di figlio e filiazione contenute all'art. 4 (dove sono scolpiti anche altri concetti fondamentali nell'economia della proposta di regolamento).

Per cominciare, la disposizione di cui all'art. 4, par. 1 stabilisce che si intende per «"filiazione": il rapporto che intercorre per legge tra i genitori e i figli. Rientra nella nozione lo status giuridico di figlio di uno o più genitori specifici».

La disposizione di cui all'art. 4, par. 2 precisa che si intende per «figlio» la «persona di qualunque età di cui deve essere accertata o riconosciuta o provata la filiazione».

Il quadro si chiude con la disposizione di cui all'art. 4, par. 3 che definisce l'«accertamento della filiazione» come «la determinazione per legge del rapporto tra il

figlio e ciascun genitore, compreso l'accertamento della filiazione a seguito di azione di contestazione di una filiazione già accertata».

Come si vede, questa ampia definizione di filiazione prescinde completamente dalle modalità con cui il figlio è nato: ciò significa che è considerata filiazione anche quella che avviene attraverso la tecnica della fecondazione assistita e la pratica della maternità surrogata, e indipendentemente anche dal fatto che il genitore sia single o membro di una coppia, e, in quest'ultimo caso, del fatto che la coppia sia una coppia di fatto o registrata e che sia etero o omosessuale.

Ciò significa che, pur senza fornire una definizione di filiazione dal punto di vista sostanziale, la proposta di regolamento, di fatto, pur senza obbligare gli Stati a farla propria, dal punto di vista del riconoscimento ne abbraccia una di tipo legale.

La proposta di regolamento in commento interviene dunque nel dibattito sulla maternità surrogata introducendo il tassello che mancava nella giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte EDU; mentre, infatti, come si è detto, entrambe le Corti hanno affrontato il tema secondo un metodo non rigoroso dal punto di vista internazionalprivatistico in quanto non si sono poste il problema della legge applicabile al rapporto di filiazione secondo il sistema di diritto internazionale privato dello Stato del foro, dando per scontato che lo stesso si fosse validamente costituito in base alla legge dello Stato di nascita del bambino, la proposta di regolamento detta una norma di conflitto uniforme inserendo dei criteri di collegamento che nella quasi totalità dei casi condurranno a tale risultato.

In sostanza, la proposta di regolamento sposa l'idea che quello che conta per potersi ragionare di filiazione è l'effetto, la nascita di un figlio, indipendentemente dalla causa che lo ha generato.

Naturalmente, questa posizione di principio è ispirata al lodevole intento di realizzare quello che si ritiene essere *the best interest of the child*, ma, come si è detto, non è condivisa da quegli Stati, come l'Italia, dove, almeno sino a questo momento, il riconoscimento della filiazione avvenuta mediante maternità surrogata è considerato contrario all'ordine pubblico e tale contrarietà non è bilanciata dalla ricerca del *best interest of the child* in quanto, secondo la Cassazione, esso in realtà non coincide con il riconoscimento della filiazione nei casi in cui non vi è un legame identitario tra il bambino e l'aspirante genitore.

5. *Segue.* Le implicazioni della proposta di regolamento sulla problematica dei bambini con due madri.

Diverso dalla surrogazione di maternità è il caso dei bambini con due madri, dove ciò che accade è che, all'interno di una coppia di donne, una ricorre alla PMA e partorisce (di solito) all'estero, ove anche l'altra donna viene indicata come madre, e

successivamente viene chiesta la trascrizione dell'atto di nascita del bambino nei registri di stato civile italiani. Questa pratica ha in comune con la maternità surrogata la necessità dell'apporto di un terzo estraneo donatore del gamete, ma se ne differenzia perché non richiede l'intervento di una donna estranea che metta a disposizione della coppia il suo corpo per consentire la realizzazione del progetto genitoriale.

Anche nel caso dei bambini con due madri, in assenza di norme sovranazionali uniformi, la possibilità di costituire un rapporto di filiazione con la seconda madre dovrebbe essere verificata in base alla legge regolatrice del rapporto di filiazione, che nel nostro paese è quella designata dai criteri di collegamento dell'art. 33 della legge n. 218/1995: cittadinanza del figlio o, se più favorevole, di uno dei genitori. A differenza che nella maternità surrogata, che di solito viene realizzata in uno Stato completamente estraneo alla coppia scelto per il solo fatto che offre le condizioni più favorevoli per realizzarla, la pratica dei bambini con due madri potrebbe essere ammessa dalla legge regolatrice del rapporto di filiazione quando l'atto di nascita viene formato nello Stato della cittadinanza di una delle madri la cui legislazione consente di indicare nell'atto di nascita anche l'altra. La giurisprudenza, peraltro, tende a ricorrere a soluzioni caso per caso, le quali invece della legge regolatrice del rapporto ricercano quello che di volta in volta è ritenuto essere l'interesse superiore del minore (a volte anche menzionando il diritto, che deve essere riconosciuto anche alle coppie omosessuali, di autodeterminarsi e di avere figli).

Su queste basi la giurisprudenza tende ad ammettere la trascrizione dell'atto di nascita dei bambini con due madri nati all'estero, sia nel caso di feto legato biologicamente ad entrambe le madri, una delle quali ha fornito l'ovulo e l'altra condotto la gestazione⁷², sia nel caso in cui una delle madri ha praticato la fecondazione eterologa mentre l'altra non ha alcun legame biologico col bambino⁷³.

Come si è anticipato⁷⁴, anche la Corte di giustizia ha affermato – sebbene solo al fine dell'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno – la necessaria continuità dello *status* di filiazione derivato dalla pratica dei bambini con due madri; la citata sentenza *V.M.A. (o Pancharevo)*⁷⁵ ha infatti stabilito che se una minore viene registrata con due madri (nella fattispecie una cittadina britannica e una bulgara) nel paese di nascita (nella specie, la Spagna) in conformità alla legge locale, l'atto di nascita necessario per ottenere la carta d'identità, a sua volta necessaria per esercitare i diritti di libera circolazione, deve essere trascritto anche nello Stato dell'Unione di cui la figlia e una delle madri sono cittadine (nella specie, la Bulgaria), così come in ogni altro Stato

⁷² Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599](#).

⁷³ Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878](#).

⁷⁴ V. *supra*, par. 1.

⁷⁵ Su cui vedi la letteratura citata *supra*, nota 29.

membro, anche se in quello Stato non sono ammessi né il matrimonio omosessuale né la maternità della moglie della madre biologica della minore.

A seguito di ulteriori pronunce, nel nostro paese sembra oggi piuttosto consolidato il principio giurisprudenziale secondo cui «al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto della surrogazione di maternità, l'insussistenza di un legame genetico o biologico con il minore nato all'estero non impedisce il riconoscimento del rapporto di filiazione con un cittadino italiano che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite dal nostro ordinamento: le limitazioni previste dalla legge n. 40 del 2004 per l'accesso alla fecondazione eterologa, che è consentita solo alle coppie di sesso diverso che non possono avere figli o sono portatrici di malattie genetiche trasmissibili, costituiscono infatti espressione non già di principi di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette pratiche, la cui individuazione, avente portata vincolante nell'ordinamento interno, non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni»⁷⁶.

A differenza delle coppie maschili, che non possono realizzare il loro progetto di genitorialità se non mediante la surrogazione di maternità (che però, come si è detto, in Italia è vietata né, come si è detto, può essere riconosciuta nei confronti del genitore che non ha messo a disposizione i gameti), le coppie omoaffettive femminili possono quindi farlo lecitamente all'estero mediante fecondazione eterologa, ottenendo poi il riconoscimento in Italia dell'atto straniero che le certifica entrambe come madri in virtù del diritto alla continuità dello *status filiationis* acquisito all'estero.

Quando la pratica dei bambini con due madri viene realizzata facendo nascere i bambini negli Stati che la ammettono, le norme di conflitto contenute nell'art. 17 della proposta di regolamento in commento designano una legge (quella dello Stato di residenza abituale della donna che partorisce o, in subordine, quella di nascita del figlio, oltre a quelle che vengono in considerazione in forza dei criteri suppletivi per facilitare il riconoscimento anche del secondo genitore) che generalmente condurrà al riconoscimento dello *status filiationis* anche nei confronti della compagna della donna che partorisce.

Questa situazione non comporterebbe però un *vulnus* rispetto a quanto avviene oggi in Italia atteso che, come detto, la giurisprudenza è già pervenuta a riconoscere la circolazione dello *status filiationis* sostenendo che lo stesso non solleva problemi di ordine pubblico.

Ciò però non vale se l'atto di nascita è formato in Italia, anche se la PMA è avvenuta all'estero, perché in questi casi non si tratta di riconoscere un atto di nascita

⁷⁶ Corte di cassazione, sez. I civile, sentenza n. 23319/2021, cit., punto 6.

straniero ma di valutare la legittimità o meno del ricorso alla fecondazione assistita in base alla legge italiana, e quindi con i limiti stabiliti dalla legge n. 40/2004, cui implicitamente viene riconosciuta una valenza pubblicistica e quindi territoriale.

Così, la Cassazione⁷⁷ ha considerato legittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di correggere l'atto di nascita di un bambino nato in Italia a seguito di pratiche di PMA effettuate all'estero inserendovi il riconoscimento congiunto della madre biologica e di quella intenzionale, compagna della donna che ha partorito, argomentando che la legge n. 40/2004 consente di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita solo alle coppie di sesso diverso, sicché «una sola persona ha diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita»⁷⁸.

Nello stesso senso, una successiva sentenza⁷⁹, partendo dal presupposto che l'estensione dell'operatività della legge n. 40/2004 ammessa dalla Corte costituzionale ne lascia inalterato l'impianto «costituit[o] dalla configurazione delle tecniche di procreazione assistita come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimuovibile e dall'intento di garantire che il nucleo familiare scaturente dalla loro applicazione riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre»⁸⁰, ha stabilito che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra un minore e una donna legata in unione civile con la donna che lo ha partorito e che si era limitata a prestare il suo consenso alla fecondazione eterologa si porrebbe in contrasto con la legge n. 40/2004, che consente la procreazione assistita solo per risolvere problemi di sterilità o in caso di malattie genetiche e non per realizzare la genitorialità delle coppie omosessuali. Nello stesso senso si sono poi pronunciate ulteriori decisioni⁸¹, dando così luogo ad un orientamento consolidato. È interessante notare che la sentenza n. 6383/2022 ha escluso la possibilità di formare in Italia l'atto di nascita anche se in quel caso una delle madri aveva un rapporto genetico con il nato per avere donato l'ovulo all'altra che, da parte sua, aveva un rapporto biologico per avere portato a termine la gravidanza (tale situazione è stata invece contemplata e ammessa, ai soli fini del riconoscimento, dalla sopra citata sentenza n. 19599/2016). Questa sentenza (forse, come diremo, rivedibile in futuro) dimostra che attualmente la contrarietà dell'ordinamento italiano alla pratica dei bambini con due madri è assoluta.

Sulla pratica dei bambini con due madri è intervenuta a più riprese anche la Corte costituzionale.

⁷⁷ Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza del 3 aprile 2020, n. 7668](#).

⁷⁸ *Ivi*, punto 4.1.

⁷⁹ Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza del 22 aprile 2020 n. 8029](#).

⁸⁰ *Ivi*, punto 5.1.

⁸¹ Corte di cassazione, sez. I civile, sentenze [del 23 agosto 2021, n. 23320](#) e [n. 23321](#), e, successivamente, [del 25 febbraio 2022, n. 6383](#), ordinanze [del 7 marzo 2022, n. 7413](#), [del 4 aprile 2022, n. 10844](#) e del 13 luglio 2022, n. 22179.

In relazione ad una vicenda originata dal ricorso con cui una donna lamentava di non poter riconoscere il bambino che la sua compagna aveva partorito dopo essere ricorsa alla fecondazione eterologa all'estero d'intesa con lei, la Consulta⁸² ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20 della legge Cirinnà e dell'art. 29, comma 2, del d.P.R. n. 396/2000 per il fatto che non consentono anche alla madre d'intenzione di essere indicata nell'atto di nascita come genitrice del bambino, dichiarando di non rinvenire nell'ordinamento né nelle fonti sovranazionali un principio in forza del quale due donne unite civilmente debbano essere riconosciute entrambe genitrici del bambino nato dalla fecondazione eterologa praticata dall'una con il consenso dell'altra.

Successivamente, in una causa originata da un ricorso promosso dalla madre intenzionale di due gemelle nate in Italia a seguito di una procedura di PMA cui si era sottoposta all'estero la ex compagna della ricorrente, madre biologica, che successivamente ha interrotto la relazione e impedito ogni rapporto della madre intenzionale con le figlie, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della legge n. 40/2004; la sentenza della Corte costituzionale del 9 marzo 2021, n. 32⁸³, di contenuto sostanzialmente analogo a quello della sopra citata sentenza n. 33 in pari data in tema di maternità surrogata delle coppie omoaffettive, ha rigettato il ricorso invocando però un intervento del legislatore per garantire i diritti dei minori nati da coppie omosessuali.

Come si è detto trattando della maternità surrogata, dopo che la citata sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 ha dichiarato costituzionalmente illegittima la normativa sull'adozione in casi particolari nella parte in cui non consente un rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, la sentenza delle sezioni unite n. 38162/2022, anch'essa già richiamata, ha ritenuto superate le principali controindicazioni che impedivano di considerare l'adozione in casi particolari uno strumento idoneo a creare un rapporto di filiazione del genitore d'intenzione con il bambino nato da maternità surrogata, come richiesto dal citato parere consultivo fornito dalla Corte EDU alla Cassazione francese nel 2019 per non violare l'art. 8 CEDU nel caso in cui lo Stato non ammetta la trascrizione dell'atto di nascita.

Si tratta quindi di vedere se lo stesso istituto verrà ritenuto idoneo anche per costituire una relazione di genitorialità tra il bambino nato in Italia e la partner della donna che lo ha partorito dopo essere ricorsa alle tecniche di PMA all'estero nell'ambito di un progetto condiviso con la compagna. La decisione della Corte costituzionale potrebbe intervenire a breve visto che, da quanto si apprende da notizie di stampa, nei procedimenti instaurati dinanzi al Tribunale di Padova a seguito della

⁸² Corte costituzionale, [sentenza del 4 novembre 2020, n. 230](#).

⁸³ Corte costituzionale, [sentenza del 9 marzo 2021, n. 32](#).

decisione del sindaco di formare gli atti di nascita dei bambini con due madri nati a Padova e della Procura di impugnare le registrazioni, la stessa Procura ha integrato il proprio ricorso con la richiesta di un nuovo intervento della Corte costituzionale affinché essa si pronunci sulla legittimità costituzionale della legge n. 40/2004 essendo rimasto inascoltato il monito rivolto al legislatore per garantire i diritti dei minori nati da coppie omosessuali dalla precedente sentenza n. 32/2021.

La pratica dei bambini con due madri, quindi, al momento, in Italia non può dar luogo alla costituzione di uno *status filiationis* anche per la seconda madre, quella che è indicata come tale sulla base di un'assunzione di responsabilità ma non partorisce, ma su questo il regolamento che dovrebbe scaturire dalla proposta in commento non incide perché esso riguarda solo la filiazione in situazioni transnazionali, cioè il riconoscimento dello *status* acquisito all'estero, senza obbligare gli Stati ad ammettere la pratica sul loro territorio.

Si tratta peraltro di una situazione fluida e in continua evoluzione.

De iure condendo va considerato che, poiché (a differenza della maternità surrogata) la pratica dei bambini con due madri non è considerata contrastante con l'ordine pubblico, non è escluso che in futuro, attraverso l'intervento del legislatore o della giurisprudenza, venga riconosciuta la doppia maternità anche nel caso di bambino nato in Italia almeno nel caso che la madre d'intenzione fornisca i gameti: in questo caso, infatti se la legge regolatrice della filiazione consente la pratica dei bambini con due madri si potrebbe ritenere il rapporto validamente costituito anche in Italia considerando che il *best interest* del minore sia quello di essere riconosciuto da entrambe le madri che hanno un rapporto biologico, quindi identitario, con lui, e una diversa soluzione, pur rientrando nell'ambito di discrezionalità dello Stato nella misura in cui non impedisce la circolazione dello *status* venuto ad esistenza all'estero, potrebbe essere ritenuta discriminatoria in quanto fondata sull'orientamento sessuale della madre d'intenzione.

6. Il ricorso alla clausola di ordine pubblico.

Si è detto⁸⁴ che la proposta di regolamento in commento consentirebbe il riconoscimento – negli Stati partecipanti – dello *status filiationis* derivante da maternità surrogata avvenuta all'estero in un paese che l'ammette, e ciò rappresenterebbe un *aliquid novi* rispetto all'attuale orientamento della Cassazione a sezioni unite che invece lo esclude per contrarietà all'ordine pubblico.

Resta da domandarsi se lo stesso argomento della contrarietà della maternità surrogata all'ordine pubblico potrebbe portare ad escludere il riconoscimento della

⁸⁴ V. *supra*, par. 4.

filiazione anche nel caso che essa risultasse validamente costituita in base alla legge designata dalla disciplina in conflitto contenuta nella proposta in commento, una volta che sarà stata trasformata in regolamento.

In effetti la proposta mantiene, all'art. 22, la possibilità di non applicare la legge designata dai criteri di collegamento dell'art. 17 nel caso in cui tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro che, come è noto, è costituito dal complesso di quei principi fondamentali che caratterizzano l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato momento storico e che pertanto non possono tollerare la presenza di principi e valori con essi incompatibili provenienti da altri ordinamenti per la disarmonia che ne deriverebbe⁸⁵.

L'utilizzazione dell'avverbio «manifestamente»⁸⁶ riduce la possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico, ma probabilmente non sarebbe sufficiente ad inibirne – in astratto – il funzionamento in una situazione come quella esistente nel nostro paese, dove la maternità surrogata è considerata reato e la Cassazione ha affermato in termini netti che offende la dignità della donna, fermo restando che il ricorso alla clausola di ordine pubblico andrebbe poi giustificato in concreto in base ad una valutazione caso per caso preordinata alla tutela del superiore interesse del minore⁸⁷.

Anche il fatto che l'eccezione sia formulata in termini di incompatibilità degli effetti invece che di contrarietà all'ordine pubblico ne riduce l'ambito di applicazione⁸⁸.

Ma la possibilità di ricorrere alla clausola di ordine pubblico è sottoposta ad ulteriori specifici limiti.

Per cominciare, l'art. 2, par. 1 della proposta chiarisce che la clausola di ordine pubblico non potrebbe essere utilizzata per giustificare il rifiuto di riconoscere la filiazione pregiudicando i diritti di circolazione e soggiorno spettanti al minore ai sensi della direttiva 2004/38 come applicati nella citata sentenza *V.M.A. (o Pancharevo)*. Pertanto, come ha chiarito tale pronuncia, la clausola di ordine pubblico non può essere invocata per escludere il riconoscimento della filiazione nei casi in cui detto riconoscimento è funzionale all'esercizio dei diritti di circolazione e soggiorno del minore (per ottenere la carta d'identità, ad esempio).

In termini più generali, un limite alla possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico è introdotto dal par. 2 dell'art. 22, il quale stabilisce che la clausola è applicata

⁸⁵ Corte di cassazione, sez. I civile, sentenza del 6 dicembre 2002, n. 17349. In dottrina, B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, cit., p. 68; sul tema in generale v. O. FERACI, *L'ordine pubblico dell'Unione europea*, Milano, 2012.

⁸⁶ Ormai utilizzato in tutti i regolamenti sulla legge applicabile: M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 544.

⁸⁷ Sul punto v. G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi*, cit., p. 5.

⁸⁸ M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 544.

nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta, in particolare l'art. 21 sul principio di non discriminazione⁸⁹.

Il limite costituito dal rispetto del principio di non discriminazione costituisce una possibile seria limitazione alla possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico nella misura in cui si ritenga che il mancato riconoscimento della filiazione derivante dal ricorso alla maternità surrogata discrimini i bambini a seconda delle modalità con cui avviene la nascita.

De iure condendo, un'ulteriore limitazione dell'utilizzazione della clausola di ordine pubblico in relazione al rispetto dei diritti fondamentali potrebbe intervenire in futuro, nella misura in cui fosse superato l'attuale orientamento della Cassazione⁹⁰ secondo cui non esiste un diritto alla genitorialità fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori e si pervenisse, invece, a ritenere che esiste un diritto fondamentale alla genitorialità, indipendentemente dalle possibilità naturali, costituente espressione della libertà di autodeterminarsi tutelato dagli artt. 2, 3 e 31 Cost. Ove un tale diritto fosse riconosciuto sarebbe anche verosimilmente considerato rientrante nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare riconosciuto dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e pertanto potrebbe costituire un limite alla possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico per escludere il riconoscimento dello *status filiationis* in base alla legge designata dalla disciplina di conflitto contenuta nella proposta di regolamento.

Meno stringente, tenuto conto della situazione nel nostro paese, è la limitazione relativa al rispetto dei principi di non discriminazione se la discriminazione viene riferita al diverso trattamento riservato alle coppie eterosessuali rispetto a quelle omosessuali. Infatti in Italia la maternità surrogata è vietata allo stesso modo per le coppie eterosessuali come per quelle omosessuali e l'ostacolo al riconoscimento di quella avvenuta all'estero è costituito dal fatto che il genitore d'intenzione non abbia fornito i gameti: ciò si verifica di necessità per il genitore d'intenzione nell'ambito delle coppie omosessuali (di solito maschili, visto che quelle femminili, che possono ricorrere alla filiazione naturale, trovano più vantaggiosa la pratica dei bambini con due madri), ma si verifica di norma anche nell'ambito di quelle eterosessuali che, nella maggior parte dei casi, ricorrono alla maternità surrogata quando la donna ha problemi di sterilità o malattie genetiche e che comunque impediscono alla donna di condurre la gravidanza. Insomma, in Italia al momento non vi è un ostacolo al riconoscimento della filiazione derivante dalla circostanza che i genitori siano una coppia omoaffettiva, tanto ciò è vero

⁸⁹ Lo stesso limite è previsto anche per l'eccezione di ordine pubblico in materia di riconoscimento delle decisioni dall'art. 31, par. 2.

⁹⁰ Più volte espresso nella sentenza delle sezioni unite n. 38162/2022, cit.

che, come si è detto in precedenza, è ammesso il riconoscimento dei bambini con due madri nati all'estero⁹¹.

7. Segue. Le osservazioni critiche alla proposta da parte della Commissione politiche europee del Senato italiano.

Il timore che il regolamento che dovrebbe scaturire dalla proposta in commento obblighi l'Italia a riconoscere lo *status filiationis* derivante dalla maternità surrogata avvenuta all'estero in un paese che la ammette, in contrasto con la citata decisione delle sezioni unite n. 38162/2022, è il principale motivo che ha indotto la Commissione politiche europee del Senato italiano ad adottare la risoluzione del 14 marzo 2023⁹² con la quale ha ipotizzato la contrarietà della proposta al principio di sussidiarietà.

Si tratta di una procedura prevista dal protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato di Lisbona, in forza della quale i parlamenti nazionali sono chiamati a partecipare al procedimento legislativo dell'Unione esprimendo pareri motivati sulle proposte di regolamento della Commissione, la quale potrebbe dover riconsiderare la proposta nel caso vi siano numerosi pareri contrari.

È stato peraltro osservato⁹³ che in realtà, più che sulla violazione del principio di sussidiarietà, le critiche si fondano sul merito del provvedimento, denunciando lo sfavore di fondo del Parlamento italiano (che costituisce anche un atto di indirizzo al Governo ai sensi dell'art. 7 della legge 24 dicembre 2012, n. 234⁹⁴) rispetto alla posizione europea in materia di maternità surrogata: viene censurato, in particolare, il fatto che la proposta prevede che si possa ricorrere all'ordine pubblico per non riconoscere un rapporto di filiazione derivante da maternità surrogata solo in via

⁹¹ La pratica dei bambini con due madri non è invece ammessa in Italia perché la PMA è consentita solo alle persone di sesso diverso, ma la proposta di regolamento non incide sulla discrezionalità degli Stati a riguardo della costituzione della filiazione al proprio interno, intervenendo solo sul riconoscimento dei rapporti di filiazione transfrontalieri (e comunque, come detto *supra*, par. 5, l'orientamento negativo potrebbe in futuro cambiare attesa la già ritenuta non contrarietà della pratica all'ordine pubblico).

⁹² Risoluzione approvata dalla 4ª Commissione permanente sul progetto di atto legislativo dell'Unione europea n. COM(2022) 695 definitivo (Doc. XVIII-bis, n. 2) sui profili di conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, reperibile [online](#).

⁹³ G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi*, cit. Sul tema relativo all'interesse superiore del minore negli altri regolamenti di unificazione del diritto internazionale privato, v. anche L. CARPANETO, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore "in astratto" e "in concreto" nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, pp. 944-977; O. LOPES PEGNA, *L'interesse superiore del minore nel Reg. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 357-384.

⁹⁴ [Legge 24 dicembre 2012, n. 234](#), Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

eccezionale e comunque non in via astratta ma a seguito di un controllo caso per caso⁹⁵. Per ragioni simili, apparentemente fondate sulla violazione della sussidiarietà ma in realtà incentrate sul merito del provvedimento, in data 22 marzo 2023 anche il Senato francese ha adottato una sua risoluzione⁹⁶ con la quale ha fatto valere che la proposta della Commissione potrebbe invadere le competenze degli Stati membri e rischia di modificare l'equilibrio raggiunto nell'ordinamento francese a seguito del sopra citato parere consultivo fornito alla Cassazione francese dalla *Grande Chambre* della Corte EDU in materia di maternità surrogata il 10 aprile 2019.

Questa diversità di vedute lascia intendere che i tempi per l'adozione del regolamento non saranno certamente brevi, e che lo strumento potrebbe anche essere adottato nella forma della cooperazione rafforzata, cioè non per tutti gli Stati ma solo per quelli che intendono parteciparvi, nel qual caso non è da escludere (anzi al momento è probabile) che l'Italia non partecipi.

Come si vede, si tratta di una situazione fluida ed in continua evoluzione che non può essere definita con pronunce caso per caso ma che richiederebbe un intervento globale a livello internazionale con l'adozione di uno strumento che invece di ricercare una soluzione in modo obliquo, attraverso le norme sul riconoscimento dello *status* venuto ad esistenza in un paese che lo ammette, stabilisca direttamente una volta per tutte se e a quali condizioni la filiazione derivante da maternità surrogata possa essere riconosciuta in uno Stato diverso da quello in cui è stata realizzata (tra queste condizioni assumerebbero naturalmente particolare importanza quelle che stabiliscono l'idoneità dei committenti e garantiscono la non mercificazione del bambino e la tutela della dignità della gestante)⁹⁷.

Uno strumento di questo tipo è stato in effetti suggerito nel rapporto finale del *Parentage/Surrogacy Experts' Group* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, del 1° novembre 2022⁹⁸, che ha auspicato la stipulazione di una convenzione contenente norme generali in materia di filiazione e di un separato protocollo relativo alla maternità surrogata.

8. Le circolari attuative degli orientamenti giurisprudenziali in tema di maternità surrogata e di bambini con due madri.

⁹⁵ Cfr. la relazione della Commissione alla proposta di regolamento, COM(2022) 695 final, cit., parr. 1, 3 e 5, 12 ss. su cui v. M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 537.

⁹⁶ *Sénat, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation*, COM(2022) 695 final, reperibile [online](#), sulla quale v. M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 538.

⁹⁷ G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi*, cit., pp. 6-7.

⁹⁸ *Parentage/Surrogacy Experts' Group, Final Report The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*, Prel. Doc. No 1 of November 2022, reperibile [online](#).

A seguito della citata sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 38162/2022, che ha consolidato l'orientamento negativo rispetto al riconoscimento dello *status filiationis* derivante da surrogazione di maternità all'estero rispetto al genitore che non ha un rapporto biologico con il nato, sono state emanate alcune circolari per assicurare che gli uffici dello stato civile si adeguino ai principi così affermati.

Per cominciare, la circolare n. 3/2023 del Ministero dell'interno⁹⁹ riporta i passaggi della sentenza che escludono la trascrizione dell'atto di nascita e invita i vari sindaci dei comuni ad «assicurare una puntuale ed uniforme osservanza degli indirizzi giurisprudenziali espressi dalle Sezioni Unite negli adempimenti dei competenti uffici» (cioè gli ufficiali di stato civile competenti per le trascrizioni degli atti di nascita formati all'estero).

A sua volta, la circolare del prefetto di Milano del 10 marzo 2023 ha comunicato ai sindaci dell'area metropolitana milanese che non possono essere trascritti atti di nascita a seguito di surrogazione di maternità con indicazione del genitore d'intenzione che non ha fornito il materiale biologico e, ancora, che non possono essere formati atti di nascita da genitori dello stesso sesso se non con l'indicazione del solo genitore che ha un legame biologico con il nato (quest'ultima ipotesi esula dalla surrogazione di maternità, che in Italia non potrebbe avvenire, e attiene piuttosto alla fattispecie dei bambini con due madri di cui si è già detto¹⁰⁰).

Le istruzioni contenute in queste circolari costituiscono espressione della attuale posizione dell'Italia sulle problematiche della maternità surrogata (che, come si è detto, in Italia è vietata, mentre se avvenuta all'estero è riconoscibile nei soli confronti del genitore che ha donato i gameti, ferma la possibilità, per il genitore d'intenzione, di costituire un rapporto di filiazione con il nato solo mediante l'adozione in casi particolari) e dei bambini con due madri (non ammissibile in Italia perché la legge non la prevede ma riconoscibile se proviene dall'estero).

La base giuridica di queste circolari è costituita dall'art. 9 del d.P.R. n. 396/2000 ai sensi del quale gli ufficiali di stato civile sono sottoposti alla vigilanza del prefetto e sono tenuti a conformarsi alle istruzioni del Ministero dell'interno (in cui lo stesso prefetto è incardinato). Si ritiene pertanto che le istruzioni contenute nelle circolari in parola siano impartite legittimamente¹⁰¹.

Esagerate sembrano quindi le critiche che in particolare la circolare prefettizia milanese ha incontrato in alcuni settori dell'opinione pubblica e anche da parte di soggetti istituzionali, ispirate più da motivazioni di carattere ideologico (come spesso

⁹⁹ Ministero dell'interno, [circolare 19 gennaio 2023, n. 3](#).

¹⁰⁰ V. *supra*, par. 5.

¹⁰¹ R. CALVIGIONI, *Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore*, cit., p. 16.

accade in una materia che tocca le corde più profonde della sensibilità individuale) che strettamente giuridico¹⁰².

Come si è sottolineato¹⁰³, nulla esclude che *de iure condendo* cambi la posizione italiana, non tanto in tema di maternità surrogata, in quanto trattasi di pratica vietata nel nostro ordinamento con sanzioni penali, quanto di bambini con due madri. Una volta stabilito (i) che è possibile addivenire alla fecondazione assistita eterologa e (ii) che l'orientamento sessuale dei genitori non è di ostacolo al riconoscimento della filiazione costituito all'estero, non sembrano esserci ostacoli di principio ad ammettere che la pratica sia realizzata anche in Italia previa modifica o superamento in via giurisprudenziale della norma che, allo stato, prevede che sull'atto di nascita venga indicata una e una sola madre.

¹⁰² In particolare, il punto 10 della risoluzione del Parlamento europeo, del 30 marzo 2023, sullo Stato di diritto 2022 – La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea ([2022/2898\(RSP\)](#)) ha condannato «le istruzioni impartite dal governo italiano al comune di Milano di non registrare più i figli di coppie omogenitoriali» ritenendo «che questa decisione porterà inevitabilmente alla discriminazione non solo delle coppie dello stesso sesso, ma anche e soprattutto dei loro figli; [e] che tale azione costituisca una violazione diretta dei diritti dei minori, quali elencati nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989; esprime[ndo] preoccupazione per il fatto che tale decisione si iscrive in un più ampio attacco contro la comunità LGBTQI + in Italia; invita[ndo] il governo italiano a revocare immediatamente la sua decisione». In realtà *supra*, par. 5, si è detto che in Italia la maternità surrogata è vietata allo stesso modo per le coppie eterosessuali come per quelle omosessuali. Anche M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 539, ritiene che «circoscrivere il problema alle famiglie omogenitoriali non coglie tutte le sfaccettature della realtà».

¹⁰³ V. *supra*, par. 5.

ABSTRACT: In data 7 dicembre 2022 la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione.

In questo commento verranno esaminate le disposizioni sulla legge applicabile, che mirano a garantire il riconoscimento – e quindi la circolazione – dello *status filiationis* in tutti i paesi dell'Unione. Il commento alla proposta sarà preceduto da un'introduzione in cui si vedrà che il problema del riconoscimento dello *status filiationis* sorge perché non esiste una nozione uniforme di filiazione a livello europeo.

Infine, verrà esaminato come la proposta inciderebbe sul riconoscimento della filiazione transnazionale nei casi in cui questa dipenda da maternità surrogata o dalla pratica dei bambini con due madri, e le ragioni per cui la proposta ha incontrato l'opposizione di alcuni Stati.

PAROLE CHIAVE: proposta di regolamento europeo sulla filiazione; circolazione dello *status filiationis*; legge applicabile alla filiazione; maternità surrogata; bambini con due madri.

The proposal for an EU regulation on parenthood and the issue of the recognition of the status filiationis in cross-border situations

ABSTRACT: On 7 December 2022, the European Commission adopted a proposal for a regulation on the jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood.

This commentary will examine the provisions on applicable law aimed at guaranteeing the recognition – and therefore the circulation – of the *status filiationis* in all countries of the European Union. The commentary on the proposal will be preceded by an introduction showing that the problem of the recognition of the *status filiationis* is due to the lack of a uniform notion of parenthood at a European level.

Finally, it will be examined how the proposal would affect the recognition of transnational parenthood in the event of surrogacy of motherhood or children with two mothers, and the reasons why the proposal met with opposition from some States.

KEYWORDS: proposal for an EU regulation in matters of parenthood; circulation of the *status filiationis*; applicable law to parenthood; surrogate motherhood; children with two mothers.

L'intreccio apparentemente inestricabile degli effetti riflessi ed orizzontali: la saga dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica

Ruggiero Cafari Panico*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la saga dell'addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica di cui all'art. 6 del decreto legge 28 novembre 1988, n. 511. – 2. La giurisprudenza di legittimità in materia tributaria. – 3. L'ordinanza del Tribunale di Milano del 4 novembre 2022 e il divieto di effetti diretti orizzontali. – 4. La prevalente giurisprudenza di merito e il principio dell'interpretazione conforme. – 5. Per una diversa prospettiva: l'effetto di esclusione e gli effetti riflessi. – 6. *Segue*. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – 7. Le questioni pendenti innanzi la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. – 8. Conclusioni: è giunto il momento di sciogliere il nodo? – 9. *Addendum*.

1. Introduzione: la saga dell'addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica di cui all'art. 6 del decreto legge 28 novembre 1988, n. 511.

La saga giurisprudenziale dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica prosegue e, soprattutto, la sua conclusione pare allontanarsi nel tempo. Con decreto pubblicato il 10 maggio 2023, n. 7959, la Prima Presidente della Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Verona con ordinanza del 4 aprile 2023, n. 2228, facendo difetto il requisito della novità della questione, richiesto dall'art. 363-bis c.p.c. Come si legge nel provvedimento della Presidente, il Tribunale di Verona aveva rilevato le gravi difficoltà interpretative emerse presso i giudici di merito per il fronteggiarsi di due orientamenti giurisprudenziali. In base al primo indirizzo non sarebbe consentito al giudice, in una controversia tra privati, disapplicare una disposizione nazionale contrastante con una direttiva dell'Unione europea, «pena il riconoscimento dell'effetto diretto orizzontale delle direttive, escluso dalla Corte di giustizia». Ad esso si contrappone un diverso filone che «fa leva sulla contrarietà dell'addizionale ai principi unionali elaborati dalla Corte di giustizia». Non essendo stata la questione mai nemmeno affrontata dalla Suprema Corte ed essendo la stessa oggetto di ampio contenzioso di significativa rilevanza economica, il giudice scaligero aveva ritenuto ricorressero i presupposti per il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione delle questioni enunciate¹. La Prima Presidente, nel

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

¹ In particolare, erano state sollevate la questione della «applicabilità al rapporto contrattuale per cui è causa della direttiva 2008/118/CE e, in caso di soluzione negativa di tale questione, quella del contrasto

dichiarare inammissibile il rinvio, rileva invece che, «nella giurisprudenza della Corte di cassazione, non manca l'enunciazione di principi idonei ad orientare la risoluzione della questione interpretativa posta dal rimettente», facendo così riferimento all'orientamento formatosi, in ambito tributario, in merito ai profili alla contrarietà della norma istitutiva della summenzionata addizionale con il diritto comunitario, con conseguente sua disapplicazione (*rectius*, non applicazione).

Per una esatta comprensione del contrasto giurisprudenziale sopra accennato, va osservato che l'addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica, introdotta nell'art. 6 del decreto legge 28 novembre 1988, n. 511² dall'art. 5 del decreto legislativo del 2 febbraio 2007, n. 26³, è stata soppressa a decorrere dall'inizio del 2012⁴. Fino a quella data, il meccanismo di applicazione dell'imposta (art. 6, comma 2) prevedeva che l'addizionale in oggetto fosse dovuta all'amministrazione finanziaria, al momento della fornitura di energia, dal soggetto fornitore che, a sua volta, esercitando il diritto di rivalsa, esprimeva il tributo nelle fatture di vendita della medesima energia emesse nei confronti del consumatore finale, con conseguente traslazione su quest'ultimo dell'onere corrispondente all'imposta.

Al momento dell'entrata in vigore, il 15 gennaio 2009, della direttiva 2008/118/CE⁵, che, a tutela della libera concorrenza nel mercato europeo, ha previsto per gli Stati la facoltà di istituire imposte indirette supplementari alle accise solo per finalità specifiche, si è posto il problema del possibile contrasto dell'addizionale provinciale con la normativa comunitaria, sussistendo il dubbio che nel caso di specie non ricorresse tale finalità specifica⁶. È plausibile che, avendo nel frattempo la Commissione europea

con il diritto unionale dell'art. 6, comma 2, del decreto legge n. 511/1988, con conseguente necessità della sua disapplicazione»: Tribunale di Verona, ordinanza del 4 aprile 2023, n. 2228, reperibile [online](#), al pari delle altre pronunce della Suprema Corte di seguito citate.

² [Decreto legge del 28 novembre 1988, n. 511](#), Disposizioni urgenti in materia di finanza locale e regionale, convertito con modificazioni nella [legge 27 gennaio 1989, n. 20](#).

³ [Decreto legislativo del 2 febbraio 2007, n. 26](#), che reca il titolo «Attuazione della direttiva 2003/96/CE che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità».

⁴ L'abrogazione della norma è avvenuta in due momenti: l'addizionale è stata soppressa, per le regioni a statuto ordinario, dall'art. 18, comma 5, del [decreto legislativo del 6 maggio 2011, n. 68](#), Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario, con decorrenza dal 1° gennaio 2012; successivamente, il menzionato art. 6 è stato abrogato dall'art. 4, comma 10, del [decreto legge del 2 marzo 2012, n. 16](#), convertito con modificazioni nella [legge 26 aprile 2012, n. 44](#).

⁵ [Direttiva 2008/118/CE](#) del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al regime generale delle accise e che abroga la direttiva 92/12/CE, recepita con [decreto legislativo 29 marzo 2010, n. 48](#). La direttiva fissava nel 1° gennaio 2010 il termine per gli Stati membri entro cui recepire e conformarsi alla nuova disciplina.

⁶ In base alla direttiva 2008/118/CE, cit., gli Stati membri «possono applicare ai prodotti sottoposti ad accisa altre imposte indirette aventi finalità specifiche, purché tali imposte siano conformi alle norme fiscali comunitarie applicabili per le accise o per l'imposta sul valore aggiunto» (art. 1, par. 2). Per la Corte di giustizia, «siccome qualsiasi imposta persegue necessariamente uno scopo di bilancio, la sola circostanza che un'imposta miri a un obiettivo di bilancio non può, di per sé sola, salvo privare l'art. 1, paragrafo 2, della direttiva 2008/118 di qualsivoglia sostanza, essere sufficiente a escludere che l'imposta in parola possa essere considerata dotata parimenti di una "finalità specifica" ai sensi di tale disposizione» (sentenza del 5 marzo 2015, [causa C-553/13, Statoil](#), EU:C:2015:149, punto 38). Perché un'imposta possa essere

avviato una procedura di indagine⁷, proprio per tale motivo⁸ il legislatore nazionale sia intervenuto abrogando l'intera disciplina relativa alle addizionali provinciali all'accisa sull'energia elettrica.

2. La giurisprudenza di legittimità in materia tributaria.

Successivamente, la normativa, così abrogata, è stata interessata da due sentenze pregiudiziali di interpretazione della Corte di giustizia relative, rispettivamente, ad un tributo estone e ad un tributo francese⁹. A seguito di tali pronunce, la Corte di cassazione, sezione tributaria, ha ritenuto, nel 2019, avviando un orientamento giurisprudenziale presto consolidatosi¹⁰, che anche l'addizionale italiana fosse, fin dalla sua introduzione¹¹, contraria al diritto dell'Unione. Con la conseguenza, da un lato, della disapplicazione, sulla base della interpretazione fornita dalla Corte di giustizia e dell'operare congiunto del principio del primato, della norma impositiva e, dall'altro, del connesso riconoscimento del diritto del consumatore finale alla ripetizione di quanto indebitamente corrisposto al fornitore di energia per il periodo antecedente l'intervenuta abrogazione. Alle pronunce della Corte di giustizia viene così riconosciuto il valore di efficacia *lato*

considerata perseguire una finalità specifica, occorre che tale imposta «sia concepita, quanto alla sua struttura, segnatamente riguardo alla materia imponibile o all'aliquota imposta, in modo tale da influenzare il comportamento dei contribuenti nel senso di consentire la realizzazione della finalità specifica invocata, ad esempio mediante una forte tassazione dei prodotti di cui trattasi al fine di scoraggiarne il consumo» (ivi, punto 42).

⁷ Camera dei deputati, interrogazione a risposta immediata in Commissione, 5/04104, risposta scritta del 10 giugno 2020, reperibile [online](#).

⁸ E. MARELLO, *Sul concetto di «altre imposte»: il caso italiano delle addizionali locali all'accisa sull'energia elettrica*, in *Rivista Telematica di Diritto Tributario*, 23 aprile 2021, reperibile [online](#), pp. 42-48, anche per ulteriori riferimenti.

⁹ Corte di giustizia, sentenze *Statoil*, cit., e del 25 luglio 2018, [causa C-103/17](#), *Messer France*, EU:C:2015:587, nonché ordinanza del 9 novembre 2021, [causa C-255/20](#), *Punto Nautica Srl*, EU:C:2021:926, in materia di imposta regionale sulle vendite di benzina per autotrazione, ritenuta anch'essa priva di una finalità specifica, punto 33 ss.

¹⁰ Sul punto cfr., *ex pluribus*, Corte di cassazione, sez. trib., sentenze [del 4 giugno 2019, n. 15198](#); [del 23 ottobre 2019, n. 27099](#) e [n. 27101](#); [del 5 giugno 2020, n. 10691](#); [del 28 luglio 2020 n. 16142](#); [del 15 ottobre 2020, n. 22343](#); e, di recente, ordinanza del 13 luglio 2023, n. 20029.

¹¹ Nel senso che l'incompatibilità sussistesse già dal 1° gennaio 2004, momento in cui la [direttiva 92/12/CEE](#) del Consiglio, del 25 febbraio 1992, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa, è stata estesa ai prodotti energetici, si veda Commissione tributaria provinciale di Pavia, sentenza del 28 giugno 2022, n. 157 reperibile con commento di G.E. DEGANI, in *Il Fisco*, 2022, n. 31, pp. 3291-3294. La questione dell'applicazione dell'imposta ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa si è posta anche in relazione alla sentenza della Corte di giustizia nella causa *Punto Nautica Srl*, cit. Come nel caso della addizionale in esame, la Suprema Corte ha ritenuto che il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, si applica sin dal momento dell'entrata in vigore delle norme interpretate, previa disapplicazione della norma interna contrastante (nella specie, l'art. 1, comma 628, [legge 30 dicembre 2020, n. 178](#) – Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023, che prevede l'applicazione dell'imposta ai rapporti pregressi ancora non esauriti) «sulla base del c.d. principio del primato della normativa comunitaria»: Corte di cassazione, sez. trib., [sentenza del 6 marzo 2023, n. 6687](#), punto 7.3.

sensu normativa, nel senso che «[l']interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di giustizia ha efficacia “*ultra partes*”, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali e sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino “*ex novo*” norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato e i limiti di applicazione con efficacia “*erga omnes*” nell’ambito della Comunità»¹². Ne consegue, con specifico riferimento all’art. 6, comma 2, del decreto legge n. 511/1988, che tale articolo, «indipendentemente da qualsiasi questione sul carattere *self-executing* della direttiva n. 2008/112/CE, peraltro integralmente recepita dalla normativa interna, va disapplicato in ossequio al principio per cui l’interpretazione del diritto comunitario fornita dalla Corte di giustizia della UE è immediatamente applicabile nell’ordinamento interno ed impone al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni di tale ordinamento che, sia pure all’esito di una corretta interpretazione, risultino in contrasto o incompatibili con essa»¹³. La conclusione è che «[l]e imposte addizionali (...) non sono, dunque, dovute»¹⁴.

La giurisprudenza di legittimità in materia di antinomie fra fonti interne e ordinamento dell’Unione europea si è dunque consolidata, per lo meno nell’ambito tributario¹⁵, nel senso di risolvere il conflitto determinato dalla interpretazione resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia mediante la disapplicazione comunque della norma interna¹⁶, anche quando la disposizione comunitaria in discorso sia priva di effetti diretti, in un rapporto verticale, in virtù dell’operare (quale presupposto implicito) del principio del primato, quando non sia possibile una interpretazione del diritto interno conforme a quello dell’Unione stessa.

La giurisprudenza in discorso, pur apprezzabile sul piano del risultato, genera tuttavia dubbi riguardo la sua coerenza col sistema del rapporto tra le fonti comunitarie ed interne. Non si comprende, infatti, come il riferimento all’obbligo di interpretazione conforme alla sentenza pregiudiziale comporti necessariamente la disapplicazione della norma interna quando questa risulti comunque, pur a seguito «di una corretta interpretazione», non compatibile con la disposizione comunitaria di diritto derivato, in specie con una direttiva. Semmai tale disapplicazione potrebbe essere la conseguenza

¹² Si veda Corte di cassazione, sez. trib., sentenze dell’11 dicembre 2012, n. 22577; nello stesso senso, Corte di cassazione, sez. trib., sentenza del 3 marzo 2017, n. 5381, e sez. lavoro, [sentenza del 17 maggio 2019, n. 13425](#).

¹³ Così, per tutte, Corte di cassazione, sez. trib., [sentenza del 23 ottobre 2019, n. 27101](#), punto 2.4, con ampi riferimenti in giurisprudenza.

¹⁴ Corte di cassazione, sez. trib., [sentenza del 5 giugno 2020, n. 10691](#).

¹⁵ Per riferimenti, in generale, all’efficacia riconosciuta alle sentenze pregiudiziali, si veda A. CORRERA, *Natura ed effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia*, Napoli, 2023, p. 172 ss.

¹⁶ Così, *ex multis*, Corte di cassazione, sez. trib., ordinanza 22343/2020, cit., punto 8: «l’addizionale provinciale sull’energia elettrica (...) va disapplicata per contrasto con l’art. 1, par. 2, della direttiva 2008/118/CE, per come interpretato dalla Corte di giustizia UE con le sentenze 5 marzo 2015, in causa C-553/13, e 25 luglio 2018, in causa C-103/17».

dell'efficacia diretta della disposizione stessa, così come interpretata, e comunque sempre nell'ambito di un rapporto verticale. La decisione emessa in via pregiudiziale ha infatti «carattere di sentenza dichiarativa» e di per sé non può attribuire efficacia diretta alle norme (della direttiva) che già di per sé non possiedano tale connotazione¹⁷. Il voler prescindere da qualsiasi valutazione in merito al «carattere *self-executing*» (di talune disposizioni chiare, precise e incondizionate) della direttiva non appare, dunque, corretto, salvo ritenere, come si avrà modo di meglio precisare, che nella conclusione della Suprema Corte confluiscano, tra loro avviluppandosi, due distinti ordini di argomenti: l'uno, principale, connesso al principio di interpretazione conforme, quale corollario del primato; l'altro, apparentemente secondario, ma destinato, nella nostra prospettiva, ad assumere un rilievo determinante, derivante dal mero operare del principio del primato in caso di antinomia fra le fonti.

A parte ogni considerazione in merito all'operare del solo primato nel caso in cui la norma comunitaria non sia dotata di effetti diretti, seppure sempre nell'ambito di rapporti verticali¹⁸, appare evidente che, rispetto alla fattispecie oggetto della casistica esaminata, ben diversa è la situazione nel caso di rapporti orizzontali tra privati a seconda che sussistano o meno le condizioni per un'interpretazione conforme, non potendo la direttiva produrre effetti diretti all'interno di tali rapporti. Differenti considerazioni si impongono, nell'uno e nell'altro caso, ogniqualvolta il principio affermato dalla Suprema Corte e sopra enunciato viene calato all'interno di rapporti *inter privatos*.

Quest'ultimo ordine di questioni costituisce l'oggetto del presente lavoro che si propone di dimostrare come, con riguardo alla fattispecie esaminata dell'addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica, gli effetti della sentenza pregiudiziale relativi al rapporto tra Stato e fornitore di energia (cioè verticale), si ripercuotono comunque, necessariamente, anche sul rapporto fra lo stesso fornitore di energia e il consumatore finale (e quindi orizzontale), nei modi e con gli effetti che verranno meglio precisati.

Riprendendo ora l'esame della giurisprudenza, la Suprema Corte ha sempre confermato il proprio orientamento volto sia a sancire l'illegittimità del tributo per la sua incompatibilità con l'articolo 1 della direttiva 2008/118, non possedendo una «finalità

¹⁷ Così, Corte costituzionale, [sentenza dell'11 luglio 1989, n. 389](#), Considerato in diritto, punto 3. In tal senso si veda anche, per tutte, Consiglio di Stato, ad. plen., [sentenze gemelle del 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18](#), punto 44. In merito, si veda A. CORRERA, *Natura ed effetti*, cit., p. 189 ss., con riferimento anche alla giurisprudenza di legittimità.

¹⁸ In tal senso, Corte di cassazione, sez. trib., sentenza 6687/2023, cit., punto 8, dove viene stabilito che, «nella impossibilità di procedere ad un'interpretazione della normativa nazionale (legge di bilancio 2021) conforme alle prescrizioni del diritto dell'Unione, la disposizione di cui all'art. 1, comma 628, L. 30.12.2020, n. 178, deve essere disapplicata, in quanto in contrasto con la direttiva n. 2008/118 che ha abrogato e sostituito quella n. 12/92, come interpretate dalla ordinanza del 9 novembre 2021 della Corte di Giustizia Europea di diritto dell'Unione», senza che venga in considerazione l'effetto diretto delle disposizioni della direttiva, bensì in virtù – si deve ritenere – del combinato disposto del principio della supremazia del diritto dell'Unione e di quello dell'interpretazione conforme.

specificata», in quanto volta a soddisfare una mera esigenza di bilancio degli enti locali¹⁹ sia a chiarire i termini, le condizioni e la legittimazione dell'azione volta alla ripetizione degli importi indebitamente corrisposti. Da un lato, viene così esclusa la possibilità per il consumatore di agire nei confronti della amministrazione finanziaria, e, dall'altro, lo stesso consumatore finale viene invece espressamente legittimato all'azione diretta nei confronti del proprio fornitore²⁰. Ad avviso della Suprema Corte, ai fini della definizione dell'*iter* procedurale da seguire a seguito dell'abrogazione della norma considerata illegittima, occorre distinguere due momenti sul piano giuridico: il rapporto tributario, a monte, tra il fornitore e l'amministrazione finanziaria, in base al quale quest'ultima esercita il suo potere impositivo nei confronti del soggetto erogatore dell'energia elettrica²¹; e quello, a valle, tra il fornitore stesso e l'utente finale, su cui il primo esercita il diritto di rivalsa, addebitandogli un importo corrispondente alla addizionale versata²². Di qui, due altrettanto distinti profili processuali²³, uno di natura tributaria, volto ad accertare la debenza dell'imposta; l'altro, civilistico, relativo agli strumenti di cui può avvalersi il consumatore per la ripetizione di quanto sia stato da lui indebitamente versato al fornitore di energia.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 14 del TUA, «l'accisa è rimborsata quando risulta indebitamente pagata», ma il rimborso deve essere richiesto, in base ai successivi commi 2 e 4, a pena di decadenza, dal soggetto passivo del rapporto tributario, cioè dal fornitore di energia, tenuto verso l'erario per il pagamento dell'addizionale come già dell'accisa, entro due anni dalla data di pagamento²⁴. Qualora poi, «al termine di un procedimento

¹⁹ Così, di recente, Corte di cassazione, decreto 7959/2023, cit., dove si specifica, ai fini della disapplicazione per contrasto con il diritto dell'Unione, che l'art. 6, comma 2, del decreto legge n. 511/1988, convertito con modificazioni dalla legge n. 20/1989, cit., ha «come finalità una mera esigenza di bilancio degli enti locali, con conseguente non debenza delle addizionali» in oggetto.

²⁰ Così, per tutte, Corte di cassazione, sez. trib., [sentenza del 5 giugno 2020, n.10691](#), dove viene affermato che «[l]e imposte addizionali sul consumo di energia elettrica di cui al decreto legge n. 511 del 1988, art. 6, comma 3, convertito dalla legge n. 20 del 1989 (applicabile *ratione temporis*), alla medesima stregua delle accise, sono dovute, al momento della fornitura dell'energia elettrica al consumatore finale, dal fornitore, il quale, pertanto, in caso di pagamento indebito, è l'unico soggetto legittimato a presentare istanza di rimborso all'Amministrazione finanziaria, mentre il consumatore finale, al quale il fornitore abbia addebitato le suddette imposte, può, nel rispetto del principio unionale di effettività della tutela: a) esercitare nei confronti di quest'ultimo l'ordinaria azione di ripetizione dell'indebito; b) nel caso in cui dimostri l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà di tale azione – da riferire alla situazione in cui si trova il fornitore e non al fatto che il pagamento indebito dell'imposta derivi dalla contrarietà alla direttiva n. 2008/118/CE della norma interna in tema di accise –, può eccezionalmente chiedere direttamente il rimborso all'Amministrazione finanziaria; c) può eventualmente esercitare azione nei confronti dello Stato per ottenere il risarcimento del danno subito per mancato adeguamento del diritto nazionale al diritto dell'Unione Europea».

²¹ Così art. 53, comma 1, lett. a) del [decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504](#), Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative (Testo unico accise – TUA).

²² Art. 56 del TUA, dove si precisa che le società fornitrici «hanno diritto di rivalsa sui consumatori finali». In merito, per tutte, Corte di cassazione, sez. trib., ordinanza 20029/2023, cit.

²³ Corte di cassazione, sez. trib., sentenza 27099/2019, cit.

²⁴ Così, per tutte, Corte di giustizia tributaria di primo grado di Vicenza, sentenza del 19 ottobre 2022, n. 378. Per quanto riguarda questo e anche i successivi riferimenti giurisprudenziali di merito, in

giurisdizionale, il soggetto obbligato al pagamento dell'accisa sia condannato alla restituzione a terzi di somme indebitamente percepite a titolo di rivalsa dell'accisa, il rimborso è richiesto dal predetto soggetto obbligato, a pena di decadenza, entro novanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che impone la restituzione delle somme». Per quanto riguarda però specificamente i tributi riscossi che rilevano per l'ordinamento comunitario, il relativo rimborso è espressamente previsto dall'art. 29, comma 2, della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (c.d. legge comunitaria per il 1990)²⁵. Dal combinato disposto delle menzionate disposizioni emerge che il primo soggetto passivo del rapporto tributario è il fornitore di energia e il riferimento ai consumatori compare invece nella previsione dell'obbligo di restituzione «ai terzi» delle somme (indebitamente) percepite a seguito dell'esercizio del diritto di rivalsa nei loro confronti.

L'art. 14 prevede, dunque, anche, implicitamente, la possibilità per il consumatore di far valere l'illegittima traslazione del tributo nei confronti del fornitore, in quanto il diritto di quest'ultimo al rimborso nei confronti dell'amministrazione finanziaria è condizionato all'esercizio vittorioso dell'azione di ripetizione nei suoi confronti da parte del consumatore stesso. Con riguardo al diritto al rimborso delle imposte addizionali indebitamente rimosse, il consumatore può, infatti, normalmente agire nei confronti del fornitore con l'ordinaria azione di ripetizione e, solo nel caso in cui tale azione si riveli «impossibile o eccessivamente difficile»²⁶, vale a dire oltremodo gravosa, con riferimento alla situazione in cui si trova il fornitore stesso, può eccezionalmente chiedere il rimborso nei confronti dell'amministrazione finanziaria, «nel rispetto del principio unionale di effettività e pre allegazione e dimostrazione delle circostanze di fatto che giustificano tale legittimazione straordinaria»²⁷.

A ben vedere, tuttavia, l'affermazione sul diritto all'azione di ripetizione rappresenta un *obiter dictum* in una controversia che, in quanto volta ad accertare l'illegittimità dell'onere impositivo nei confronti della amministrazione finanziaria, è relativa agli effetti verticali della direttiva nei riguardi, appunto, dello Stato, tanto da comportare, sulla base dell'interpretazione resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, la disapplicazione della norma interna con riferimento al periodo antecedente

materia sia civile sia tributaria, si rinvia alle banche dati, in particolare, oltre a [One Legale](#), [DeJure](#), ai siti [apps.dirittopratico.it](#), [primogrado.com](#) e [fiscaltà dell'energia.it](#). In generale, si veda A. ELIA, *Dalla nascita del presupposto costitutivo del beneficio dell'agevolazione decorre il termine biennale per la restituzione del credito*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2021, pp. 1751-1796.

²⁵ In base all'art. 29, comma 2 della [legge 29 dicembre 1990, n. 428](#) – Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria per il 1990), «[i] diritti doganali all'importazione, le imposte di fabbricazione, le imposte di consumo, il sovrapprezzo dello zucchero e i diritti erariali riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie sono rimborsati a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti, circostanza che non può essere assunta dagli uffici tributari a mezzo di presunzioni».

²⁶ Per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 13 ottobre 2022, [causa C-397/21](#), HUMDA, EU:C:2022:790, punto 24.

²⁷ Così Corte di cassazione, sez. trib., sentenze 15198/2019, cit.; 27099/2019, cit.; [del 19 novembre 2019, n. 29980](#); [del 17 gennaio 2020, n. 901](#); [del 11 febbraio 2020, n. 3233](#).

l'intervenuta espressa abrogazione. In questo contesto, la Suprema Corte ha aperto alla possibilità di agire, in base al principio comunitario di effettività, nei confronti della Agenzia delle Dogane nell'ipotesi, ad esempio, di fallimento del fornitore²⁸, ma – per quanto qui interessa – non di difficoltà nel far valere il diritto alla ripetizione per ragioni connesse all'applicazione del diritto comunitario al rapporto orizzontale fra fornitore e consumatore.

Alle pronunce della Cassazione è seguito un intenso contenzioso in sede civile, fondato sulla richiesta di rimborso dell'indebito da parte dei consumatori finali nei confronti dei fornitori di energia elettrica che avevano addebitato il relativo importo in fattura, da far valere entro il termine decennale di prescrizione, spirato il 31 dicembre 2021.

A questo punto, tuttavia, esclusa la possibilità per l'utente finale di agire direttamente nei confronti dell'erario, per la diversa natura (civilistica) del rapporto (col fornitore) da cui deriva il diritto alla ripetizione di quanto indebitamente versato allo stesso, si è posto il problema della natura di tale azione alla luce del divieto di effetti orizzontali delle direttive (assioma del diritto UE), nei giudizi cioè tra privati, venendo tale eccezione sistematicamente opposta dal somministratore di energia, parte resistente.

Sulla scorta della dichiarata incompatibilità del citato art. 6, comma 2, con il diritto comunitario e facendo riferimento alla consolidata ed univoca giurisprudenza di legittimità, a sua volta basata sulle sentenze pregiudiziali di interpretazione dei giudici di Lussemburgo, le corti di merito si sono pronunciate prevalentemente in via cautelare e in senso favorevole ai consumatori finali²⁹. Sono state così accolte le domande di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. e condannati i fornitori di energia elettrica al pagamento delle somme loro richieste.

²⁸ Al riguardo, si veda Corte di cassazione, sentenza 29980/2019, cit., punto 3.6.2, con riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel senso che l'eccessiva gravosità si verifica nel caso di assoggettamento del fornitore ad una procedura concorsuale, Corte di giustizia tributaria primo grado di Milano, sentenza del 21 ottobre 2022, n. 2864; Corte di giustizia tributaria di primo grado di Macerata, sentenza del 6 febbraio 2023, n. 89; Corte di giustizia tributaria di secondo grado della Lombardia, sentenza del 18 gennaio 2023, n. 165.

²⁹ Così, oltre alle pronunce di cui *infra*, alla nota successiva: *ex multis* si veda Tribunale di Mantova, ordinanza del 16 dicembre 2020; Tribunale di Asti, ordinanza del 16 dicembre 2020; Tribunale di Roma, sentenza del 19 febbraio 2021; Tribunale di Bologna, ordinanza del 25 giugno 2021; sentenza del 19 settembre 2021, n. 2153; Tribunale di Torre Annunziata, ordinanza del 5 novembre 2021; Tribunale di Ferrara, sentenza del 17 novembre 2021, n. 736; Tribunale di Torino, ordinanza del 27 dicembre 2021; sentenza del 14 febbraio 2022, n. 641; Tribunale di Roma, ordinanza del 4 febbraio 2022; Tribunale di Aosta, sentenza del 27 luglio 2022, n. 258; Tribunale di Bergamo, sentenza dell'8 febbraio 2023, n. 241; Tribunale di Benevento, sentenza del 16 febbraio 2023, n. 439; e Tribunale di Bologna, ordinanza del 5 luglio 2023; *contra*, per tutte, oltre alle pronunce di cui *infra*, alla nota 32, Tribunale di Torino, ordinanza del 20 aprile 2021; Tribunale di Roma, ordinanza del 17 luglio 2021; e Tribunale di Firenze, sentenza del 15 settembre 2021, n. 6113. In merito, anche per ulteriori riferimenti ai contrastanti filoni giurisprudenziali, si veda G. TRASMONDI, *Rimborsi addizionale provinciale accise: lo stato dell'arte*, in *Fiscalità dell'energia*, 13 ottobre 2022, reperibile [online](#), pp. 1-10.

Il filone giurisprudenziale maggioritario si ispira al consolidato orientamento, in ambito tributario, della Corte di cassazione, secondo cui la contrarietà della addizionale in oggetto al diritto dell'Unione deriva dai principi che, elaborati dalla Corte di giustizia in via interpretativa, sono immediatamente applicabili ed impongono pertanto al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni interne che risultino in contrasto o incompatibili con la direttiva 2008/118, senza che venga in considerazione il principio di esclusione degli effetti orizzontali della direttiva. A ciò si aggiunge che, accertata l'illegittimità dell'imposizione nel rapporto verticale, cioè in quello tributario tra amministrazione finanziaria e fornitore, la disapplicazione della norma impositiva dell'addizionale non solo diviene dovuta, ma comporta anche l'automatico venir meno della causa stessa del pagamento da parte dell'utente della porzione di corrispettivo corrispondente al tributo. Dal che consegue il possibile esercizio dell'ordinaria azione di ripetizione nei confronti del fornitore.

In particolare, per quanto attiene il Tribunale di Milano (XI sezione), numerose e concordanti sono le ordinanze, o sentenze³⁰, che, confermate in sede di appello³¹, si pongono nel solco dell'orientamento sopra enunciato, con di fatto una sola eccezione, trattandosi invero di più ordinanze, tutte però di medesima provenienza³².

3. L'ordinanza del Tribunale di Milano del 4 novembre 2022 e il divieto di effetti diretti orizzontali.

A venire in considerazione è, in particolare, *ex multis*, l'ordinanza del 4 novembre 2022, dove l'organo giudicante si pone ancora una volta in posizione discordante rispetto all'indirizzo altrimenti unitario della stessa sezione e della Corte d'appello. Il Tribunale, in composizione monocratica, inizia, non diversamente dalle altre pronunce della stessa

³⁰ Fra le altre, Tribunale di Milano, ordinanza del 14 novembre 2020; ordinanza del 16 novembre 2020; ordinanza del 22/25 gennaio 2021; ordinanza del 12 febbraio 2021; ordinanza dell'11 marzo 2021; ordinanza del 7 luglio 2021; ordinanza dell'8 ottobre 2021; ordinanza dell'8 novembre 2021; nonché, sentenza del 7 luglio 2021, n. 5974; sentenza del 16 ottobre 2021, n. 8967; sentenza del 17 marzo 2022, n. 2423; sentenza del 24 maggio 2022, n. 4572; ordinanza del 15 febbraio 2023; sentenza del 18 aprile 2023, n. 3116; sentenza del 18 aprile 2023, n. 3118; sentenza del 21 aprile 2023, n. 3297; ordinanza del 21 aprile 2023; sentenza del 30 maggio 2023, n. 4525 e sentenza del 31 maggio 2023, n. 4561.

³¹ Per tutte, anche in riforma di decisioni di segno opposto (per le quali v. *infra*, alla nota successiva), Corte d'appello di Milano, sentenze del 27 gennaio 2022, n. 277; del 19 maggio 2022, n. 1704; del 1° giugno 2022, n. 1906, e, in pari data, n. 1907; del 22 giugno 2022, n. 2178; del 21 ottobre 2022, n. 3322; del 24 novembre 2022, n. 3718; del 28 novembre 2022, n. 3755; del 23 gennaio 2023, n. 189; del 31 gennaio 2023, n. 305; del 19 aprile 2023, n. 1286; del 28 aprile 2023, n. 1364; del 15 maggio 2023, n. 1575 e del 25 maggio 2023, n. 1704. Nello stesso senso, Corte d'appello di Trieste, sentenza del 14 luglio 2022, n. 277; Corte d'appello di Torino, sentenza del 26 luglio 2022, n. 846 e del 22 settembre 2022, n. 1009; Corte d'appello di Brescia, sentenza del 9 novembre 2022, n. 1354, e, in pari data, n. 1361; Corte d'appello di Venezia, sentenza del 15 febbraio 2023, n. 375, e dell'11 aprile 2023, n. 822.

³² Dello stesso giudice, XI sez., si veda, per tutte, ordinanza del 10 giugno 2020; ordinanza dell'11 giugno 2021; ordinanza del 31 dicembre 2021; sentenza del 16 aprile 2022, n. 15060; ordinanza del 19 aprile 2022; sentenza del 20 aprile 2022, n. 39197; ordinanza del 4 novembre 2022; ordinanza del 14 marzo 2023 e ordinanza del 21 aprile 2023.

sezione, facendo riferimento sia alla giurisprudenza della Corte di giustizia, in merito alla contrarietà al diritto dell'Unione di una normativa istitutiva di una imposta addizionale in assenza di una specifica finalità normativa, sia a quella di legittimità, che, recependo l'interpretazione della Corte, ha pertanto affermato l'incompatibilità con la normativa comunitaria di quella nazionale, con conseguente disapplicazione di quest'ultima, per giungere però a conclusioni difformi da quelle maggioritarie. Discostandosi, infatti, dall'*iter* logico seguito nelle decisioni di altri giudici della medesima sezione, l'ordinanza prosegue col richiamare la sentenza della Corte di giustizia nel caso *David Smith*³³. In essa i giudici di Lussemburgo hanno affermato che «[i]l diritto dell'Unione, in particolare l'art. 288 TFUE, dev'essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, investito di una controversia tra singoli, che si trovi nell'impossibilità di interpretare le disposizioni del suo diritto nazionale contrarie ad una disposizione di una direttiva che soddisfa tutte le condizioni richieste per produrre un effetto diretto in un senso conforme a quest[a] disposizione, non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare tali disposizioni nazionali nonché una clausola contenuta, conformemente a queste ultime, in un contratto di assicurazione»³⁴. La parte «danneggiata» dalla non conformità della norma interna con il diritto dell'Unione può invece chiedere, comunque, il risarcimento del danno subito allo Stato membro, in applicazione della giurisprudenza *Francovich*³⁵.

Dal che il Tribunale trae due prime conclusioni: da un lato, che in una controversia tra privati, nel caso di contrasto di una norma interna con il diritto comunitario, nella specie una direttiva, il giudice deve procedere ad una interpretazione conforme del diritto nazionale e solo nel caso in cui ciò non sia possibile potrà disapplicare la norma interna³⁶; dall'altro, che la disapplicazione non è comunque possibile nell'ambito dei rapporti tra singoli, dal momento che una direttiva «non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti»³⁷. Ovvero, l'estendere «l'applicabilità diretta di una disposizione di una Direttiva non trasposta, o trasposta erroneamente, all'ambito dei rapporti tra singoli equivarrebbe a riconoscere all'Unione europea il potere di istituire con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare Regolamenti»³⁸.

³³ Corte di giustizia, sentenza del 7 agosto 2018, [causa C-122/17](#), *David Smith c. Patrick Meade e a.*, EU:C:2018:631.

³⁴ *Ivi*, punto 57.

³⁵ ³⁵ *Ibid.* In merito, per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 2023, [causa C-496/22](#), *EI*, EU:2023:741, punto 46.

³⁶ Tribunale di Milano, ordinanza del 4 novembre 2022, cit., p. 7.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ivi*, p. 8. Viene di seguito anche precisato che a nulla rileva il fatto che la disposizione della direttiva sia «chiara, precisa ed incondizionata» e quindi «volta a conferire diritti o imporre obblighi ai singoli», in quanto essa non può essere comunque «applicata come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli». Il giudice nazionale è, infatti, «tenuto a disapplicare la disposizione

Si tratta, come è agevole rilevare, dell'affermazione del ben noto principio di divieto degli effetti orizzontali, in base al quale una direttiva, quand'anche dotata di efficacia diretta, non può essere fatta valere da un privato nei confronti di un altro privato, ma solo nei riguardi dello Stato, inteso in senso ampio (c.d. effetti verticali). In caso di impossibilità di una interpretazione della disposizione interna conforme alla direttiva, al singolo non rimarrebbe quindi che il rimedio del risarcimento del danno subito.

Il Tribunale dichiara, a questo punto, di essere consapevole del fatto che tale ostacolo alla disapplicazione può a sua volta essere superato quando siano in gioco principi generali del diritto, che, per loro natura, si applicano in via generale, a prescindere dunque dalla natura (orizzontale) del rapporto, ma rileva come, nel caso di specie, non ricorrano tali condizioni, «in quanto la Direttiva del 2018/118/CE e la norma italiana del 1988 non riguardano principi generali di diritto, ma sono norme tributarie prive di tale portata»³⁹.

Dopo di che, viene ribadita la conclusione secondo cui, «in una controversia tra privati in cui viene invocata la disapplicazione della norma interna, per contrarietà ad una norma dell'Unione stabilita da una Direttiva, e per l'impossibilità di trovarne una interpretazione conforme a tale direttiva, il giudice non è tenuto a effettuare la disapplicazione»⁴⁰.

Nella prospettiva motivazionale, i due piani, quello della contrarietà al diritto dell'Unione della norma interna, con conseguente disapplicazione di quest'ultima, fatta valere nei confronti dello Stato (effetto verticale), e quello della possibilità che ne deriva per il consumatore di agire per la ripetizione di quanto indebitamente versato nei confronti di un altro soggetto privato (effetto orizzontale) si intrecciano e si confondono. Nelle successive considerazioni, infatti, il Tribunale non solo riprende l'impostazione della sentenza *David Smith*, già richiamata per escludere l'obbligo di disapplicazione in una controversia tra privati, ma anche ribadisce tale principio sulla base della sentenza della Corte (Grande Sezione) del 24 giugno 2019, nel caso *Popławski II*⁴¹, dove viene sancito che, «anche se chiara, precisa e incondizionata, una disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di disapplicare una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto un obbligo aggiuntivo al singolo»⁴².

In realtà, il significato di quest'ultima pronuncia della Corte è ben diverso, in quanto in quel caso si discuteva della impossibilità per il giudice di disapplicare una disposizione del diritto interno contraria ad una disposizione «chiara, precisa e incondizionata» quando ne derivasse «un obbligo aggiuntivo ad un singolo», nel quadro pur sempre di un rapporto

nazionale contraria a una direttiva solo laddove quest'ultima sia invocata nei confronti di uno Stato membro» (*ibid.*, con riferimenti in giurisprudenza).

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, [causa C-573/17](#), *Popławski*, EU:C:2019:530.

⁴² *Ivi*, punto 67.

verticale in cui la disapplicazione avrebbe operato in *malam partem*, aggravando, non favorendo, la posizione giuridica di chi vuole far valere l'inadempimento dello Stato. Alla stessa stregua, il richiamo alla sentenza *David Smith* per confermare l'esclusione della possibilità di effetti orizzontali della direttiva⁴³ a seguito della disapplicazione delle norme interne nel caso di specie, come avremo modo di chiarire, non è appropriato, in quanto, alla base del rapporto orizzontale, vi era una fattispecie contrattuale in cui le pertinenti disposizioni della direttiva, prendendo il posto delle norme interne disapplicate, avrebbero inciso sull'assetto negoziale convenuto tra le parti contraenti, sostituendo all'equilibrio formale tra i diritti e gli obblighi delle stesse, «un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'eguaglianza tra le parti»⁴⁴.

Perplessità suscitano anche le successive considerazioni in merito alle conseguenze da trarre dalle due sentenze pregiudiziali di interpretazione della Corte di giustizia⁴⁵ che, per giurisprudenza consolidata della Cassazione, sono poste alla base della affermata contrarietà della norma impositiva italiana al diritto dell'Unione. Dopo aver infatti rilevato correttamente che le pronunce in questione erano state rese entrambe in una controversia che vedeva contrapposti un fornitore (somministrante) di energia e un ente pubblico e che quindi si trattava di effetti verticali della direttiva e non tra privati (effetti orizzontali), il giudice adito afferma, con riferimento specifico alla citata sentenza *Messer France*, che «la complessa fattispecie oggetto del rinvio pregiudiziale risulta radicalmente diversa da quella del caso odierno» tanto da rendere non vincolante «il principio di diritto espresso dalla Corte». Ciò non solo perché «la controversia pendente avanti al giudice nazionale francese contrappone un privato a organi statali, mentre nel caso odierno si tratta di controversia tra privati, ma anche perché essa ha ad oggetto la conformità della specifica norma francese, oggetto del rinvio pregiudiziale, alla “finalità specifica” di cui all'art. 3, par. 2, della Direttiva 92/12, con specifiche circostanze, in cui tale norma deve essere inquadrata, che la rendono in radice diversa da quella odierna»⁴⁶.

⁴³ In merito, si veda D. GALLO, *La vexata quaestio dell'efficacia interna delle direttive: l'insostenibile leggerezza del divieto di effetti orizzontali*, in E. MOAVERO MILANESI e G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Bari, 2018, pp. 17-36, spec. p. 24; nonché, anche per riferimenti, L. CECCHETTI, *Verso i cinquant'anni dell'effetto diretto delle direttive: questioni ancora aperte*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE – serie speciale n. 4*, Napoli, 2023, pp. 79-128, reperibile [online](#).

⁴⁴ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 maggio 2022, [causa C-600/19, Ibercaja Banco](#), EU:C:2022:394, punto 37. In merito, con riguardo alla particolare protezione di cui devono godere i consumatori, Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 maggio 2022, [cause riunite C-693/19 e 831/19, SPVProject e Dobank](#), EU:C:2022:395, punto 63 e Avvocato generale Medina, conclusioni del 23 marzo 2023, [causa C-83/22, Tuk Tuk Travel](#), EU:C:2023:245, punto 43.

⁴⁵ Sentenza *Statoil*, cit., e sentenza *Messer France*, cit.

⁴⁶ Tribunale di Milano, ordinanza del 4 novembre 2022, cit., p. 11. Con riguardo alla sentenza della Corte di giustizia, *Statoil*, cit., la conclusione è la medesima, trattandosi anche in quel caso di una controversia tra un privato e l'amministrazione statale, e non tra privati, e dovendosi valutare la portata della decisione alla luce delle specifiche circostanze del caso di specie. La conseguenza è che «la rilevanza e vincolatività di tale decisione su rinvio pregiudiziale della CGUE deve essere limitata a fattispecie assimilabili a quelle della decisione, fattispecie diverse da quelle di cui al presente giudizio; pertanto non

In merito all'affermazione che il giudice adito non sia tenuto a seguire l'interpretazione della Corte di giustizia nel valutare la legittimità della norma interna, essa trova giustificazione unicamente nella contestuale asserzione che la fattispecie è diversa nelle sue caratteristiche da quelle su cui si è pronunciata la Corte di giustizia. Così non fosse, lo stesso giudice adito, dovendo interpretare il diritto nazionale in conformità a quello dell'Unione, sarebbe, infatti, tenuto ad applicare il principio sancito dalla sentenza pregiudiziale che ha efficacia generale (*erga omnes*)⁴⁷, secondo un consolidato orientamento della Corte di giustizia⁴⁸ fatto proprio dalla nostra Corte costituzionale⁴⁹. In merito, poi, alla asserita diversità, è sufficiente notare come appaia per lo meno singolare che il Tribunale si discosti dai precedenti della Corte di cassazione che ha sistematicamente attribuito all'addizionale provinciale di cui all'art. 6 del decreto legge n. 511/1988 la natura di imposta a sé stante⁵⁰ da ritenersi illegittima perché priva di finalità specifiche.

In definitiva, a prescindere da ogni considerazione sulla correttezza della affermazione secondo cui la fattispecie di cui al giudizio pendente non era assimilabile a quella delle pronunce della Corte di giustizia, a rilevare è la conclusione che ne viene tratta, vale a dire che, non essendo applicabili al caso di specie i principi interpretativi espressi dalla Corte di giustizia⁵¹, non potrà nemmeno essere riconosciuto ai consumatori finali alcun diritto al rimborso d'imposta, come invece affermato dalla Corte nella stessa sentenza *Messer France*⁵².

Da ultimo, l'ordinanza pone in dubbio la sussistenza stessa di un eventuale obbligo del giudice adito di sindacare, in via incidentale, la legittimità dell'atto impositivo, per giungere, in caso di accertamento di tale illegittimità, alla «disapplicazione virtuale»

si può ritenere vincolante nel caso odierno, per diversità della fattispecie, il principio di diritto ivi espresso dalla Corte» (p. 10 ss.).

⁴⁷ Per tutti, E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2021, per il quale non «si tratterebbe, invero, di un vero e proprio effetto *erga omnes* delle sentenze interpretative, ma di fatto l'interpretazione adottata dalla Corte si imporrebbe rispetto ai giudici nazionali» (p. 201 ss.).

⁴⁸ Si veda, per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, [causa C-561/19, Consorzio Italian Management](#), EU:C:2021:799 e, in precedenza, sentenze del 3 febbraio 1977, [causa 52/76, Benedetti](#), EU:C:1977:16; del 6 ottobre 1982, [causa 283/81, Cilfit](#), EU:C:1982:335; del 5 aprile 2016, [causa C-689/13, Puligienica](#), EU:C:2016:199.

⁴⁹ Così, [sentenze del 23 aprile 1985, n. 113](#); [dell'11 luglio 1989, n. 389](#) e [ordinanza del 23 giugno 1999, n. 255](#). Sui profili di diritto tributario, si veda V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia e ordinamento tributario italiano*, Padova, 2010, p. 111 ss. e, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, A. CORRERA, *Natura ed effetti*, cit., nonché E. CIMIOTTA, *L'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Torino, 2023.

⁵⁰ Sulla natura tributaria dell'addizionale provinciale sull'accisa all'energia elettrica, si veda, da ultimo, Corte di cassazione, sezioni unite, ordinanza del 24 maggio 2022, n. 16984.

⁵¹ Ivi, p. 12: «non si possono ritenere applicabili al caso odierno i principi relativi alla disapplicazione della norma nazionale per contrarietà ai principi di diritto unionale, espressi dalla CGUE nelle due sentenze sopra citate [*Statoil e Messer France*], trattandosi di principi di diritto vincolanti in fattispecie diverse da quella di cui è causa».

⁵² Sentenza *Messer France*, cit., punto 56 ss.

dell'atto stesso, in una ipotesi di controversia tra privati relativa alla ripetizione di somme pretese a titolo di rivalsa di imposte. A tal fine viene richiamata⁵³, tra le altre, la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, del 26 settembre 2009, n. 15032, dove viene statuito che, non essendo l'amministrazione finanziaria litisconsorte necessario, per l'autonomia del rapporto tributario rispetto a quello privatistico, il giudice ordinario può sindacare o meno la legittimità dell'atto impositivo e disapplicarlo. La disapplicazione virtuale, ovvero il sindacato in via incidentale dell'atto impositivo, rimane, dunque, una possibilità per il giudice adito che non ha alcun obbligo di effettuarla, specie quando, come nel caso dell'addizionale, non vi è motivo di dubitare della legittimità della norma interna, dal momento che, ad avviso del Tribunale, il principio interpretativo statuito dalla Corte di giustizia non può applicarsi per l'asserita diversità della fattispecie.

Logica conclusione è che «la disapplicazione della norma italiana del 1988 non è né obbligata né conforme al diritto dell'Unione, non sussistendo le condizioni per la disapplicazione con riguardo alla direttiva 2008/118/CE e alle pronunzie della CGUE» prese in esame⁵⁴. Con l'ulteriore chiosa che «l'unica ragione per cui i pagamenti effettuati dalle ricorrenti potrebbero essere qualificati come indebito *ex art. 2033 c.c.* sarebbe la contrarietà della norma, di cui all'art. 6 del decreto legge n. 511/1988, a norme del diritto Unionale, tale da determinare la necessità, per il giudice italiano, di disapplicarla. Come sopra evidenziato non sussistono i requisiti di legge, alla luce del diritto Eurounitario, oltre che del diritto interno, per tale disapplicazione. Pertanto deve ritenersi che il pagamento non si possa qualificare come indebito, di talché non sussiste alcun diritto delle ricorrenti alla restituzione delle relative somme»⁵⁵.

Riassumendo, il ragionamento del Tribunale è stato il seguente: la controversia in oggetto attiene ad una controversia tra privati in cui la contrarietà di una norma interna ad una direttiva, stabilita sulla base di una pronuncia pregiudiziale di interpretazione della Corte di giustizia, non può essere fatta valere ai fini della disapplicazione della norma stessa, ma solo nei confronti dello Stato; e ciò ove anche la direttiva avesse le caratteristiche dell'efficacia diretta. Al consumatore non resterebbe, quindi, altro rimedio che quello del risarcimento del danno, se si rivelasse impossibile nel caso di specie una interpretazione conforme della normativa interna. Ma non è tutto. Per di più, contrariamente all'orientamento della Suprema Corte, la fattispecie impositiva in discussione è diversa da quella oggetto delle sentenze della Corte di giustizia da cui si ricava il principio interpretativo in base al quale viene accertata la contrarietà della norma interna al diritto dell'Unione. Di conseguenza, non solo non sussiste tale contrarietà, ma neppure, ovviamente, sussiste quel diritto al rimborso che la Corte di giustizia ha

⁵³ Tribunale di Milano, ordinanza del 4 novembre 2022, cit., p. 12.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ivi*, p. 13.

affermato. Come se non bastasse, il giudice adito non avrebbe neppure l'obbligo di sindacare, in via incidentale, la legittimità dell'atto impositivo⁵⁶.

Per quanto attiene all'assenza di principi generali che consentano di attribuire al consumatore il diritto di agire nei confronti del fornitore, una volta disapplicata la norma impositiva, anche in una controversia tra privati, il riferimento, evidentemente, è al principio di effettività che, spesso richiamato nella giurisprudenza di merito, imporrebbe all'ordinamento di apprestare strumenti adeguati di tutela dei diritti riconosciuti al singolo. A favore del possibile operare di tale principio deporrebbero sia le ripetute affermazioni della Suprema Corte riguardo al diritto al rimborso di quanto indebitamente corrisposto, una volta disapplicata la norma interna, sia la statuizione della Corte di giustizia⁵⁷, ricordata anche nell'ordinanza, circa il diritto dell'utente al rimborso. In merito, va osservato che il principio di effettività deve essere letto alla luce della autonomia procedurale degli Stati membri⁵⁸ che, pertanto, mantengono una ampia discrezionalità nel determinare, in conformità al principio di leale collaborazione, gli strumenti procedurali idonei ad assicurare l'attuazione delle norme dell'Unione e a garantire la tutela delle posizioni giuridiche che ne discendono. Nel caso di specie, peraltro, il principio in questione potrebbe operare in due direzioni: l'una rivolta allo Stato, pretendendo che il ristoro avvenga ad opera direttamente da parte della amministrazione finanziaria responsabile della riscossione dell'imposta; l'altra, invece, nei confronti del fornitore dell'energia che ha proceduto all'incasso dell'addizionale esponendola in fattura.

⁵⁶ In merito si osserva che i riferimenti giurisprudenziali e, in particolare, il richiamo alle motivazioni espresse dalle sezioni unite della Suprema Corte nella sentenza del 15032/2009, cit., non sono conferenti, in quanto, nello stabilire la possibilità e non l'obbligo di sindacare in via incidentale la legittimità dell'atto impositivo, stante l'autonomia del rapporto tributario rispetto a quello privatistico, la Corte si è espressa su una fattispecie, in materia di IVA, in cui il «sostituito», destinatario cioè dell'atto impositivo per via della rivalsa, potrebbe tutelare i suoi diritti, in caso di versamento di una imposta non dovuta, chiedendo direttamente il rimborso all'amministrazione finanziaria, azione questa che, di norma, è esclusa nel caso della addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica.

⁵⁷ Sentenza *Messer France*, cit. Sull'obbligo per lo Stato membro, in linea di principio, di «rimborsare i tributi riscossi in violazione del diritto dell'Unione» e sul diritto dell'operatore economico alla ripetizione e a che venga garantito, «conformemente alle condizioni stabilite dal diritto nazionale di ciascuno Stato membro nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, che l'onere economico che deriva da tale versamento venga neutralizzato nei confronti di tale soggetto passivo», Corte di giustizia, sentenza del 14 giugno 2017, [causa C-38/16](#), *Compass*, EU:C:2017:454, punti 29 e 31, anche per ulteriori riferimenti. Nella medesima causa, secondo l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, il diritto dell'Unione non osta a che «un ordinamento giuridico nazionale rifiuti la restituzione di tasse indebitamente riscosse a condizioni tali da causare un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto»: conclusioni del 2 marzo 2017, [causa C-38/16](#), *Compass*, EU:C:2017:163, punto 61. Nello stesso senso, con riguardo all'ipotesi «in cui un tributo indebito sia stato direttamente traslato dal soggetto passivo sull'acquirente», in circostanze, cioè, «tali da poter causare un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto» al rimborso di imposte, essendo stato il tributo «riversato su altri soggetti»: Corte di giustizia, sentenza del 15 settembre 2011, [causa C-310/09](#), *Ministre di Budget*, EU:C:2011:581, rispettivamente punti 74 e 72. Vedi anche Corte di giustizia, sentenza del 28 settembre 2023, [causa C-508/22](#), *KL e PO*, EU:2023:715, punto 36 ss.

⁵⁸ Così, per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 2017, [causa C-564/15](#), *Farkas*, EU:C:2017:302, punto 52.

La prima ipotesi è stata esclusa dalla Suprema Corte nella giurisprudenza già richiamata, in virtù della vigente disciplina che, basandosi sulla distinzione fra il rapporto tributario e quello privatistico, esclude *a priori* la possibilità di agire direttamente nei confronti della Agenzia delle Dogane. La Corte ha altresì ritenuto il sistema di garanzie processuali rispondente al principio di effettività, sia in quanto è possibile agire nei confronti del fornitore, sia perché comunque il soggetto interessato conserva il diritto al risarcimento del danno subito. Non si comprenderebbe però pienamente la ragnatela giudiziale europea di protezione dei diritti individuali se non si osservasse che, come di tutta evidenza, l'azione di risarcimento rappresenta uno strumento del tutto residuale e non agevole da esperire, vuoi per le condizioni cui è soggetta vuoi per tempi processuali⁵⁹.

L'effettività del sistema di tutela dei diritti degli utenti si regge, dunque, di fatto, sulla seconda ipotesi, vale a dire sulla possibilità di poter agire per la ripetizione dell'indebito. Venisse meno tale rimedio, per l'impossibilità di esperirlo come conseguenza del divieto di effetti orizzontali, al singolo non rimarrebbe altro che richiedere il risarcimento del danno subito, col risultato paradossale di avvantaggiare lo Stato che non può essere obbligato a rimborsare, al fornitore, quanto indebitamente riscosso se non a seguito dell'esercizio, con successo, dell'azione di ripetizione da parte del consumatore nei confronti dello stesso fornitore.

Se l'azione di ripetizione non fosse ammessa, la disapplicazione della norma interna avrebbe sicuramente un effetto sfavorevole per chi è stato danneggiato dalla violazione del diritto UE, realizzandosi una sorta di effetto inverso che il diritto comunitario non consente. In queste circostanze, sarebbe del tutto lecito dubitare che il sistema di modalità di rimborso previsto dal TUA soddisfi il doppio requisito di equivalenza ed effettività⁶⁰, di cui all'art 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Ove l'attuale sistema di rimborso si rilevasse, nel suo complesso assetto triangolare, incompatibile con la Carta, avendo detta disposizione efficacia generale e diretta⁶¹, se ne dovrebbe desumere la possibilità di far valere il diritto al rimborso direttamente nei confronti dello Stato anche in una controversia fra privati. La richiesta di rimborso rivolta direttamente all'amministrazione finanziaria, che la Suprema Corte ritiene di natura eccezionale, ma ammissibile in ragione del principio di effettività (ed equivalenza) espressamente richiamato, diverrebbe così il rimedio «normale», ove si negasse al consumatore l'azione di ripetizione. Allo stato non paiono tuttavia sussistere elementi sufficienti per ritenere

⁵⁹ L.S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2021, reperibile [online](#), pp. 1-49, spec. p. 13 ss.

⁶⁰ Avvocato generale Bobek, conclusioni del 10 novembre 2016, [causa C-564/15](#), *Farkas*, EU:C:2016:864, punto 44.

⁶¹ Per tutti, C. PERARO, *Diritti fondamentali sociali e tutela collettiva nell'Unione europea*, Napoli, 2020, p. 233 ss.

che il sistema così descritto non soddisfi il requisito dell'effettività, stante la possibilità per il consumatore di agire comunque per il rimborso.

4. La prevalente giurisprudenza di merito e il principio dell'interpretazione conforme.

Venendo alla prevalente giurisprudenza di merito del Tribunale di Milano, essa, come già anticipato, si esprime correttamente a favore del diritto del consumatore ad agire per la ripetizione dell'indebito, con argomentazioni, tuttavia, non sempre lineari e, per certi versi, anche non pienamente condivisibili. Comune a tale giurisprudenza è, in primo luogo, il richiamo alla efficacia *erga omnes* delle sentenze pregiudiziali di interpretazione della Corte di giustizia⁶². Esse vincolano, infatti, non solo il giudice che ha operato il rinvio ad applicare la norma dell'Unione come interpretata dalla Corte, disapplicando all'occasione la disposizione interna, ma anche qualsiasi altro giudice nazionale, nel senso che l'interpretazione fornita integra il contenuto della norma interna dell'Unione e condiziona la sua applicazione da parte dello stesso giudice. Qualora, poi, da una sentenza interpretativa risulti l'incompatibilità di una disposizione nazionale con quella dell'Unione, nel senso che quest'ultima, come interpretata dalla Corte, «osta» all'applicazione della norma interna in questione, il giudice interno può procedere alla sua disapplicazione⁶³.

Ulteriore costante di tale giurisprudenza del Tribunale di Milano è l'affermazione che il principio così enunciato consenta di superare l'obiezione relativa alla circostanza che le «direttive non possono avere efficacia orizzontale»⁶⁴.

A giustificare questo convincimento è la stessa ricostruzione del rapporto triangolare tra l'amministrazione finanziaria, soggetto somministratore dell'energia, e l'utente che viene effettuata dalla Corte di cassazione. La disapplicazione avverrebbe infatti sulla base del fatto che l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia «riguarda la disciplina delle accise che regolano il rapporto tributario tra l'Erario e il fornitore, presupposto del rapporto civilistico tra quest'ultimo e il consumatore»⁶⁵. Da ciò consegue che, chiamato a decidere sul rapporto di natura privatistica, vale a dire di rivalsa, che intercorre fra il fornitore, che esercita la facoltà, legislativamente prevista, di traslare

⁶² La possibilità di disapplicare la norma interna contrastante con quella dell'Unione, così come interpretata dalla Corte di giustizia, viene espressamente affermata, *ex multis*, da Tribunale di Milano, sentenza 4572/2022, cit.

⁶³ Conclusione quest'ultima cui la giurisprudenza esaminata perviene, evidentemente (si veda *supra* nota 17) sull'assunto, non dichiarato, che a consentire la disapplicazione sia il principio dell'interpretazione conforme (combinato con quello del primato), alla luce della efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte di giustizia, a prescindere dall'efficacia diretta o meno della disposizione comunitaria con cui la norma interna è in contrasto. Caratteristica, peraltro, quella dell'efficacia diretta, che la disposizione deve già di per sé possedere e che non può esserle attribuita dalla sola interpretazione resa dalla Corte di giustizia.

⁶⁴ Per tutte, Tribunale di Milano, sentenza 4572/2022, cit.

⁶⁵ *Ibid.*

l'imposta, e il consumatore, il giudice adito si limita ad un accertamento meramente incidentale in ordine alla debenza dell'imposta contestata stante il suo potere, incontestabile, «di sindacare in via incidentale la legittimità dell'atto impositivo ove sia presupposto e di disapplicarlo»⁶⁶.

Quella del Tribunale è dunque una cognizione meramente incidentale⁶⁷ e ai limitati fini della decisione sulla lite tra privati, che prescinde dalla efficacia diretta o meno della norma dell'Unione, attiene al rapporto verticale esistente fra l'amministrazione finanziaria e il soggetto passivo d'imposta⁶⁸ ed è condotta tenendo conto della interpretazione resa dalla Corte di giustizia in merito alla contrarietà con la direttiva della norma interna che prevedeva l'imposta. Venuta meno, a seguito della sua disapplicazione, la disposizione atta a giustificare l'applicazione dell'imposta al fornitore, da cui conseguiva il suo diritto ad operare la traslazione e a chiedere al consumatore un importo corrispondente all'accisa, quest'ultimo addebito ha perso la propria causa giustificatrice, sì da rendere fondata la domanda dello stesso consumatore di ripetizione dell'indebito.

Lo svantaggio che deriva al fornitore dall'esito del giudizio incidentale è solo un «effetto collaterale», estraneo comunque all'assetto dei rapporti negoziali fra i due soggetti privati, cioè tra lo stesso fornitore e il consumatore, che rimane inalterato nel suo equilibrio sinallagmatico.

Ben diverso sarebbe il caso se vi fosse stato nei rapporti fra fornitore e utente un trasferimento del peso economico dell'obbligo impositivo in ragione di un accordo fra le parti, ovvero se il relativo importo avesse concorso a determinare, come sua componente

⁶⁶ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 28 gennaio 2011, n. 2064](#), in motivazione. Quanto al fatto se un giudice nazionale sia o meno autorizzato a sollevare d'ufficio questioni attinenti al diritto dell'Unione, la risposta dipende dal rispetto del principio di equivalenza, vale a dire dalla questione se un giudice nazionale sia o meno tenuto, in una situazione comparabile, a sollevare d'ufficio motivi di diritto nazionale: così, per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 12 febbraio 2008, [causa C-2/06, Willy Kempter KG](#), EU:C:2008:78, punti 45 e 46.

⁶⁷ Così, per tutte, Tribunale di Milano, ordinanza del 21 aprile 2023, cit.

⁶⁸ In tal senso, Corte d'appello di Milano, sentenza 3718/2022, cit., dove viene affermato che certamente «il “rapporto di rivalsa” è un rapporto tra privati, ma (...) il carattere debito o indebito di quanto pagato dal consumatore finale al fornitore dipende, a monte, dalla debenza o meno dell'imposta in favore dell'erario da parte del secondo. Per valutare la sussistenza dell'indebito - civilistico - oggetto di causa e la prospettata assenza di *causa debendi* occorre, dunque, risalire al “rapporto tributario” intercorrente tra il fornitore (soggetto passivo dell'imposta) e lo Stato (creditore dell'imposta) che ne rappresenta presupposto; in tale ambito, l'applicazione del diritto comunitario avviene in via “verticale” (applicazione pacificamente ammessa) e non in via “orizzontale”. Tale valutazione è la medesima che va compiuta nel rapporto tra fornitore e Stato, ma nell'ambito del rapporto di rivalsa essa avviene in via non principale, ma meramente incidentale ed in funzione dei suoi riflessi sulla legittimità della rivalsa». Con quest'ultima precisazione i giudici d'appello parrebbero riferirsi a quelle che nella giurisprudenza comunitaria sono chiamate «ripercussioni negative», o effetti riflessi, oggetto di specifico esame nel prosieguo della trattazione. Analogamente, nella citata sentenza 3755/2022 della Corte di appello di Milano, si afferma, da un lato, che «il rapporto tributario si svolge solo tra l'amministrazione finanziaria e le società fornitrici e, rispetto a tale rapporto, rimane del tutto estraneo il consumatore finale», e, dall'altro, che «nella controversia tra privati, per valutare la sussistenza del diritto di ripetizione vantato dal cliente il giudice è tenuto ad accertare incidentalmente la legittimità ed esistenza della norma posta a monte ed a fondamento dell'applicazione dell'imposta e non direttamente applicabile in giudizio, in quanto attiene al rapporto esistente tra amministrazione finanziaria e soggetto passivo d'imposta».

integrata, l'ammontare del corrispettivo per la prestazione di fornitura pattuita. In questo caso, noto come traslazione pattizia, la relativa clausola contrattuale conterrebbe elementi idonei a quantizzare una parte della prestazione negoziale validamente pattuita⁶⁹, che, come tale, rientrerebbe nella base imponibile del percipiente così soggetta ad imposizione.

Un'altra ancora delle costanti della giurisprudenza esaminata è il riferimento al principio di effettività, già oggetto di considerazione. In base ad esso l'ammissibilità della domanda di ripetizione vale a porre rimedio al pregiudizio che deriverebbe da una normativa, come quella italiana, che non consente al consumatore di rivolgersi direttamente allo Stato; diversamente, il consumatore sarebbe chiamato a sopportare l'onere economico che consegue alla accertata incompatibilità e che, per le peculiarità del sistema tributario, ove non potesse essere posto a carico del fornitore con l'azione di ripetizione, finirebbe per essere indebitamente trasferito al consumatore⁷⁰.

A quanto in precedenza osservato va ora aggiunto che il possibile richiamo ai diritti fondamentali della Carta, in particolare a quello di effettività dei rimedi giurisdizionali, risulta nelle argomentazioni dei giudici di merito come una sorta di strumento residuale, per sfuggire alla trappola del divieto di effetti orizzontali. Il risultato sarebbe di consentire al giudice nazionale di ritenere comunque ammissibile l'azione di ripetizione come conseguenza della disapplicazione della norma nazionale. Il principio di leale collaborazione, di cui all'art. 4, par. 3, TUE, e quello di effettività dei rimedi giurisdizionali impongono al giudice di garantire a norme vincolanti dell'Unione lo stesso effetto che viene riconosciuto alle norme nazionali, per non violare anche il principio di equivalenza. Le considerazioni così svolte trovano conferma nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dalla quale emerge la possibilità di applicare la Carta dei diritti fondamentali in rapporti orizzontali tra individui⁷¹. È appunto il caso dell'art. 47 della Carta che, insieme all'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, declina il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva⁷², imponendo a tutti gli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, una tutela giurisdizionale effettiva.

Il riconoscimento della legittimazione all'azione di ripetizione troverebbe dunque fondamento nella presenza nell'ordinamento europeo di una regola, nella specie l'art. 47 della Carta, che, una volta disapplicata la norma interna per l'incompatibilità dichiarata sulla base dell'interpretazione della Corte, tutela, con effetto diretto, la posizione

⁶⁹ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza dell'8 marzo 2019, n. 6882](#).

⁷⁰ Per tutte, Tribunale di Milano, sentenza 4572/2022, cit.

⁷¹ Così, per tutti, E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., p. 235, nonché, in generale, M. MANFREDI, *La promozione e la tutela dei diritti economici e sociali nell'Unione europea*, Bari, 2022, p. 67 ss.

⁷² Corte di giustizia, sentenza del 17 aprile 2018, [causa C-414/16](#), *Vera Egenberger*, EU:C:2018:257, punto 80.

giuridica del singolo anche nei rapporti con altri privati, senza che venga in gioco la direttiva che ha funzionato come parametro di legittimità della norma interna⁷³. Quando quest'ultima è stata rimossa, l'esistenza del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva determina di per sé, e non per il tramite della direttiva, la possibilità che il diritto alla ripetizione possa essere fatto valere anche nell'ambito dei rapporti tra privati⁷⁴.

Il fatto che il diritto dell'Unione si opponga («osta») all'applicazione di una certa norma avrebbe quindi come conseguenza la sua esclusione dall'ordinamento, con possibilità, in virtù dei richiamati principi, di ricorrere agli usuali strumenti previsti per le fattispecie interne.

Nel caso in disamina, la soppressione della norma interna per effetto della interpretazione della direttiva da parte della Corte di giustizia produce, tuttavia, sul piano dell'effettività dei rimedi giurisdizionali, effetti diversi da quelli conseguenti alla avvenuta abrogazione della stessa norma, tanto che, come nel nostro caso, ad avvalersene può essere solo il singolo destinatario della decisione di disapplicazione, non avendo quest'ultima efficacia *erga omnes*.

Il quesito potrebbe essere, ad esempio, a questo punto, ancora più radicale, riferito cioè, come già accennato, alla stessa preclusione del diritto ad ottenere il rimborso delle somme riscosse direttamente dallo Stato⁷⁵.

La stessa Corte di giustizia⁷⁶, con riferimento ad una domanda di rimborso di un'imposta indebitamente riscossa formulata dal soggetto su cui essa era stata ripercossa, perché versata alla autorità tributaria da un terzo, ha affermato che il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può opporsi alla relativa domanda di rimborso a meno che detto soggetto non «possa, sulla base del diritto interno, esperire una azione civilistica per la ripetizione dell'indebito nei confronti del soggetto passivo e purché il rimborso da parte di quest'ultimo dell'imposta indebitamente riscossa non sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile»⁷⁷. Ove poi il «rimborso da parte del soggetto passivo risultasse impossibile o eccessivamente difficile», il principio

⁷³ In tali circostanze, come precisa D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2019, n. 3, reperibile [online](#), pp. 1-42, spec. p. 24, «la norma del diritto dell'Unione è giustiziabile, si presta cioè all'applicazione immediata, da parte del giudice (o dell'autorità amministrativa)».

⁷⁴ Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2018, [causa C-684/16](#), *Max Planck*, EU:C:2018:874.

⁷⁵ Non mancano del resto pronunce di giudici tributari di primo e secondo grado in cui, stante l'impossibilità, asserita dal privato, dell'azione di ripetizione nei confronti del fornitore, in ragione del divieto di efficacia orizzontale della disapplicazione della norma interna, è stata ammessa l'azione di rimborso rivolta direttamente nei confronti dell'amministrazione finanziaria. La Cassazione ha sempre respinto tale ricostruzione sulla base della diversa natura del rapporto e del fatto che comunque il principio di effettività è comunque rispettato: in tal senso, le ordinanze gemelle, della sezione tributaria, del 25 ottobre 2022, nn. 31609, 31612 e 31618. In precedenza, per tutte, Corte di cassazione, sez. trib., ordinanza del 18 dicembre 2019, n. 33603, punto 2.6.1.

⁷⁶ Corte di giustizia, sentenza del 20 novembre 2011, [causa C-94/10](#), *Danfoss*, EU:C:2011:674.

⁷⁷ *Ivi*, punto 28.

di effettività impone che il soggetto su cui si è ripercosso l'onere impositivo «debba essere in grado di agire per il rimborso direttamente nei confronti delle autorità tributarie e che, a tal fine, lo Stato preveda gli strumenti e le modalità procedurali necessari»⁷⁸. Al riguardo, già si è rilevato come la Corte di cassazione abbia ripetutamente affermato che l'attuale sistema garantisce la tutela effettiva del consumatore⁷⁹ e che comunque questi avrebbe sempre il diritto al risarcimento del danno eventualmente subito. Tuttavia, tale affermazione muove sempre dal presupposto, messo in discussione nella citata ordinanza del Tribunale di Milano del 4 novembre 2022, che sia possibile l'azione di ripetizione dell'indebito, fatte salve ipotesi eccezionali in cui sarebbe possibile agire nei confronti dell'erario, fra le quali non sarebbe però contemplata l'ipotesi che ad impedire tale azione sia il divieto di effetti orizzontali.

Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza prevalente del Tribunale di Milano hanno trovato conferma nelle sentenze della Corte di appello di Milano, sez. III. In particolare, nella sentenza del 21 ottobre 2022, n. 3322, nel rigettare i motivi di impugnazione, i giudici d'appello premettono che «[l]e questioni giuridiche sottese alla presente impugnazione sono già state esaminate e risolte come da precedenti pronunce emesse dalla terza sezione di questa Corte, in espressione di un orientamento condiviso, cui questo collegio intende dare continuità». Proseguendo quindi secondo il consueto iter argomentativo, la Corte riconosce alle pronunce interpretative della stessa Corte di giustizia efficacia *erga omnes*. La conseguenza è quella affermata ripetutamente dalla Suprema Corte e costantemente richiamata dai giudici di prime cure, ovvero che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare le disposizioni dell'ordinamento interno che, rivelatasi impossibile una loro interpretazione in senso conforme alla direttiva, risultino in contrasto e incompatibili con essa. Il tutto non quale conseguenza degli effetti diretti della direttiva, bensì come risultato dell'interpretazione imposta dalle sentenze della Corte di giustizia⁸⁰ dalle quali è emerso, a seguito di una valutazione in via incidentale del rapporto tributario, presupposto della domanda di ripetizione, il contrasto della norma interna col diritto UE per l'assenza del requisito rappresentato dal perseguimento di finalità specifiche. Infine, viene ricordato come la stessa Corte di giustizia abbia affermato il diritto del consumatore

⁷⁸ *Ivi*, punto 29.

⁷⁹ Per tutte, Corte di cassazione, sez. trib., [sentenza del 21 luglio 2020, n. 15506](#), punto 5.4.2 ss.

⁸⁰ Al riguardo la stessa Corte d'appello, sentenza del 24 luglio 2023, n. 2449, osserva che è «proprio l'efficacia anche "orizzontale" delle pronunce della corte di Giustizia relative alla direttiva 2008/118/CE che consente al consumatore finale di agire nei confronti della società fornitrice»: ci pare evidente la confusione operata tra efficacia orizzontale intesa come efficacia *erga omnes* della sentenza della Corte di giustizia ed effetto orizzontale della direttiva oggetto di interpretazione, potendo l'interpretazione della stessa Corte operare nel rapporto tra privati ai fini della disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato, unicamente nell'ambito di una interpretazione adeguatrice, ove ne ricorrano le condizioni. Nella medesima sentenza viene anche espressamente escluso che il diritto del consumatore ad agire nei confronti del fornitore possa essere una conseguenza degli effetti riflessi «orizzontali cd. negativi» della disapplicazione della norma interna nell'ambito del giudizio (incidentale) relativo al rapporto verticale tra fornitore e Stato.

finale ad agire per la «ripetizione d'indebito dell'accisa» nei confronti del fornitore, soggetto passivo d'imposta, che, se condannato a restituire all'utente le somme già da lui corrisposte all'Agenzia delle Dogane, potrà, a sua volta, proporre l'azione di recupero verso l'Agenzia stessa⁸¹.

La questione della natura del rapporto nel cui ambito vengono fatti valere tanto l'illegittimità della norma impositiva quanto il diritto alla ripetizione è stata espressamente considerata nella sentenza della Corte d'appello di Torino, del 22 settembre 2022⁸², con la quale, riformando l'ordinanza del Tribunale di Torino del 20 aprile 2021, è stata accolta la domanda di ripetizione dell'utente consumatore nei confronti del fornitore di energia elettrica. Le motivazioni sulla base delle quali il Tribunale aveva respinto la domanda erano ancora una volta riconducibili principalmente al divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive, che non consentirebbe la disapplicazione della norma interna in una controversia tra privati in quanto diversamente si finirebbe per riconoscere in capo ad un privato, quale il fornitore di energia, un obbligo, consistente nella restituzione all'utente finale delle somme percepite a seguito dell'esercizio della rivalsa di cui all'art. 16, comma 3, del TUA, che, in assenza della norma europea, non vi sarebbe.

La Corte d'appello ha anche ritenuto che l'applicazione del diritto comunitario, comportando la disapplicazione della norma interna, operi, in via «verticale» in relazione al rapporto tributario intercorrente tra il fornitore (soggetto passivo d'imposta) e lo Stato (creditore d'imposta), che, a sua volta, rappresenta il presupposto del rapporto di rivalsa tra i privati. Il venire meno, per effetto dell'operare della direttiva, del rapporto di debenza, di natura tributaria, dell'addizionale da parte del fornitore all'amministrazione finanziaria rende illegittima la rivalsa, di natura privatistica, e indebito il pagamento effettuato dal consumatore finale al fornitore. Ne consegue che il diritto comunitario non incide di per sé sul rapporto di rivalsa posto che «il consumatore non deve al fornitore l'imposta, ma il mero equivalente economico che il secondo può “ribaltare” sul primo quale componente del costo dell'energia elettrica». Ad essere in discussione, seppure in via meramente incidentale, è invece il rapporto tributario, ovvero la debenza dell'imposta da parte del fornitore all'erario, che comporta «un'applicazione verticale (Stato/privato) e non orizzontale (privato/privato) del diritto comunitario».

⁸¹ Le medesime argomentazioni già comparivano nella sentenza, fra le tante, della stessa sezione del 19 maggio 2022, n. 1704, dove viene peraltro anche affermata l'irrelevanza della circostanza che la giurisprudenza della Corte di giustizia, richiamata ai fini della disapplicazione della norma interna, fosse riferita a «controversie in cui venivano in rilievo effetti diretti verticali (privato contro Stato) e non orizzontali». L'efficacia *lato sensu* normativa attribuita dalla Corte di cassazione alle sentenze interpretative della Corte di giustizia impone, infatti, al giudice nazionale «di disapplicare le disposizioni di diritto interno che con esse si pongano in contrasto, e tale principio trova applicazione sia nei rapporti “verticali” tra privati e amministrazione dello Stato sia nei rapporti “orizzontali” tra privati».

⁸² Corte d'appello di Torino, sentenza 1009/2022, cit.

In definitiva, dall'analisi della giurisprudenza di merito, in specie di rito ambrosiano, emerge il convincimento che la possibilità per il consumatore di agire nei confronti del fornitore, senza che possa essergli opposto il divieto di effetti orizzontali, si fonda sull'interpretazione della Corte di giustizia, che costituisce una autonoma fonte del diritto con efficacia *erga omnes*, sul principio di effettività e sul fatto che la disapplicazione della norma interna incide sul rapporto tributario tra l'erario e il fornitore e quindi solo indirettamente sul rapporto di traslazione tra il fornitore e l'utente che a seguito di tale disapplicazione rimane privo di giustificazione. A ciò si aggiunge, ad opera, in particolare, della Corte d'appello di Torino, la considerazione, più generale, che quella di cui si discute in merito alla azione di ripetizione non è una questione relativa all'incidenza della direttiva in un rapporto orizzontale tra privati, ma solo l'effetto della valutazione di contrarietà della norma interna alla direttiva, così come accertata, in via «meramente incidentale», nell'ambito di un rapporto fra Stato e privato «ed in funzione dei suoi riflessi sulla legittimità della rivalsa».

Soprattutto, appare sempre più evidente come nella giurisprudenza di merito, che riprende sul punto largamente i principi enunciati dalla Suprema Corte in materia fiscale, l'affermazione dell'efficacia *lato sensu* normativa delle sentenze interpretative della Corte di giustizia debba essere necessariamente intesa in maniera coerente con l'obbligo di interpretazione adeguatrice del diritto interno al principio enunciato nelle sentenze stesse, cui, altrimenti, verrebbe di fatto attribuita una efficacia diretta che non le è propria, essendo questa eventualmente riconducibile alla norma così interpretata. Tale prospettiva, che impone di considerare l'ordinamento nel suo complesso, anche in una prospettiva di effettività dei suoi rimedi, emerge con chiarezza nelle ultime pronunce della Corte d'appello di Milano, dove viene affermato che «la disapplicazione dell'art. 6 comma 2 del DL 511/1988 deriva dal rispetto dell'interpretazione adeguatrice imposta dalle sentenze della Corte di giustizia UE e non quale effetto della immediata esecutività della direttiva comunitaria 2008/112/CE. Infatti la cassazione ha affermato il principio di diritto su esposto che tiene conto proprio dell'efficacia *lato sensu* normativa attribuita alle pronunce interpretative della Corte di giustizia UE che vincola il giudice nazionale, imponendogli di disapplicare le disposizioni di diritto interno che si pongano in contrasto, e tale principio trova applicazione sia nei rapporti “verticali” tra privati e Amministrazione dello Stato sia nei rapporti “orizzontali” tra privati»⁸³. Da parte sua la Corte d'appello di Venezia, nella già ricordata sentenza dell'11 aprile 2023, si limita a richiamare la giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui, anche nel caso in cui la direttiva 2008/112/CE non fosse ritenuta *self-executing*, l'interpretazione del diritto comunitario fornita dalla Corte di giustizia, in quanto immediatamente applicabile nell'ordinamento interno, imporrebbe al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni

⁸³ Corte d'appello di Milano, sentenza 30531/2023, cit.; con motivazione analoga, si veda anche, della stessa Corte, sentenza 189/2023, cit., e sentenza del 23 ottobre 2023, n. 3506 (inedita).

di tale ordinamento che, pure all'esito di una corretta interpretazione, risultino in contrasto o incompatibili con la direttiva stessa. Col che il confine tra le fattispecie in cui si determina una «diversa» applicazione della norma interna a seguito di sua interpretazione conforme⁸⁴ o, invece, una sua (vera e propria) disapplicazione per effetto del (solo) principio del primato del diritto dell'Unione diviene oltremodo incerto, se riferito al caso concreto, ingenerando indubbia confusione.

A mancare è una coerente prospettazione del ricorso al criterio ermeneutico dell'interpretazione conforme sia nella giurisprudenza di legittimità⁸⁵, in materia tributaria, sia nella giurisprudenza di merito, in materia civile, come se i giudici fossero frenati dal timore di evocare il rischio di una possibile interpretazione *contra legem*. Questa preoccupazione viene superata dalla affermazione, in termini apodittici, dell'obbligo per il giudice di disapplicare le disposizioni nazionali che risultino «in contrasto o incompatibili», senza avvertire che le due questioni – interpretazione conforme della norma interna e sua disapplicazione ove tale conformità non possa essere assicurata – vanno tenute distinte e hanno soluzioni diverse. In realtà, soffermandoci sul primo dei due profili, è vero che il principio di interpretazione conforme «non può servire da fondamento di una interpretazione *contra legem* o contraria a principi generali del diritto del diritto della normativa nazionale»⁸⁶. L'obbligo dell'interpretazione conforme viene perciò meno quando la norma interna appaia assolutamente confliggente con quella sovranazionale, non essendo consentito al giudice di attribuire alla disposizione nazionale oggetto di interpretazione un significato comunitariamente compatibile che sia in contrasto con il suo tenore letterale, considerato però nel suo contesto. È infatti altrettanto vero che il giudice nazionale, al fine di assicurare l'effetto utile della direttiva, deve prendere in considerazione il diritto nazionale nella sua interezza per valutare la rilevanza di tale «incompatibilità» e per verificare se esso può essere applicato in modo coerente con la norma comunitaria in questione e senza contraddirne gli obiettivi, fermo restando che, comunque, lo stesso giudice ha una competenza esclusiva⁸⁷ in ordine alla valutazione di un possibile ricorso all'interpretazione conforme. Al giudice nazionale viene così affidato «un compito non indifferente che presuppone una capacità interpretativa non

⁸⁴ Quella che consegue all'interpretazione della normativa interna conformemente al testo di una direttiva non è infatti una disapplicazione delle disposizioni della prima bensì una loro applicazione «corretta»: al riguardo, si veda A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in *Eurojus*, 2023, reperibile [online](#), pp. 95-121, spec. p. 103.

⁸⁵ Nel senso che il «canone esegetico dell'interpretazione conforme del diritto interno dell'Unione costituisce patrimonio ormai acquisito nella giurisprudenza» della Suprema Corte, v. Corte di cassazione, sez. lavoro, [sentenza dell'11 ottobre 2022, n. 29570](#), punto 4.8.

⁸⁶ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 16 giugno 2005, [causa C-105/03, Pupino](#), EU:C:2005:386, punto 47; più recentemente, *ex multis*, sentenza del 4 maggio 2023, [causa C-78/22, DY](#), EU:C:2023:379, punto 39 ss. Nello stesso senso, Corte costituzionale, [sentenza del 22 dicembre 2022, n. 263](#), Considerato in diritto, punto 12. In dottrina, per tutti, da ultimo, A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare*, cit.

⁸⁷ *Ex multis*, Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 24 gennaio 2012, [causa C-282/10, Dominguez](#), EU:C:2012:33, punto 25 ss.

priva di elementi di creatività» perché volto ad operare una sintesi tra la formula legislativa interna e la disposizione dell'Unione, «indirizzando la prima nella direzione imposta dalla seconda»⁸⁸.

A tal fine viene sicuramente in rilievo l'individuazione dell'intenzione del legislatore italiano, sulla base di una interpretazione d'ordine sistematico in cui l'intervenuta abrogazione della norma interna per presumibile contrasto con la disciplina comunitaria, quale poi sancito dalla giurisprudenza di legittimità, può assumere un peso determinante in una considerazione globale del «sistema giuridico», comprensivo dei rimedi sostanziali e processuali complessivamente disponibili nell'ordinamento. In questa prospettiva, che tiene conto dell'intero sistema delle fonti, diviene decisivo il riferimento all'art. 29, comma 2, della citata legge n. 428/1990⁸⁹, che prevede espressamente il «rimborso» di diversi tipi di tributi se «riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie». Rientrando l'imposta in discorso fra i tributi per i quali è previsto il rimborso se ritenuti incompatibili col diritto dell'Unione, è da ritenere, nel quadro di una interpretazione sistematica e teleologica, che tale disposizione consenta già di per sé di disapplicare la norma interna istitutiva dell'imposta. Ad autorizzare tale operazione è la stessa intenzione del legislatore, volta ad evitare che, in definitiva, un'imposta, la cui contrarietà alla direttiva risulta dall'interpretazione della Corte di giustizia, così come recepita dalla giurisprudenza consolidata di legittimità, permanga nell'ordinamento giuridico nazionale, impedendo il funzionamento del meccanismo di rimborso da parte del fornitore che, a sua volta, non può ottenere la restituzione dallo Stato. Si deve, in particolare, presumere che il legislatore, così facendo, abbia voluto prevedere lo strumento per adempiere pienamente agli obblighi derivanti dalle direttive che sarebbero venute di volta in volta in considerazione e di conseguenza il giudice può intendere la disposizione in oggetto come appositamente adottata al fine di dare attuazione, ai fini pur limitati del rimborso, alla singola direttiva così come interpretata dalla Corte di giustizia⁹⁰.

Diversamente si priverebbe di effettività la tutela imposta dalla fonte sovranazionale e realizzata nel citato art. 29, comma 2, mediante il riconoscimento, in termini generali, dello stesso diritto al rimborso, così come ora declinato nella fattispecie specifica dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica. Sta di fatto che, in tale contesto, una volta stabilito che, per giurisprudenza consolidata, l'interpretazione della Corte di

⁸⁸ R. BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, pp. 28-48, spec. p. 41.

⁸⁹ Per un commento, anche con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, P. NASINI (a cura di), *Addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica. Legittimità e rimborso al consumatore finale*, 16 marzo 2022, reperibile [online](#) e M. SCUFFI, *I rapporti tra la giurisdizione tributaria e l'ordinamento comunitario: i poteri del giudice tributario nell'interpretazione ed applicazione del diritto comunitario*, in *Il Fisco*, 2005, n. 42, pp. 6529-6541.

⁹⁰ In merito, si veda Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 2004, [cause riunite da C-397/01 a C-403/01](#), *Pfeiffer*, EU:C:2004:584, punto 112 ss.

giustizia, in assenza di una modulazione temporale dei suoi effetti operata dalla stessa Corte, si impone anche con riguardo ai rapporti sorti e costituiti prima della intervenuta abrogazione⁹¹, il giudice adito, preso atto che anch'essi sono da ritenersi incompatibili e come tali soggetti all'obbligo di rimborso, dovrebbe disapplicare la norma interna che costituisce l'ostacolo ad una interpretazione dell'ordinamento interno in senso conforme al dettato comunitario, a prescindere dalla formulazione della stessa norma⁹².

È evidente che una piena adesione all'interpretazione conforme ricondurrebbe ad unità il ragionamento oggi bifasico, con altrettanto evidente semplificazione sul piano pratico. Con l'utilizzo di detto principio (interpretazione «adeguatrice» nel linguaggio della Corte d'appello di Milano⁹³) verrebbe anche superata ogni possibile obiezione in merito, anzitutto, alla possibilità di disapplicare la norma interna istitutiva dell'imposta per contrarietà ad una disposizione priva di efficacia diretta, pur nell'ambito, come ipotizzato nel caso di specie, di un rapporto verticale, e, in secondo luogo, agli effetti mediati di detta disapplicazione che conseguirebbero, sul piano orizzontale, alla sua applicazione, nel momento in cui si riconosce la legittimazione dell'utente ad agire per ripetizione dell'indebito nei confronti del fornitore.

L'attuale orientamento giurisprudenziale maggioritario, fondato su una attività ermeneutica, presenta pur sempre profili di criticità quando si debba valutare la sussistenza di limiti dell'effetto di «torsione» che la norma interna subisce per divenire conforme alla norma europea. È peraltro evidente che, venendo tali limiti posti dalla giurisprudenza comunitaria⁹⁴ a tutela non solo della attribuzione nei trattati di effetti diversi alle varie fonti secondarie, ma anche dell'ordinamento interno di volta in volta interessato, nulla esclude, sotto questo secondo profilo, che il singolo ordinamento, in base ai propri principi⁹⁵, e non per imposizione del diritto sovranazionale, accolga una

⁹¹ Così, da ultimo, Corte di giustizia, sentenza del 20 aprile 2023, [causa C-348/22](#), *Comune di Ginosa*, EU:C:2023:301, punto 73 e giurisprudenza ivi citata.

⁹² Come è stato rilevato, in tal modo «si realizza un effetto orizzontale indiretto delle direttive le cui norme vengono immediatamente applicate dal giudice nazionale ai rapporti tra privati attraverso l'interpretazione conforme del diritto interno, che è teleologicamente orientata alla realizzazione dei risultati prescritti dalla singola direttiva e, più in generale, dall'intero ordinamento dell'Unione. Pertanto, i risultati pratici cui si perviene con l'obbligo in questione non sono molto diversi da quelli che si realizzerebbero con l'affermazione pura e semplice dell'effetto diretto, in fatto riducendosi le differenze di conseguenze tra effetto orizzontale e verticale»: G. TESAURO (a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. I, Napoli, 2021, p. 265.

⁹³ Così, per tutte, Corte d'appello di Milano, sentenza 189/2023, cit.

⁹⁴ Per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 17 marzo 2022, [causa C-232/20](#), *Daimler AG*, EU:C:2022:196, punto 76 ss.

⁹⁵ Nel senso che la possibilità di una interpretazione *contra legem* sia «matter of national law» e che, ove il diritto nazionale lo consenta, «the domestic court is allowed to proceed with it and, arguably, under the principle of equivalence, also obliged to do so», S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in C. BARNARD (edited by), *The Fundamentals of EU Law revisited: Assembling the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, 2007, pp. 35-69, spec. p. 50 in nota. Nel senso che i limiti alla possibilità di interpretazione conforme siano posti dallo stesso diritto dell'Unione e non siano derogabili a livello nazionale, tanto che lo stesso giudice comunitario può accertare se nel caso oggetto del rinvio una interpretazione conformatrice della norma nazionale andrebbe oltre la

nozione di interpretazione conforme talmente lata da superare eventuali profili di incertezza che sussisterebbero alla luce, invece, della richiamata giurisprudenza comunitaria. Ciò potrebbe verificarsi, nel caso del nostro sistema giuridico, quando il contrasto della norma interna, della cui disapplicazione si discute, con la fonte del diritto dell'Unione sia stato confermato dalle pronunce della Corte di giustizia e dalla giurisprudenza di legittimità. Il tutto al fine di assicurare l'effetto utile sia della norma comunitaria sia, alla stessa stregua, del sistema di garanzie interne poste a salvaguardia del riconoscimento del diritto al rimborso in caso di incompatibilità con il diritto dell'Unione, espressamente stabilito all'art. 29 della legge comunitaria del 1990.

Se è certamente sostenibile la coerenza dell'interpretazione qui suggerita con i principi generali del nostro ordinamento, tra cui quello della tutela giurisdizionale effettiva⁹⁶, rimane però la convinzione che, in un caso come quello dell'imposta

littera legis, si veda Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 12 ottobre 2022, [causa T-502/19, Corneli](#), EU:T:2022:627, punto 103 ss., spec. punto 107. La fattispecie in oggetto presentava però delle peculiarità. Ai sensi dell'art. 263 TFUE, riguardava, infatti, la legittimità di un atto della BCE in attuazione del diritto dell'Unione contrastante con la normativa interna italiana e il rischio era che un'interpretazione conformatrice potesse determinare degli effetti verticali inversi nei confronti del privato. In realtà, a prescindere dai termini utilizzati nella disposizione nazionale in contrasto con la direttiva, quella dell'interpretazione conforme è una attività che il giudice nazionale svolge secondo i canoni del proprio ordinamento, dovendo però bilanciare tale principio ermeneutico con altri principi e diritti fondamentali posti dall'ordinamento UE a tutela dei singoli, con i limiti che ne derivano ove le conseguenze dell'interpretazione finissero per ledere tali altri principi e diritti. Per un commento, A. MAGLIARI, *L'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE: i nodi vengono al pettine*, in *Giornale di diritto Amministrativo*, 2023, pp. 213-223.

⁹⁶ L'obbligo di interpretazione conforme, del resto, si fonda proprio sul concorso dei vari principi di leale collaborazione degli Stati verso l'Unione, di effettività del diritto comunitario e del primato, tutti in diversa misura richiamati nella giurisprudenza esaminata, a dimostrazione di come alla base vi sia il ricorso al rimedio interpretativo, seppure, come osservato, senza una sua esplicita enunciazione. Nel senso che il principio di effettività (e di equivalenza), visto nella sua interrelazione con il principio di autonomia procedurale degli Stati membri (punto 5 ss.), possa fondare un adeguamento del diritto processuale interno attraverso gli strumenti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione (punto 8.3), ogniquale volta la disposizione in oggetto non consenta «un'interpretazione che si possa discostare dal tenore dell'enunciato» (punto 8.3.2), ove sia in gioco la tutela «effettiva» del consumatore (punto 8.3.1), Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 6 aprile 2023, n. 9474, dove la Corte si fa carico di chiarire, in funzione nomofilattica, quali siano i rapporti tra l'ordinamento europeo e quello interno e quale attività il giudice nazionale deve quindi porre in essere per operare la necessaria saldatura tra i due ordinamenti. Al riguardo, si veda A. CORRERA, *Natura ed effetti*, cit., p. 191 s., secondo la quale «il principio di autonomia processuale deve essere interpretato nel senso che le categorie e gli istituti di diritto processuale interno possono conservare il proprio fisiologico spazio applicativo là dove sia possibile rinvenire nel sistema e, fintanto che lo sia, l'apparato giurisdizionale che garantisca appieno l'effettività del diritto dell'Unione; diversamente, ove ciò non sia possibile, l'autorità delle sentenze della Corte di giustizia e con essa la primazia del diritto dell'Unione giustificano adattamenti di tale disciplina in conformità a tale diritto in funzione della posizione soggettiva da esso regolata» (p. 192). La pronuncia delle sezioni unite è stata criticata in dottrina dal momento che l'estensione operata dell'interpretazione adeguatrice, pur apprezzabile perché consente di evitare la formale disapplicazione della norma interna, comportando di fatto «l'istituzione di nuovi rimedi nell'ordinamento processuale», ha integrato di fatto «una scelta di politica legislativa (e non giudiziaria)»: P. FARINA, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, in *Il Foro Italiano*, 2023, cc. 1474-1486, spec. c. 1485. Semmai è invece da chiedersi se, ove non avesse ritenuto percorribile la strada dell'interpretazione adeguatrice, la Suprema Corte sarebbe giunta comunque alla medesima conclusione mediante il richiamo al solo principio di effettività ed equivalenza, direttamente

addizionale in esame, il ricorso al principio dell'interpretazione conforme possa presentare dei profili di incertezza e soprattutto che non sia l'unica opzione. Ove, infatti, il ricorso al metodo interpretativo si rivelasse, per qualsivoglia motivo, non attuabile, per il fatto, ad esempio, che si giungesse alla conclusione che l'interpretazione adeguatrice, intesa in una accezione d'insieme e sistematica, sconfini, nel caso di specie, in una lettura in qualche misura «creativa»⁹⁷ della normativa interna e vada così oltre il potere ermeneutico del giudice, sarebbe comunque praticabile una soluzione diversa, basata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di effetti riflessi della direttiva, che pure a tratti compare nella giurisprudenza dei giudici di merito, senza però essere oggetto di adeguata valorizzazione.

5. Per una diversa prospettazione: l'effetto di esclusione e gli effetti riflessi.

Come emerge dalle considerazioni finora svolte, ad una conclusione favorevole al consumatore, in presenza di una controversia orizzontale, si può pervenire mediante, ove possibile, una interpretazione della normativa interna conforme alle prescrizioni del diritto secondario comunitario (nella specie una direttiva), oppure mediante il risarcimento del danno, ove la prima strada non si rivelasse percorribile. La contrarietà della norma interna alla direttiva potrebbe essere invece fatta valere solo nei confronti dello Stato (c.d. effetto «verticale ascendente»), con conseguente sua disapplicazione, sempre che la disposizione UE sia dotata di efficacia diretta, salvo ritenere che, per conseguire tale risultato, sia sufficiente l'operare del principio del primato e non occorra quindi che la direttiva abbia carattere incondizionato e preciso. Ad opporsi, comunque,

applicabile e più volte evocato nella sentenza. In realtà, come già osservato a proposito della giurisprudenza di merito di rito ambrosiano, l'effettività pare destinata ad operare più come giustificazione dell'estensione dei confini dell'interpretazione conforme che come strumento di per sé di eventuale disapplicazione della norma procedurale interna, stante il limite posto dalla autonomia di cui godono gli Stati al riguardo. Il tutto a conferma del fatto che se da un lato l'interpretazione conforme è preferibile al binomio effetto diretto-disapplicazione, anche solo per il fatto che è utile a «ridimensionare il divieto di effetto diretto delle direttive in controversie tra soggetti privati» (L. CECCHETTI, *Verso i cinquant'anni*, cit., p. 128), dall'altro, quella del vincolo dell'interpretazione conforme rimane sicuramente una delle questioni ancora aperte nonostante il lungo percorso compiuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla portata ed efficacia delle direttive, anche, e soprattutto, in tema di efficacia orizzontale: in merito, si veda F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021, per una attenta ricostruzione di una giurisprudenza in materia di efficacia diretta che «continua ad essere del tutto insoddisfacente» (p. 59), tanto che l'incertezza «continua a regnare sovrana» (p. 60).

⁹⁷ Nel senso che l'attività interpretativa non possa «risolversi in un'attività di carattere creativo», che miri a «conciliare l'inconciliabile», A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare*, cit., p. 100. Nel senso che la soluzione interpretativa delle sezioni unite nella sentenza del 6 aprile 2023, n. 9474, cit., si fondi su «un principio di diritto creativo», privo, come tale «di valenza precettiva», E. D'ALESSANDRO, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. dell'art. 650 c.p.c.*, in *Giurisprudenza.it*, 2023, pp. 1060-1068, spec. p. 1068. Sulla teoria «creativa» dell'interpretazione, si veda F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, pp. 1093-1123, spec. p. 1110 ss.

alla disapplicazione della norma interna per contrarietà ad una direttiva in una controversia tra privati sarebbe, come già in più occasioni rilevato, il divieto di effetto diretto orizzontale, a prescindere dalla efficacia diretta o meno della direttiva stessa.

Tornando al caso della addizionale provinciale all'accisa, a giustificare l'azione di ripetizione del consumatore nei confronti del fornitore potrebbe essere, dunque, il ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme, che nega in radice il conflitto tra le due discipline, specie alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia che indica la volontà di estendere l'ambito di applicazione di tale rimedio⁹⁸. A tal fine vengono dilatati i poteri attribuiti al giudice nazionale, cui spetta procedere ad una interpretazione sistematica non solo delle disposizioni che recepiscono la direttiva, bensì del diritto nazionale nel suo complesso, per valutare in quale misura esso possa essere applicato, in modo da non sfociare in un risultato contrario a quello cui mira la direttiva, per giungere, ove occorra, ad una ricostruzione della fattispecie coerente, sul piano della sua disciplina, con la norma comunitaria di riferimento. In altri termini, sussiste per il giudice un obbligo di interpretare e conseguentemente applicare la disciplina interna alla luce del testo e dello scopo della direttiva, onde cercare di conseguire ugualmente il risultato perseguito e conformarsi pertanto all'obbligo di interpretazione conforme, o adeguatrice, o addirittura integratrice⁹⁹. Tale obbligo – ed è questo che rileva per la presente indagine – è invocabile a fini interpretativi sia nelle controversie «verticali» che in quelle «orizzontali»; ne consegue¹⁰⁰ che il giudice nazionale è tenuto, al fine di giungere ad espungere la norma interna non compatibile con la direttiva recepita in maniera non corretta, ad interpretare l'intero complesso delle disposizioni applicabili alla fattispecie per conseguire così, in virtù del dovere imposto dall'art. 4, par. 3, TUE, il risultato conseguente alla accertata illegittimità, senza considerare gli effetti riflessi, ovvero le «semplici ripercussioni negative»¹⁰¹, anche se certe, sui diritti dei terzi¹⁰². È

⁹⁸ Al riguardo, in senso critico rispetto alla (nuova) giurisprudenza della Corte di giustizia volta a ridurre l'ambito di applicazione del limite del *contra legem*, L. NIGLIA, *Conforming Interpretation*, in *European Review of Private Law*, 2022, pp. 635-658.

⁹⁹ Nel senso che le lacune lasciate dalla disapplicazione nell'ordinamento nazionale possono essere colmate in virtù dell'applicazione del requisito di proporzionalità, Avvocato generale Bobek, conclusioni del 23 settembre 2021, [causa C-205/20](#), NE, EU:C:2021:759, punto 62. Per un commento, S. MONTALDO, *Handle with care! The direct effect of the requirement of proportionality of sanctions and the remedy of disapplication*: NE v. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld, in *Common Market Law Review*, 2023, pp. 863-886.

¹⁰⁰ Per considerazioni in merito all'ordine logico dell'*iter* argomentativo, si veda R. BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme*, cit., p. 36 ss. È peraltro indubbio che la giurisprudenza della Corte di giustizia si sia evoluta nella direzione di ritenere, nell'ambito dell'affermazione della preminenza del diritto dell'Unione, che la questione dell'effetto diretto della disposizione comunitaria, con conseguente possibilità di disapplicazione di quella interna, sia secondaria rispetto a quella della possibilità di interpretare quest'ultima in conformità alla prima.

¹⁰¹ Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, [causa C-201/02](#), *Wells*, EU:C:2004:12, punto 57.

¹⁰² In merito, si veda S. AMADEO, *Norme giuridiche comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 198 ss.

questa, del resto, l'indicazione che si può trarre, ad esempio, già dal caso *Marleasing*¹⁰³, dove «la Corte parrebbe intendere per “interpretazione conforme” un vero e proprio obbligo, a carico del giudice nazionale, di “scartare” l'applicazione della norma interna non compatibile con la direttiva non recepita o recepita in maniera non corretta»¹⁰⁴.

Esemplificativa di tale orientamento è la sentenza del 12 gennaio 2023, nel caso *D. V.*¹⁰⁵, dove era in discussione la valutazione del carattere abusivo di talune clausole contrattuali relative alla fissazione su base oraria del compenso dovuto dal consumatore al proprio avvocato per i servizi legali da quest'ultimo prestati. La Corte ha, infatti, ritenuto che l'attività di interpretazione potesse incidere sulla regolamentazione del rapporto contrattuale tra le parti in maniera tale che, dovendo essere ripristinata la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola giudicata abusiva, la conseguenza poteva anche essere che il professionista rimanesse senza compenso per i servizi forniti.

Per quanto estesa possa essere l'applicazione del principio di interpretazione del diritto interno in conformità con le prescrizioni del diritto dell'Unione, si può tuttavia obiettare che essa non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto interno, come potrebbe accadere laddove il giudice italiano «ignorasse» il disposto della norma interna istitutiva dell'imposta poi abrogata. Già peraltro si è osservato come tale obiezione potrebbe essere superata in ragione di una nozione particolarmente lata del principio di interpretazione conforme accolta dalla nostra giurisprudenza. Non può neppure escludersi che la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della disciplina italiana¹⁰⁶, si pronunci nel senso della possibilità di applicare anche nel caso in esame il principio di interpretazione conforme. Il ragionamento potrebbe essere il seguente: perché il fornitore possa chiedere il rimborso allo Stato occorre che il primo abbia già restituito il dovuto al consumatore in un contesto che vede un nesso indissolubile tra, da un lato, il rapporto civilistico (orizzontale) tra lo stesso fornitore e il consumatore e, dall'altro, il rapporto fiscale (verticale) tra il fornitore e lo Stato, in cui il divieto sancito dalla norma europea risulterebbe direttamente applicabile. Ne consegue che, una volta eliminata quest'ultima in ragione della accertata sua contrarietà, verrebbe meno anche la causa del pagamento effettuato dal consumatore. L'interpretazione dell'ordinamento nel suo complesso consentirebbe così di evitare l'effetto pregiudizievole per il consumatore che deriverebbe dal permanere nell'ordinamento giuridico nazionale, per regolare i rapporti orizzontali,

¹⁰³ Corte di giustizia, sentenza del 13 novembre 1990, [causa C-106/89](#), *Marleasing*, EU:C:1990:395.

¹⁰⁴ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte Istituzionale*, Torino, 2020, p. 313.

¹⁰⁵ Corte di giustizia, sentenza del 12 gennaio 2023, [causa C-395/21](#), EU:C:2023:14, punto 53.

¹⁰⁶ Sul rinvio pregiudiziale pendente innanzi alla Corte di giustizia sulla questione dell'efficacia orizzontale della direttiva in oggetto ([causa C-316/22](#), *Gabel Industria Tessile e Canavesi*), si veda anche, *infra*, parr. 7 e 9.

degli effetti di una imposta contraria alla direttiva. Soprattutto, un'interpretazione adeguatrice potrebbe intervenire nell'ambito del giudizio (verticale) incidentale (privato *versus* Stato), con l'effetto di rimuovere l'ostacolo costituito dalla norma istitutiva del tributo rivelatasi in contrasto con la direttiva, superando così le incertezze connesse alla disapplicazione in base unicamente al diritto dell'Unione, quando la direttiva stessa sia priva di efficacia diretta.

Tuttavia, assumendo che possa sussistere nel caso di specie un dubbio circa la sussistenza delle condizioni per l'utilizzo dello strumento dell'interpretazione conforme, è legittimo seguire un diverso percorso argomentativo, soprattutto quando, in una situazione come quella in esame, la tutela del consumatore può essere conseguita per altra via. A tal fine, occorre muovere proprio dalla constatazione di come esista un nesso tra, da un lato, il rapporto civilistico (orizzontale) tra il consumatore e il fornitore e, dall'altro, il rapporto fiscale (verticale) fra il fornitore e lo Stato, per poi rilevare come, in effetti, il limite rappresentato dal divieto di effetti orizzontali non si ponga nel caso della ripetizione dell'imposta per il fatto che quelli di cui si discute non sono propriamente effetti orizzontali. Vale a dire, secondo una diversa prospettiva, che la direttiva non definisce in alcun modo il contenuto sostanziale della relazione tra privati oggetto della controversia dal momento che la direttiva in questione non crea né diritti né obblighi per i singoli (consumatore e fornitore). Il pregiudizio per il fornitore, perché indubbiamente tale, è dovuto unicamente all'atteggiarsi della disciplina interna, o meglio alla particolare complessità del sistema delineato per il conseguimento del rimborso che, escludendo la possibilità di una azione diretta nei confronti dello Stato, impone un passaggio triangolare che coinvolge, suo malgrado, il somministratore di energia. I diritti e gli obblighi delle parti rimangono nella loro natura (contrattuale) inalterati e la (nuova) pretesa (al rimborso), fatta valere da una di esse, è conseguenza del mutato contesto normativo interno, non già del sostituirsi della disciplina comunitaria alla manifestazione della volontà delle parti stesse quale risultante nell'atto negoziale. Quello che subisce il fornitore è, quindi, solo un effetto riflesso di quella che, per sua natura, rimane una manifestazione dell'effetto diretto (verticale) che comporta, nei riguardi dello Stato, a seguito di un accertamento in via incidentale, la disapplicazione della norma (tributaria) interna per contrarietà alla direttiva.

La prova di tutto ciò è sotto gli occhi, ovvero risiede nel fatto che l'importo dell'addizionale è, ovviamente, esposto in fattura/bolletta come voce distinta («imposta addizionale provinciale»). Altrettanto ovviamente, l'addebito all'utente di tale importo attiene esclusivamente al rapporto d'imposta con il fisco che si esaurisce con l'emissione della fattura, mentre non riguarda il rapporto privatistico sottostante il concreto esercizio; il pagamento al fornitore di un importo corrispondente al tributo rimane un mero mezzo

di assolvimento (a seguito della rivalsa) di un obbligo tributario dell'utente stesso, contribuente di fatto, verso lo Stato¹⁰⁷.

Nel rapporto triangolare che così si crea, letto utilizzando le sole lenti del diritto comunitario e della sua giurisprudenza, quello che riguarda il fornitore è un mero effetto riflesso del fatto che i tributi, pur posti a suo carico, sono destinati a gravare economicamente sull'utente, il cui rapporto con lo Stato rimane l'unica situazione giuridica rilevante ai fini del diritto al rimborso. Una volta, dunque, che l'adempimento nei riguardi del fornitore si sia rivelato frutto di un'imposizione fiscale contrastante con la disciplina comunitaria, il diritto dello stesso utente al rimborso dallo Stato dell'importo indebitamente versato si riflette nuovamente, sul piano tecnico/procedurale, sul fornitore, a titolo di ripetizione.

Col che, a ben vedere, si intende che quello in discussione davanti al giudice rimane pur sempre un rapporto relativo ad una pretesa restitutoria, che vede contrapposti lo Stato ed un privato e solo indirettamente un terzo soggetto privato, che, avendo operato come «riscossore», ora deve ripetere la stessa operazione in senso inverso, essendo stata disapplicata la norma che era a fondamento della pretesa impositiva¹⁰⁸. In entrambe le circostanze, in quella attiva, di rivalsa, come pure in quella, di segno opposto, di ripetizione dell'importo indebitamente percepito, la posizione giuridica sostanziale del fornitore, nel rapporto contrattuale di fornitura concluso con l'utente, rimane inalterata.

A rilevare sono sempre e comunque gli effetti (verticali) che si producono nel caso di specie fra un privato e lo Stato, con un pregiudizio, di riflesso, per un altro privato, il fornitore d'energia. Di certo, non si può parlare di effetti diretti della direttiva su un rapporto orizzontale, non essendo in alcun modo la direttiva, considerata nel suo profilo di disciplina sostanziale, la fonte, sul piano materiale, della regolamentazione del rapporto instauratosi fra i due privati, utente e fornitore¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Anticipato dal fornitore (contribuente di diritto), l'importo viene traslato sull'utente, senza mutare la sua natura non negoziale, come si desume ancora una volta dalla dicitura che compare di regola in ogni fattura: «[i]mposte: sui consumi di energia elettrica è previsto dalla legislazione vigente il pagamento da parte del Cliente dell'imposta Erariale e delle Addizionali Enti Locali (provinciali e comunali)».

¹⁰⁸ Si veda Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, conclusioni del 7 marzo 2018, [causa C-103/17, Messer France](#), EU:C:2018:170, per il quale «[t]ale obbligo di restituzione è inteso a rimediare alle conseguenze dell'incompatibilità dell'imposta con il diritto dell'Unione, neutralizzando l'onere economico che ha indebitamente gravato l'operatore che, in definitiva, lo ha effettivamente sopportato», (punto 929).

¹⁰⁹ Per la difficoltà di ricostruire le diverse posizioni, in dottrina e giurisprudenza, in merito alla possibilità per le norme delle direttive di produrre effetti incidentali o «triangolari», si veda da ultimo, anche per i necessari riferimenti, F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 36 ss. Fra le diverse teorie, quella che più si avvicina a quanto da noi sostenuto è la teoria del «*normative impact*», in base alla quale «the central question regarding the invocability of directives is whether invoking a directive directly imposes an obligation on another individual by affecting the legal norm directly governing the dispute at hand». È così possibile superare le incertezze interpretative di una giurisprudenza comunitaria niente affatto lineare a condizione però che la «legal norm» sia intesa come disciplina sostanziale della fattispecie nel caso concreto, così come negoziata tra le parti: per tale teoria, si veda J. LINDEBOOM, *Thelen Technopark and the Legal Effects of the Services Directive in Purely Internal and Horizontal Disputes*, in *European Papers*, 2022, pp. 305-326, spec. p. 312, reperibile [online](#); in precedenza, nello stesso senso, L. SQUINTANI, J. LINDEBOOM, *The Normative Impact*

L'obiezione che potrebbe configurarsi un effetto diretto orizzontale quando l'individuo, nel nostro caso il fornitore, è leso nei suoi interessi non è dunque pertinente perché al cuore dell'effetto orizzontale c'è il conflitto tra due diritti individuali: uno è compresso, ma l'altro è assicurato dall'intervento (sostitutivo) del diritto dell'Unione che concorre a integrare il contenuto sostanziale della relazione negoziale. Nel caso in esame, tale conflitto non è derivato dall'applicazione della direttiva al rapporto tra privati, bensì dal venir meno, per effetto - questo sì - della direttiva, del presupposto impositivo che giustifica la rivalsa e che di per sé prescinde dalla relazione fra privati originata dalle peculiarità del sistema italiano di riscossione. In tali circostanze, diviene irrilevante, anzi inevitabile conseguenza indispensabile per il soddisfacimento del diritto al rimborso, che oltre al vantaggio/interesse di un singolo ci sia la compressione delle prerogative individuali/interessi di un altro soggetto.

In quest'ottica, la disapplicazione per esclusione¹¹⁰, in virtù del primato¹¹¹, a seguito di una sentenza pregiudiziale di interpretazione della Corte di giustizia, impedisce

of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions, in *Yearbook of European Law*, 2019, pp. 18-72. Di «effetto diretto incidentale», con riguardo alle c.d. «direttive di diritto pubblico», parla invece L. CECCHETTI, *Verso i cinquant'anni*, cit., p. 97 ss., distinguendo fra «rapporti triangolari», in cui gli esiti di una controversia tra un individuo e uno Stato membro si ripercuotono anche su altri soggetti privati, e detti «effetti diretti incidentali», quando, in controversie tra parti private, «una di esse invoca un obbligo procedurale di notifiche di regole tecniche, sancito in una direttiva, per escludere l'applicabilità di una regola tecnica nazionale non notificata» (p. 97).

¹¹⁰ Sul punto si veda anche D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, 2022, pp. 576-605, reperibile [online](#), per il quale l'effetto oppositivo si realizza quando la disposizione comunitaria «is invoked by the individual “only” as a parameter of legality of national law (oppositive direct effect)» (p. 598), senza che ad esso si accompagni necessariamente l'attribuzione di un diritto in capo al privato in una situazione di rapporti orizzontali.

¹¹¹ Con riguardo alla possibilità che, anche dopo la sentenza *Popławski II*, cit., sia configurabile un mero effetto di «esclusione», in caso di contrasto della norma interna con quella comunitaria, anche se priva di efficacia diretta, si veda L.S. ROSSI, *Effetti diretti*, cit., p. 22, che estende tale possibilità ai rapporti orizzontali (p. 23 ss.). Questione da tempo dibattuta (si veda già D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, 1997, p. 87 ss.), e oggi quanto mai attuale, è quella della possibile disapplicazione, per sola esclusione, della norma nazionale contraria ad una direttiva priva di efficacia diretta, sulla sola base del principio del primato. Di certo, sul punto non è stata ancora detta la parola finale, ma, come persuasivamente chiarito da L.S. ROSSI, *Effetti diretti*, cit., può ritenersi ammissibile, anche alla luce della giurisprudenza successiva alla decisione nel caso *Popławski*, il prodursi del mero effetto ostativo, sussistendo invece un rapporto biunivoco tra efficacia diretta ed effetto di sostituzione (p. 21): «[m]entre l'effetto di sostituzione necessita sicuramente di norme chiare, precise ed incondizionate, in quello di esclusione la norma dell'Unione, pur non avendo le caratteristiche sufficienti per produrre direttamente i propri effetti giuridici nell'ordinamento nazionale, potrebbe comunque in virtù del primato, avere in certi casi forza sufficiente per opporsi all'applicazione di norme nazionali incompatibili. L'effetto di esclusione, per chiarire meglio, si potrebbe anche definire “ostativo” o “di opponibilità”» (p. 19). Ad avviso, inoltre, di L.S. Rossi, la maggior parte delle pronunce (richiamate in nota) sono volte a «sottolineare l'obbligo di disapplicazione di norme nazionali perché, nel caso di specie, quelle dell'Unione possono essere ritenute dotate di effetti diretti: in questi casi il ricorso alla “formula Popławski” non ha dunque alcun impatto sul problema dell'effetto di esclusione» (p. 21). Considerazioni analoghe valgono per la più recente sentenza *Daimler AG*, cit., punto 83. L'analisi fin qui compiuta ha assunto come presupposto l'ipotesi che l'art. 1, par. 2, della direttiva 2008/118 sia privo di efficacia diretta. In realtà, la questione meriterebbe una più approfondita valutazione. Potrebbe infatti argomentarsi che la direttiva impone un precetto positivo, vale a dire l'indicazione di una finalità specifica, rispetto alla quale la discrezionalità di cui gode lo Stato rileva ai fini della declinazione

semplicemente l'applicazione di una norma nazionale, avvantaggiando sicuramente il consumatore, a favore del quale, sul piano sostanziale, viene pronunciata l'illegittimità del tributo riscosso. Ovviamente a diverse conclusioni si dovrebbe pervenire ove, per procedere alla disapplicazione, «si ritenesse necessario congiuntamente sia il contrasto di una norma nazionale con una norma del diritto dell'Unione, sia l'efficacia diretta di quest'ultima». È evidente infatti che nella specie tale disapplicazione non potrebbe operare come invece può accadere se, come qui ritenuto, «i due requisiti possono valere disgiuntamente», in quanto la «mancanza dell'efficacia diretta non sarebbe preclusiva della disapplicazione c.d. oppositiva»¹¹². La possibilità di applicazione disgiunta del principio del primato e del principio dell'effetto diretto trova peraltro conferma, sul piano normativo, seppure nell'ambito ristretto della materia fiscale, proprio nel citato art. 29, comma 2, della legge n. 428/1990 che, letto in senso positivo¹¹³, consente di applicare il diritto dell'Unione, in virtù del principio del primato, anche quando non abbia efficacia

di tale specificità, che deve essere coerente con gli obiettivi fissati dalla normativa europea. Laddove invece la norma interna non stabilisca alcuna specificità di sorta, il precetto comunitario sarebbe di per sé sufficientemente preciso e incondizionato da operare direttamente per rimuovere, con efficacia diretta, la previsione interna confliggente. In tal senso si è peraltro espresso il Tribunale di Milano nella sentenza 4561/2023, cit., ritenendo che le disposizioni della direttiva 2008/118 «risultano sufficientemente precise e incondizionate, non risultando alcun margine di scelta per l'implementazione della direttiva da parte dello stato membro». Nello stesso senso, da ultimo, l'Avvocato generale Emiliou, per il quale «le disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2008/118 sono sufficientemente chiare, precise e incondizionate da poter essere invocate ("verticalmente") da un singolo nei confronti delle autorità pubbliche, comprese autorità amministrative quali le agenzie delle entrate» (conclusioni del 16 novembre 2023, [causa C-316/22, Gabel Industria Tessile e Canavesi](#), EU:C:2023:885, punto 58). Peraltro, anche se la direttiva concedesse agli Stati membri «un certo margine di discrezionalità nell'adozione delle modalità della sua attuazione, tale circostanza non» inciderebbe «sul carattere preciso e incondizionato delle sue disposizioni qualora tale margine di discrezionalità non escluda che sia possibile determinare alcuni diritti minimi e che sia, quindi, possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata» (Corte di giustizia, sentenza *Comune di Ginosa*, cit., punto 65); per un commento sul punto, per tutti, D. DIVERIO, *Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, in *BlogDUE*, 28 aprile 2023, reperibile [online](#), pp. 1-10, spec. p. 7. Sul piano pratico, l'attribuzione di un effetto diretto alla disposizione comunitaria in oggetto non muterebbe la validità delle osservazioni finora svolte, che verrebbero anzi confermate e rafforzate, quando si tratti della disapplicazione della norma interna nell'ambito di un rapporto verticale, in ragione non più del solo primato (si veda, ad esempio, in termini generali, Corte di cassazione, sez. trib., sentenza 6687/2023, cit.), ma anche della riconosciuta efficacia diretta della direttiva. Quanto invece agli effetti riflessi che si producono sul piano dei rapporti tra privati, essi dipendono comunque dalla applicazione vuoi del principio dell'interpretazione conforme, vuoi della teoria degli effetti riflessi, combinata col principio del primato del diritto dell'Unione.

¹¹² G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 14, reperibile [online](#), pp. 126-143, spec. p. 141. Come precisato dall'autrice, secondo una impostazione desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (p. 139), vi sarebbero «due tipi di disapplicazione: la prima che si potrebbe definire "ostativa", basata sull'effetto di "esclusione", e la seconda di sostituzione vera e propria. La prima potrebbe essere fatta valere anche nel caso di disposizione (dell'Unione) priva di effetti diretti, mentre la seconda presuppone necessariamente la sussistenza di detti effetti diretti» (p. 140).

¹¹³ La norma interviene, quindi, in un ordine logico-giuridico, su due livelli: anzitutto, sul piano sistematico, come strumento di interpretazione conforme dell'ordinamento interno; e poi, ove essa non risultasse possibile, sul piano dei rapporti tra fonti, al fine di consentire la disapplicazione della disposizione interna confliggente.

diretta, non facendo tale disposizione distinzione alcuna al riguardo, ma riferendosi, al fine del riconoscimento del diritto al rimborso, alla mera «incompatibilità» del tributo con la normativa comunitaria, qualunque sia la sua efficacia, diretta o meno. Tale conclusione sarebbe del resto coerente con l'affermazione contenuta nella sentenza *Thelen Technopark*, secondo cui il giudice nazionale, «sulla base del diritto interno», ovvero ove questo glielo consenta, può procedere comunque alla disapplicazione di una «qualsiasi disposizione di diritto nazionale contraria ad una disposizione del diritto dell'Unione», anche priva di efficacia diretta¹¹⁴.

Quanto al terzo (fornitore) cui è stato versato l'importo così non dovuto, la sua posizione, per l'operare della disapplicazione ostativa, si modifica come mero risultato di un effetto indiretto, analogo, ma non pari, a quello che può produrre l'interpretazione conforme anche nei rapporti tra privati. La teoria degli effetti riflessi e la dottrina dell'interpretazione conforme hanno, non a caso, in comune «l'intenzione», che è quella di «assicurare l'effetto utile del diritto comunitario»¹¹⁵. Quali siano poi i limiti del potere attribuito al giudice nazionale in sede di interpretazione conforme è questione complessa. Di certo, come già osservato, essi tendono sempre più a dilatarsi, ben al di là di quello che è il confine entro il quale si producono gli effetti riflessi, che non includono però una riscrittura da parte del giudice adito del contenuto del rapporto negoziale tra i privati, come può invece avvenire per un'interpretazione adeguatrice¹¹⁶.

6. Segue. La giurisprudenza della Corte di giustizia.

L'effetto diretto oggettivo-oppositivo della norma comunitaria, letta alla luce della sentenza interpretativa, consiste nell'esclusione di una norma nazionale che sia in violazione del diritto UE, senza che a ciò si accompagni l'attribuzione di una posizione

¹¹⁴ Corte di giustizia, sentenza del 18 gennaio 2022, [causa C-261/20](#), *Thelen Technopark Berlin GmbH*, EU:C:2022:33, punto 33. In senso critico, L. CECCHETTI, *Verso i cinquant'anni*, cit., p. 804 ss., nonché E. CANNIZZARO, *Convulsive Direct Effect?*, in *European Papers*, 2022, reperibile [online](#), pp. 409-411.

¹¹⁵ Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, conclusioni del 16 marzo 2006, [cause riunite C-392/04 e C-422/04](#), *Arcor*, EU:C:2006:181, punto 91.

¹¹⁶ Tracciare la linea di demarcazione tra interpretazione conforme, disapplicazione ed effetti riflessi nei rapporti orizzontali non sempre è agevole, tanto che a volte i vari rimedi al rilevato contrasto tra una disposizione interna ed una dell'Unione paiono confondersi. In merito, un tentativo di sistematizzazione, per lo meno per quanto riguarda la questione di legittimità costituzionale, è stato effettuato dalla nostra Corte costituzionale con la sentenza n. 263/2022, cit. Richiesta di stabilire le conseguenze, con riguardo ad una «controversia orizzontale», della presenza nell'ordinamento di una norma interna che contrasta con il contenuto di una direttiva, priva di efficacia diretta, come interpretata dalla Corte di giustizia nel caso *Lexitor* (sentenza dell'11 settembre 2019, [causa C-383/18](#), EU:C:2019:702), nella impossibilità di risolvere tale contrasto in via interpretativa (Considerato in diritto, punto 13), la Corte costituzionale ha ritenuto di dover dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 11-octies, comma 2, del [decreto legge 25 maggio 2021, n. 73](#), Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali, convertito con modificazioni nella [legge 23 luglio 2021, n. 106](#), per la parte in cui non permetteva una interpretazione del dettato normativo conforme alla stessa sentenza.

giuridica individuale che derivi dalla norma europea e si sostituisca alle disposizioni di diritto interno prendendone il posto¹¹⁷. Il singolo fa valere una norma dell'Unione (così come interpretata dalla Corte) non già per azionare un diritto ivi riconosciuto, bensì per richiedere ed ottenere un controllo di legittimità di una norma di diritto interno. Lo scopo è di beneficiare della modifica della situazione normativa conseguente alla produzione di effetti oppositivi determinata dall'applicazione del principio interpretativo dettato dalla Corte di giustizia, previo accertamento, in via incidentale, della illegittimità, con conseguente disapplicazione della disposizione interna. Quel che il consumatore invoca, in pratica, è l'obbligo contenuto nella norma europea (che determina l'illegittimità della norma interna); quel che vuole ottenere è la realizzazione di un vantaggio/interesse quale risultato della disapplicazione.

La sentenza interpretativa, in quanto produttiva di effetto diretto *erga omnes*, determina la disapplicazione delle norme di diritto interno, in ragione del principio del primato, e, grazie a detta disapplicazione, crea un vantaggio per il singolo.

La differenza con l'effetto orizzontale è evidente. Nel caso dell'addizionale provinciale all'accisa, l'effetto di esclusione (e non anche di sostituzione) per contrarietà alla direttiva non attribuisce un diritto «nuovo», desunto direttamente dalla direttiva stessa, che un individuo pretende (erroneamente) di far valere, in caso di efficacia diretta della norma di diritto derivato, nei riguardi non solo dello Stato, ma, per quel che qui interessa, anche e soprattutto nei riguardi di un terzo di pari livello. Il diritto comunitario viene invece richiamato solamente in quanto strumentale alla realizzazione di un proprio diritto al rimborso di quanto indebitamente versato, vale a dire semplicemente al fine di rimuovere un elemento precettivo (l'imposizione fiscale) contrario al diritto dell'Unione, in un contesto, quello dei rapporti tra privati, che rimane sostanzialmente neutro, rispetto alla esclusione, se non per una diversa loro qualificazione sul piano giuridico. Conseguenza quest'ultima del diverso atteggiarsi della relazione stessa sul piano orizzontale per effetto del richiamo alle norme comunitarie quali parametro di compatibilità di una misura di diritto nazionale (l'addizionale provinciale) di per sé estranea all'assetto negoziale tra le parti e dunque all'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle stesse parti disegnato dal contratto tra loro concluso.

¹¹⁷ In tal senso già le puntuali osservazioni dell'Avvocato generale Saggio nelle conclusioni del 16 dicembre 1999, [cause riunite da C-240/98 a 244/98](#), *Océano*, EU:C:1999:620, dove, con riguardo all'effetto di esclusione (punto 38), viene ritenuto «del tutto coerente con i principi generali concernenti i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale, richiedere al giudice nazionale di “scartare” la regola procedurale interna per garantire la piena efficacia del diritto comunitario anche in circostanze in cui detto meccanismo si trovi ad operare al fine di escludere, in una controversia tra privati, l'applicazione di una disposizione del codice di rito contraria alle disposizioni di una direttiva non recepita» (punto 39). Il principio della «supremazia del diritto comunitario sul diritto interno come l'esigenza di garantire una uniforme applicazione delle norme comunitarie comportano, infatti, che le direttive non recepite (...) possano produrre l'effetto di *escludere l'applicazione della regola nazionale difforme*, anche qualora, per mancanza di precisione ovvero perché non direttamente efficaci nei rapporti “orizzontali”, non attribuiscono ai singoli diritti invocabili in giudizio» (punto 30).

Le conclusioni così raggiunte trovano conferma nella ricostruzione della giurisprudenza comunitaria della Corte di Lussemburgo formatasi sul punto. La Corte di giustizia, pur affermando il divieto di effetti orizzontali, ha, infatti, in più occasioni riconosciuto che non può negarsi la possibilità che una direttiva possa produrre ripercussioni negative sulla posizione di altri soggetti privati. Vi possono perciò ben essere casi in cui all'effetto di esclusione, di disapplicazione cioè della norma interna senza che ad essa si accompagni la sua sostituzione col contenuto della previsione di diritto europeo, consegua il vantaggio di taluni soggetti verso altri. Il tutto non a causa dell'applicazione (orizzontale) della direttiva, ma per la «sparizione» di obblighi loro imposti dalla norma nazionale, la cui applicabilità è preclusa dalla direttiva stessa.

In tal senso si è espressa la Corte di giustizia, prima, in termini generali, nella sentenza *Fratelli Costanzo*¹¹⁸, cui ha fatto, poi, seguito, in tema di effetti riflessi, una giurisprudenza rilevante, anche se non sempre lineare, in cui è individuabile un filone, risalente e ormai consolidato¹¹⁹, relativo specificamente al caso di disapplicazione di norma interne contrastanti con le procedure di adozione di regole tecniche¹²⁰. Più di recente, in coerenza con i presupposti alla base dell'indirizzo principale, è stata presa in considerazione, come orientamento collaterale, anche l'incidenza della disapplicazione di una norma interna sulla relazione contrattuale tra i privati a seconda del possibile effetto solo ostativo o anche sostitutivo della direttiva.

Di estremo interesse per la corretta soluzione del caso dell'accisa provinciale, questo secondo indirizzo di fatto estende il principio posto alla base del primo a tutte le situazioni in cui la direttiva si limita ad imporre la disapplicazione della norma interna con essa contrastante e non comporta una modifica della relazione tra i privati, nel senso che non crea in capo a loro né diritti né obblighi. La relazione (nel caso, contrattuale) rimane soggetta esclusivamente alla disciplina domestica quale applicabile una volta espunta la norma incompatibile con il diritto comunitario e i rimedi sono quelli che l'ordinamento prevede. Come già nel caso degli obblighi meramente procedurali di cui alla giurisprudenza in tema di regole tecniche, la direttiva opera, dunque, solo in senso ostativo e non definisce in alcun modo il contenuto sostanziale della controversia tra privati che il giudice nazionale è chiamato a decidere, rimanendo gli obblighi contrattuali

¹¹⁸ Sentenza del 22 giugno 1989, [causa 103/88](#), EU:C:1989:172, in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. La Corte ha riconosciuto che l'impresa ricorrente potesse invocare e far valere l'illegittimità comunitaria del provvedimento con cui l'amministrazione comunale aveva escluso la propria offerta dalla gara d'appalto. L'annullamento della delibera, con conseguente applicazione di diverse procedure di aggiudicazione, avrebbe comportato come conseguenza la revoca dell'appalto assegnato all'impresa concorrente, su cui evidentemente la sentenza della Corte produceva un effetto gravemente negativo. Nella sentenza la questione della qualificazione delle conseguenze della disapplicazione della norma interna nei confronti della posizione giuridica dei terzi non viene però espressamente considerata.

¹¹⁹ Così Avvocato generale Szpunar, conclusioni del 22 ottobre 2015, [causa C-336/14](#), *Sabat Ince*, EU:C:2015:724, punto 59.

¹²⁰ Sulla nozione di «regola tecnica», per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 2023, [causa C-604/21](#), *Vapo Atlantic*, EU:C:2023:175, punto 40 ss.

soggetti alle sole norme nazionali, con le conseguenze favorevoli e sfavorevoli per le parti che ne possono derivare, in via riflessa, a seguito della disapplicazione della disposizione (istitutiva del tributo viziato) per contrasto con la regolamentazione unionale. Ad essere modificato è semmai e solo il contesto ordinamentale nel cui ambito le parti esercitano la loro autonomia negoziale, ma ciò non è evidentemente riconducibile ad un effetto «diretto» della direttiva sul rapporto orizzontale tra le parti stesse.

Al primo filone è riconducibile il caso paradigmatico *CIA Security International*¹²¹, dove è stato chiarito che l'inapplicabilità di una regola tecnica non notificata conformemente alla Commissione può essere fatta valere in una controversia tra singoli¹²², vale a dire che «i singoli possono avvalersene dinanzi al giudice nazionale, cui compete la disapplicazione di una regola tecnica nazionale che non sia stata notificata conformemente alla direttiva»¹²³. Il significato di questa pronuncia viene meglio precisato dalla Corte nella sentenza del 26 settembre 2000, *Unilever*¹²⁴. In essa, infatti, viene statuito, riprendendo e chiarendo la precedente giurisprudenza, che in un processo tra privati in materia contrattuale, il giudice italiano era tenuto a disapplicare una norma interna adottata in violazione di una norma comunitaria, la quale si limitava a porre obblighi procedurali, ma non prevedeva una disciplina materiale applicabile alla fattispecie. Si trattava, quindi, anche in questo caso, di una violazione di una regola tecnica, che costituisce «un vizio procedurale sostanziale»¹²⁵. In tali circostanze, se è vero che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti, è altrettanto vero che la direttiva in oggetto «non definisce in alcun modo il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale deve risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente. Essa non crea né diritti né obblighi per i singoli»¹²⁶. Nulla, cioè, di diverso da quanto

¹²¹ Corte di giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, [causa C-194/94](#), EU:C:1996:172. Al riguardo, per la stretta connessione che legherebbe tale giurisprudenza alla teoria dell'obbligo di interpretazione conforme, si veda P. PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione Europea. I. Diretta efficacia e primato*, Napoli, 2008, p. 168 ss.

¹²² Sentenza *CIA Security International*, cit., punti 48 e 54.

¹²³ *Ivi*, punto 55.

¹²⁴ [Causa C-433/98](#), EU:C:2000:496.

¹²⁵ *Ivi*, punto 50.

¹²⁶ *Ivi*, punto 51. Considerazioni analoghe valgono con riguardo alla sentenza del 19 dicembre 2019, [causa C-390/18](#), *Airbnb Ireland*, EU:C:2019:1112, punto 97, dove, con riguardo ai servizi della società dell'informazione, si sottolinea che, «analogamente a quanto avviene di solito nel caso delle regole tecniche non notificate dallo Stato membro (...), l'inopponibilità di un provvedimento non notificato che limiti la libera prestazione dei servizi della società dell'informazione può essere invocata in occasione non solo di un procedimento penale (...), ma anche in una controversia tra privati». Con identica motivazione, si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 22 ottobre 2020, [causa C-275/19](#), *Sportingbet*, EU:C:2020:856, punto 53. Per un commento della sentenza *Airbnb*, con riguardo in particolare agli effetti «indiretti» o «incidentali» della direttiva nei rapporti tra privati, si veda G. FEDELE, *Sugli effetti della violazione degli obblighi procedurali sostanziali: in margine alla sentenza AIRBNB*, in *European Papers*, 2020, pp. 433-446, spec. p. 443 ss., anche per i riferimenti in dottrina. Si veda anche Corte di giustizia, sentenze del 10 luglio 2014, [causa C-307/13](#), *Ivansson*, EU:C:2014:2058, punto 48; e del 4 febbraio 2016, [causa C-336/14](#), *Sabat Ince*, EU:C:2016:72, punto 67.

accadrebbe come riflesso di una diversa interpretazione della norma nei riguardi dei terzi la cui posizione giuridica si declina così in maniera differente, senza che per questo si possa ritenere si sia instaurato un rapporto orizzontale fra i destinatari a vario titolo del nuovo indirizzo giurisprudenziale.

In altri termini¹²⁷, la Corte distingue l'ipotesi in cui l'effetto diretto della norma dell'Unione comporta la sua «sostituzione» al diritto statale contrastante, con nascita di diritti per i singoli esercitabili unicamente verso lo Stato, da quella, non dissimile dal caso oggetto di indagine nel presente lavoro, dove si ha solo un effetto di «eliminazione», non soggetto a limiti «orizzontali», pur potendo altri privati subire indirettamente dei pregiudizi¹²⁸.

Nel caso di norme che fissano obblighi procedurali sostanziali vi è dunque una sorta di riconoscimento di una forma particolare di efficacia, propria di tali norme, che non si risolve nella determinazione di posizioni giuridiche nei riguardi dei singoli. L'azione che questi ultimi promuovono non è fondata su una situazione giuridica di origine comunitaria, ma su di una situazione di origine interna sulla quale una norma nazionale incompatibile con il diritto comunitario va ad interferire. In tali circostanze, l'efficacia della disposizione comunitaria, diretta, a beneficio di determinati singoli, nei confronti delle autorità interne, importa la paralisi della disposizione domestica confliggente nonché l'obbligo delle stesse autorità di revocarne gli effetti, a scapito di altri privati che per ipotesi su quest'ultima avessero fondato la propria posizione di vantaggio.

Ricondurre l'effetto oppositivo e la disapplicazione che ne deriva agli effetti della sentenza resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia consente di risolvere i problemi collegati a casi, tra cui, *in primis*, i citati *CIA Security International* e *Unilever*, nei quali la Corte riconosce il diritto dei singoli a invocare norme di direttive UE onde richiedere la «paralisi» di regole tecniche non notificate. Gli effetti prodotti dalla disapplicazione ricadono *de facto* in termini incidentali e indiretti sui privati che avevano beneficiato della colpevole omissione dello Stato membro interessato, mettendo così in discussione il divieto di effetto orizzontale delle direttive. In assenza della previsione di effetti diretti della direttiva, l'effetto oppositivo serve a tutelare l'interesse dell'individuo che può prendere forma solamente grazie alla paralisi della norma nazionale confliggente con la direttiva quale interpretata. La norma dell'Unione non attribuisce dunque diritti in capo al singolo, ma funge da parametro di legittimità¹²⁹.

¹²⁷ U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 323.

¹²⁸ Per la «possibile ingiustizia» che ne può derivare per il terzo cui viene opposta, nel corso di una causa, la disapplicazione della norma interna come conseguenza di un comportamento non suo ma dello Stato inadempiente, si veda Avvocato generale Jacobs, conclusioni del 27 gennaio 2000, [causa C-443/98, Unilever](#), EU:C:2000:57, punto 101. In merito, si veda S. AMADEO, *Norme giuridiche comunitarie*, cit., p. 210.

¹²⁹ Così, D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., p. 29. In questa prospettiva si pone la sentenza della Corte di cassazione, sez. lavoro, [dell'8 marzo 2018, n. 5513](#), dove, con riguardo alla disapplicazione di una norma interna in un rapporto orizzontale, si ricorda come «ad es. in controversia tra un soggetto privato e l'ente

Il principio così enunciato trova di fatto conferma anche nella citata sentenza *David Smith* che apparentemente si discosta dalla giurisprudenza precedente, che diviene oggetto di riesame critico, per giungere a conclusioni difformi. La Corte, infatti, riscontra che quelle sentenze «avevano ad oggetto una situazione particolare»¹³⁰, vale a dire quella dell'adozione di regole tecniche nazionali in violazione degli obblighi procedurali di notifica, nella quale la direttiva non creava né diritti né obblighi per i singoli e non definiva il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale doveva risolvere la controversia. Differentemente, nel caso in esame, la direttiva «enuncia il contenuto sostanziale di una norma giuridica e, di conseguenza, rientra nel campo di applicazione della giurisprudenza relativa alla mancanza di invocabilità, tra singoli, di una direttiva non trasposta o trasposta non correttamente»¹³¹.

In definitiva, la pronuncia *David Smith* distingue gli effetti di una sentenza a seconda che siano di esclusione o anche di sostituzione, finendo per limitare grandemente gli effetti della disapplicazione per sostituzione (quando la direttiva interviene a determinare il nuovo contenuto della norma per la parte oggetto di disapplicazione) nelle controversie (orizzontali) tra privati, ma confermando indirettamente la giurisprudenza già ricordata nel caso che si tratti di disapplicazione per esclusione, ovvero quando l'effetto sia meramente ostativo, volto cioè a rimuovere dal quadro giuridico la norma illegittima, senza introdurre, sul piano sostanziale, nuovi contenuti precettivi, derivando i riflessi negativi per il terzo unicamente dagli strumenti processuali conosciuti dall'ordinamento nazionale.

Il principio così espresso è riaffermato nella sentenza *Wells*, anch'essa già richiamata dove la Corte, dopo aver ricordato che «il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli» e che nei confronti di questi ultimi «le disposizioni di una direttiva possono generare solo diritti»¹³², conclude che ciò non di meno «mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei

Enasarco, sul rilievo che, pur essendo il rapporto tra agente e preponente innegabilmente di tipo “orizzontale”, doveva tuttavia riconoscersi che la norma imperativa invocata per sostenere la nullità del contratto non è posta nell'interesse dei privati, ma nell'interesse della pubblica amministrazione, riguardando il rapporto tra lo Stato da un lato e gli agenti ed i preponenti dall'altro, è stata disapplicata, per contrasto con la direttiva 86/653/CEE, la normativa interna che subordinava la validità del contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo» (punto 4.4). Il riferimento è alla sentenza della stessa Cassazione del 18 marzo 2002, n. 3914, dove è stata ritenuta disapplicabile, senza contravvenire al principio dell'efficacia esclusivamente verticale delle direttive comunitarie, la disposizione dell'art. 9 della [legge del 3 maggio 1985, n. 204](#), Disciplina dell'attività di agente e rappresentante di commercio, che prevedeva il divieto per i non iscritti all'apposito albo degli agenti di commercio di esercitare la relativa attività: nel senso che il principio giurisprudenziale così enunciato possa trovare applicazione anche nel caso dell'addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica, si veda Tribunale di Torre Annunziata, ordinanza del 5 novembre 2021, cit.

¹³⁰ Sentenza *Smith*, cit., punto 52.

¹³¹ *Ivi*, punto 54.

¹³² Sentenza *Wells*, cit., punto 56.

confronti dello Stato membro interessato»¹³³. Da cui si può desumere, *a contrario*, che, ove si sia agito nei confronti dello Stato ottenendo il soddisfacimento delle proprie ragioni (effetto verticale), la circostanza che ne possano derivare conseguenze negative per il terzo, ovvero che si agisca nei suoi confronti per ottenere la restituzione di quanto indebitamente corrispostogli sulla base della norma dichiarata inapplicabile, costituisce un mero effetto riflesso (indiretto) della pronuncia di esclusione¹³⁴. Nel caso, la Corte ha qualificato gli effetti collaterali sfavorevoli, cioè l'arresto delle operazioni minerarie, ovvero la sospensione di un'autorizzazione già rilasciata e la revoca del consenso minerario, come semplici ripercussioni negative sui diritti dei proprietari delle cave e non come imposizione di obblighi sugli stessi¹³⁵.

Nella sentenza *Wells*, la Corte traccia una linea sottile¹³⁶ nel distinguere «un obbligo pubblico direttamente connesso all'attuazione di un altro obbligo che incombe ad un terzo, ai sensi della direttiva»¹³⁷ dalle mere ripercussioni negative sui diritti dei terzi. In sintesi, la sentenza *Wells* riguarda una relazione trilaterale, nel senso che essa si occupa dell'adempimento da parte di uno Stato membro di un obbligo derivante da una direttiva: il conseguente impatto su un individuo rappresenta soltanto un effetto collaterale di tale obbligo. Tali considerazioni sono alla base anche della sentenza *Arcor*¹³⁸, dove la Corte fa proprio il principio sancito nella sentenza *Wells*. Quanto ai fatti, *Deutsche Telekom*, parte terza rispetto alla controversia sottoposta al giudice di rinvio, poteva «solo subire le ripercussioni negative»¹³⁹ dalla soppressione del contributo aggiuntivo di cui si trattava nella causa principale che vedeva contrapposto lo Stato, nella veste di autorità di

¹³³ *Ivi*, punto 57.

¹³⁴ In tali circostanze, «l'effetto non è propriamente orizzontale dal momento che il fondamento dell'invocabilità da parte del singolo sta nella violazione di un obbligo commesso dallo Stato, non essendo, insomma, il comportamento del privato *per se* a giustificare questo tipo d'invocabilità»: D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., p. 27. Considerazioni analoghe valgono, ad avviso di R. Mastroianni, nel caso degli effetti (riflessi) della [direttiva 2006/123/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (direttiva «servizi») che non impone «né direttamente né indirettamente obblighi a carico dei singoli, ma disciplina in maniera puntuale e dettagliata gli obblighi imposti agli Stati Membri» (*Diritto dell'Unione europea. Parte Istituzionale*, cit., p. 113). Ove essa venga invocata per valutare la compatibilità comunitaria, ad esempio, delle proroghe *ex lege* delle concessioni balneari, è evidente che ne possono trarre vantaggio coloro che sono interessati ad accedere a tale attività, a svantaggio degli attuali concessionari, ma ciò non può essere qualificato come un effetto (negativo) orizzontale nei loro riguardi. Se è vero, infatti, «che la disapplicazione delle leggi di proroga provoca indiscutibilmente uno svantaggio a carico del titolare della concessione, è anche vero che questo risultato rientra tra le «mere ripercussioni negative sui diritti dei terzi» che la giurisprudenza della Corte accetta possano prodursi, in particolare, ma non soltanto, quando è un altro terzo ad invocare a proprio favore una disposizione contenuta in una direttiva» (*ibid.*). Diversamente, G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *Eurojus*, 2022, n. 1, reperibile [online](#), pp. 168-218, p. 180.

¹³⁵ A. IERMANO, *L'effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi «limiti» nei rapporti orizzontali*, in *Freedom, Security and Justice*, 2018, n. 1, reperibile [online](#), pp. 27-48, spec. p. 42 ss.

¹³⁶ *Ivi*, p. 43.

¹³⁷ Sentenza *Wells*, cit., punto 56.

¹³⁸ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 luglio 2008, [cause riunite da C-152/07 a C-154/07](#), *Arcor AG*, EU:C:2008:426, punto 36.

¹³⁹ *Ivi*, punto 38.

regolazione, alle imprese obbligate al pagamento di tale contributo, a vantaggio della stessa *Deutsche Telekom*. In caso, infatti, di soppressione del contributo, la *Deutsche Telekom* avrebbe dovuto aumentare le proprie tariffe, ma tale conseguenza «non può essere considerata come un obbligo che incombe ad un terzo in forza delle direttive fatte valere dinanzi al giudice del rinvio dai ricorrenti nella causa principale»¹⁴⁰.

Non si può peraltro ignorare il timore, manifestato dall'Avvocato generale Mazák, nella causa *Félix*¹⁴¹, che un simile approccio possa essere applicato quasi ad ogni rapporto giuridico orizzontale, «dal momento che, in fondo, anche i rapporti contrattuali di diritto privato sono sempre basati su (o devono rispettare la) normativa statale in materia di contratti»¹⁴², con la conseguenza che l'imposizione di un obbligo ad un individuo che alteri detto rapporto contrattuale potrebbe essere ritenuto una diretta conseguenza dell'utilizzo della direttiva.

Un esempio di questo tipo di ragionamento, che interviene a fissare i limiti del principio di cui alla sentenza *Wells*, si rintraccia nella citata sentenza *Thelen Technopark*¹⁴³, dove la Corte, dopo aver precisato che le sentenze pregiudiziali «hanno anzitutto lo scopo di definire i doveri degli Stati membri in caso di inosservanza dei loro obblighi e non di conferire diritti ai soggetti dell'ordinamento», ne trae la conclusione che «i giudici e le autorità amministrative nazionali competenti non sono tenuti, sulla base di tale sentenza, a disapplicare, nell'ambito di una controversia tra privati, una normativa nazionale contraria ad una disposizione di una direttiva»¹⁴⁴. Si trattava nella specie della determinazione delle tariffe minime per le prestazioni di architetti e ingegneri e la disapplicazione della norma nazionale avrebbe comportato una modifica dell'assetto negoziale tra le parti. La direttiva, cioè, avrebbe prodotto direttamente effetti (orizzontali) in un rapporto contrattuale tra privati caratterizzato «dal fatto che le parti stesse determinano il loro diritti e obblighi, bilanciando i loro interessi»¹⁴⁵. Il principio enunciato dalla Corte non attiene perciò propriamente al caso dell'addizionale provinciale.

Se si analizza la teoria del divieto degli effetti orizzontali e la sua ipotesi iniziale (divieto), l'impatto pregiudizievole sul terzo deriva, ovviamente, anche nel caso della addizionale provinciale all'accisa, dall'accertata contrarietà della norma interna alla

¹⁴⁰ *Ibid.* Ai rapporti «verticali, orizzontali e triangolari» fa espresso riferimento l'Avvocato generale Ruiz-Arabo Colomer, nelle conclusioni presentate nella stessa causa già citata, dove viene sottolineato come nel caso in oggetto i rapporti di fatto e di diritto sottesi ai rinvii pregiudiziali riguardano soggetti privati che agiscono direttamente nei confronti dello Stato (punto 104), senza peraltro che la questione (determinazione del contributo aggiuntivo) sia oggetto dell'autonomia delle parti (punto 107), di modo che non vi sono «effetti orizzontali né danni reali» per *Deutsche Telekom*, la cui «posizione viene pregiudicata solo indirettamente» per il fatto di non percepire «contributi illegali» (punto 109).

¹⁴¹ Conclusioni del 15 febbraio 2007, [causa C-411/05](#), EU:C:2007:106.

¹⁴² *Ivi*, punto 122.

¹⁴³ In merito, si veda J. LINDEBOOM, *Thelen Technopark*, cit.

¹⁴⁴ Sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 40.

¹⁴⁵ Si veda Avvocato generale Szpunar, conclusioni del 15 luglio 2021, [causa C-261/20](#), *Thelen Technopark*, EU:C:2021:620, il quale non ritiene rilevante al riguardo che la direttiva operi come «scudo» o come «spada», determini cioè un effetto di esclusione o di sostituzione (punto 60).

direttiva, ma del tutto diverso è il secondo assioma della teoria stessa, ovvero che, a seguito della conseguente disapplicazione della norma istitutiva dell'imposta, la direttiva intervenga anche ad integrare sul piano sostanziale il contenuto del rapporto fra i privati. Quest'ultimo effetto non si riscontra, infatti, nel rapporto tra consumatore e fornitore di energia, essendo la relativa modifica, vale a dire il diritto al rimborso dell'imposta, il risultato dell'operare del solo diritto interno, tanto da escludere per ciò stesso che lo svantaggio per il fornitore possa essere ricondotto ad un effetto orizzontale della direttiva. La giurisprudenza esaminata chiarisce, infatti, che vi è effetto orizzontale, sicuramente, quando ad essere alterato, in ragione della situazione di svantaggio che si determina a seguito della soppressione della norma interna, è il rapporto contrattuale esistente tra chi ne trae vantaggio e chi invece subisce gli effetti di tale soppressione: in altri termini, quando ad essere alterate nel loro equilibrio sinallagmatico siano le condizioni accettate tra le parti, in ragione della loro libertà negoziale. Nulla di ciò accade, invece, laddove il rapporto stesso rimanga in sé immutato, ma si tratti semplicemente di «restituire» un importo non oggetto di negoziazione tra le parti, in quanto frutto di una imposizione normativa che è venuta meno. Il fornitore di energia, nell'esigere il pagamento di un importo corrispondente all'ammontare della addizionale, non ha né negoziato la relativa condizione né ne ha tratto reale beneficio economico.

Come ripetutamente affermato dalla Corte di cassazione, «quanto al consumatore, l'onere corrispondente all'imposta è su di lui traslato in virtù di un fenomeno meramente economico»¹⁴⁶, senza quindi che si modifichino i reciproci diritti ed obblighi, caratteristici dello specifico rapporto negoziale. La restituzione del relativo importo, quale effetto riflesso della illegittimità della norma impositiva a monte del rapporto fra il fornitore e l'amministrazione fiscale, non modifica a valle (la disciplina di) tale rapporto, nella relazione contrattuale con l'utente finale, né le condizioni tipiche del contratto di fornitura, il cui corrispettivo rimane invariato, né la situazione reddituale dello stesso fornitore, avendo quest'ultimo operato come soggetto passivo nei confronti dell'amministrazione finanziaria in una operazione di fatto neutra per via della conseguente traslazione sul consumatore stesso dell'onere impositivo. L'effetto per essere riflesso deve essere, dunque, anche automatico, nel senso che prescinde dalla espressione di una trattativa negoziale con manifestazione di volontà convergenti, ipotesi che si realizza quando, come nel caso in esame, l'imposta viene semplicemente traslata e l'importo è già determinato e non soggetto in alcun caso all'espressione di una volontà delle parti in quanto imposto.

Semmai, vi potrà essere un onere finanziario a carico del fornitore, tenuto al rimborso, ma questo attiene al rapporto di rivalsa con l'amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 14 del TUA, rispetto al quale nulla esclude che il fornitore possa far valere il proprio diritto al risarcimento del danno da esso subito per aver dovuto restituire un

¹⁴⁶ *Ex multis*, Corte di cassazione, sez. trib., sentenza 15506/2020, cit.

importo che non avrebbe dovuto riscuotere, quale conseguenza dell'inadempimento dello Stato alla direttiva. In definitiva, il consumatore si richiama alla norma comunitaria in maniera strumentale alla realizzazione dei propri interessi che trovano origine nell'ordinamento nazionale e tutela, indiretta, nei vincoli posti dal diritto comunitario all'azione del legislatore dello Stato membro. Il giudice interno, nella misura in cui accerti il superamento dei limiti così individuati, è tenuto a dare corso alla domanda del singolo. La norma comunitaria presenta perciò una concreta rilevanza per quest'ultimo, ma solo sul piano processuale, non diversamente da quanto avviene nel caso, pure di efficacia indiretta, dell'attività di interpretazione conforme (o adeguatrice), quando il privato chiede il rispetto della legalità comunitaria, senza che vengano in rilievo le conseguenze anche negative per il terzo.

Quanto finora osservato, escludendo qualsiasi valutazione da parte del giudice adito, una volta accertata l'illegittimità dell'imposta, in merito all'assetto residuale delle condizioni contrattuali tra le parti, che rimangono inalterate, giustificerebbe anche la possibilità per il consumatore non solo di agire nei confronti del fornitore per la ripetizione dell'indebito, ma anche di farlo utilizzando la procedura sommaria del ricorso per ingiunzione, e non cautelare o di merito, avvantaggiandosi dei tempi più rapidi del procedimento monitorio per ottenere un titolo esecutivo.

In conclusione, l'obbligo di restituzione in capo al fornitore costituisce, secondo una corretta interpretazione della giurisprudenza unionale, un mero riflesso della disapplicazione della disposizione interna, che lascia di per sé inalterato il legame contrattuale tra l'utente e il fornitore, senza che quest'ultimo subisca uno svantaggio sul piano delle prestazioni reciprocamente dovute.

La direttiva (per il tramite della pronuncia interpretativa, norma interposta) non attribuisce di per sé il diritto alla ripetizione che rimane effetto indiretto, trovando al riguardo attuazione il diritto interno che disciplina la fattispecie in via autonoma.

7. Le questioni pendenti innanzi la Corte costituzionale e la Corte di giustizia.

Il sistema volto ad assicurare il rimborso di quanto indebitamente versato in materia di addizionali all'accisa, così come costruito su un reticolo complesso di norme, presenta indubbiamente profili di incertezza che hanno indotto taluni giudici a interrogare la Corte costituzionale sulla sua compatibilità con la Costituzione e altri a rinviare alla Corte di giustizia taluni quesiti che attengono all'interpretazione della normativa comunitaria in relazione alla fattispecie in oggetto¹⁴⁷.

¹⁴⁷ La questione si è posta nell'ambito di giudizi sia civili sia tributari. Quanto ai primi, va ricordato che le relative eccezioni sono state generalmente respinte, per quanto attiene il profilo di incostituzionalità, sulla base dell'osservazione che la questione riguarderebbe semmai il rapporto tributario ed andrebbe fatta valere avanti alle Commissioni tributarie (per tutte, Corte d'appello di Torino, sentenza 1009/2022, cit.), mentre, in sede tributaria, per quanto concerne il possibile rinvio alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE,

Quanto al primo profilo, quello di incostituzionalità, viene principalmente rilevata la condizione secondo cui il fornitore che abbia esercitato la rivalsa può azionare il proprio diritto al rimborso solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che lo abbia condannato alla restituzione dell'imposta al cliente. Di qui, nel caso di specie, l'impossibilità per il fornitore di adempiere spontaneamente alla restituzione, con conseguente necessità di subire i processi civili intentati dai clienti, con tutti gli oneri economici connessi, per poter ottenere, a seguito della inevitabile soccombenza, il passaggio in giudicato della sentenza, presupposto per poter ottenere, a sua volta, il rimborso dell'accisa anticipata all'erario. Ne consegue la sospetta violazione degli artt. 41 e 3 Cost., per la palese irragionevolezza di un sistema che comporta un pregiudizio economico inaccettabile e una tutela inefficiente per le posizioni giuridiche di tutti i soggetti interessati.

In particolare, con ordinanza del 26 marzo 2021, il Collegio Arbitrale di Vicenza ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, commi 1, lett. c), e 2, del decreto legge n. 511/1988, per contrasto con l'art. 117, comma 1, della Costituzione e con l'art. 1, par. 2, della direttiva 2008/118/CE¹⁴⁸. Successivamente, anche il Tribunale di Udine, con ordinanza del 30 dicembre 2021, ha rimesso la questione alla Corte costituzionale perché si pronunci sul contrasto fra il citato art. 6 e l'art. 117 Cost. sulla base di profili diversi da quelli sottolineati dal Collegio arbitrale, ma ad essi connessi. Il Tribunale muove, infatti, dalla premessa che il giudice ordinario non può disapplicare la norma interna per contrarietà alla direttiva in quanto quest'ultima può produrre solo effetti verticali e quello in discussione è invece un rapporto orizzontale, tra privati. Di qui la necessità di rimettere la questione alla Corte

esso è stato ritenuto inutile per via della consolidata giurisprudenza in tema sia di interpretazione della direttiva sia di efficacia *erga omnes* della pronuncia interpretativa pregiudiziale della stessa Corte, sia, infine, di effettività dei rimedi. Sul concorso fra le giurisdizioni e la giurisprudenza costituzionale formatasi in merito, si veda, per tutti, anche per ulteriori indicazioni, M. LOSANA, *Granital confirmed? (note a margine di Corte Cost., ordinanza n. 137 del 2022)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, pp. 1482-1493. Il Tribunale di Milano si è ripetutamente espresso nel senso della irrilevanza ai fini della decisione della concomitante pendenza di due questioni di legittimità costituzionale e di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, non ricorrendo i presupposti per la sospensione necessaria dei processi in corso: così, per tutte, sentenza 4561/2023, cit.

¹⁴⁸ Viene, in particolare, ricordato che il fornitore può trovarsi nella condizione di dover anticipare le somme percepite indebitamente per effetto di una sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva, con la possibilità di recuperare le stesse solo dopo anni, e cioè col passaggio in giudicato della sentenza stessa, con tutti gli oneri finanziari che ciò comporta. Questa ed altre criticità si riverberano anche sotto il profilo della violazione dell'art. 117 Cost. e, in via mediata, degli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, venendo lesi la libertà d'impresa e il principio di proporzionalità per mancanza di bilanciamento, con sacrificio totale del diritto del contribuente a vantaggio di una mera utilità a favore dell'erario, che mantiene per un tempo irragionevole la disponibilità di importi incassati in forza di un tributo illegittimo. Sarebbe violato anche il principio del giusto processo (art. 11 Cost. e art. 6 CEDU), in quanto il fornitore è costretto a far fronte a plurime azioni legali, superflue perché tutte destinate a vederlo soccombente e un processo «non necessario» non può mai essere «equo». Per un commento, si veda S. SUPINO, *Le criticità dei rimborsi dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica: la parola passa alla Corte costituzionale*, in *Fiscalità dell'energia*, 27 dicembre 2021, reperibile [online](#), pp. 1-6.

costituzionale perché si pronunci sulla incostituzionalità dell'art. 6 per contrarietà all'art. 117 Cost. ed espunga definitivamente la norma dall'ordinamento con effetti *erga omnes*.

Con la stessa ordinanza, il Giudice delle leggi è stato investito dal Tribunale di Udine anche del profilo circa l'efficacia orizzontale delle direttive comunitarie. Delle medesime censure è stata anche investita la Corte di giustizia, giusta ordinanza del Tribunale di Como del 28 aprile 2022¹⁴⁹, con la quale, in particolare, è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo anche della questione se il principio di effettività osti ad una normativa nazionale che non consente al consumatore finale di chiedere il rimborso dell'imposta indebita direttamente allo Stato, bensì gli riconosce soltanto la facoltà di esperire un'azione civilistica per la ripetizione nei confronti del soggetto passivo, unico legittimato ad ottenere il rimborso dall'amministrazione finanziaria.

8. Conclusioni: è giunto il momento di sciogliere il nodo?

La questione dei confini tra le diverse forme e declinazioni dell'effetto orizzontale non è mai stata «affrontata, in dettaglio, dalla Corte di giustizia»¹⁵⁰.

Cionondimeno, il rapporto di integrazione che esiste fra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali consenta di affermare che anche le disposizioni prive degli elementi costitutivi della efficacia diretta possono esplicare in quegli ordinamenti, sulla sola base del principio del primato, alcuni effetti, tra cui, da un lato, quando si tratti di un rapporto verticale, la disapplicazione della norma interna confliggente, e, dall'altro, nell'ambito di rapporti triangolari, a margine di tale disapplicazione, situazioni di

¹⁴⁹ Causa C-316/22, cit., pendente (v. *infra*, par. 9). Il giudice del rinvio muove dall'assunto che l'applicazione diretta della direttiva 2008/118 in procedimenti tra privati comporterebbe l'attribuzione alla stessa di effetto diretto orizzontale. Tuttavia, essendo la possibilità che il consumatore finale agisca per la ripetizione dell'indebito nei confronti del soggetto passivo d'imposta condizione per la legittimità della domanda di rimborso proposta da quest'ultimo nei riguardi dello Stato, il principio dell'efficacia solo verticale delle direttive non sarebbe d'ostacolo all'accertamento dell'indebito nel rapporto di rivalsa, in ragione del collegamento di tale rapporto con quello tributario, in cui il divieto posto dalla direttiva 2008/118 opererebbe direttamente. La disapplicazione della norma impositiva che disciplina l'importo della addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica nell'ambito del rapporto verticale farebbe venir meno, in ragione del principio di effettività dei rimedi, anche la causa del pagamento da parte del consumatore finale della parte di prezzo corrispondente a tale tributo nell'ambito del rapporto orizzontale, quale conseguenza dell'incompatibilità dell'imposta con il diritto dell'Unione. In risposta alla richiesta di chiarimenti formulata dalla Corte di giustizia, il 23 maggio 2023, ex art. 101 del regolamento di procedura, in merito all'affermazione contenuta nell'ordinanza di rinvio secondo cui solo «laddove l'azione esperibile nei confronti del fornitore si riveli oltremodo gravosa» il consumatore «può, in via d'eccezione, chiedere il rimborso anche nei confronti dell'Amministrazione finanziaria», il Tribunale ha precisato che tale possibilità è riconosciuta solo a titolo interpretativo dalla giurisprudenza di legittimità, senza che l'ordinamento italiano contenga una specifica disposizione al riguardo. Ciò comporta, ad avviso del giudice del rinvio, che, stante il divieto di effetti orizzontali della direttiva, che riduce la tutela del consumatore al mero risarcimento del danno, il sistema vigente non rispetti il principio di effettività.

¹⁵⁰ D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., p. 2, che richiama sul punto le proprie precedenti osservazioni in *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina controversa*, Milano, 2018, in specie p. 89 ss. e p. 163 ss.

vantaggio, e corrispettivamente di svantaggio per i privati parti del rapporto orizzontale. Trattasi, in questa seconda ipotesi, di effetti qualificabili come indiretti/riflessi sia sotto il profilo oggettivo, perché si producono per il tramite di norme appartenenti all'ordinamento interno, sia sotto il profilo soggettivo, in quanto rilevano per i privati attraverso la mediazione di atti o comportamenti della autorità giurisdizionale che ne concretizzano il disposto.

Il privato si richiama alla norma comunitaria in maniera strumentale alla realizzazione di propri interessi che trovano origine nell'ordinamento nazionale e tutela, indiretta, nei vincoli posti dal diritto comunitario all'azione del legislatore nazionale¹⁵¹. Il giudice interno, nella misura in cui accerti il superamento di tali vincoli, è tenuto a dar corso alla domanda del singolo, accertando in via incidentale, nell'ambito di una relazione verticale tra privato e Stato, la sussistenza del contrasto, per poi trarne le conseguenze, con riguardo al rapporto orizzontale oggetto del giudizio in via principale, previa disapplicazione della norma interna, vuoi in ragione di una sua interpretazione conforme, vuoi in virtù del solo primato del diritto UE. In questa seconda ipotesi, la norma comunitaria presenta una concreta rilevanza per il soggetto che la invoca contro l'autorità statale, ma sul piano processuale, non dissimilmente dall'efficacia indiretta di tipo interpretativo; essa legittima il privato a richiedere il rispetto della legalità comunitaria nei confronti dello Stato, per trarne vantaggio nel suo rapporto orizzontale con la controparte il cui affidamento viene così sacrificato. Altro è osservare che ogniqualvolta la fonte comunitaria richiamata entra in collisione con una fonte interna, traspositiva dell'obbligo contenuto nella prima, non solo si genera l'antinomia fra le due fonti ma, tenendo anche conto della natura verticale od orizzontale del rapporto, si riapre il dilemma fra interpretazione conforme e disapplicazione. Dilemma che il diritto dell'Unione risolve assegnando priorità alla prima, mentre la seconda interviene in via sussidiaria, se ne ricorrono le condizioni.

Le considerazioni ora svolte trovano applicazione nel caso della addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica. Con riguardo alla disapplicazione della norma tributaria interna, il rapporto giuridico tra il fornitore e l'utente consumatore, espunto delle disposizioni incompatibili con il diritto dell'Unione, continua, infatti, a essere governato, da un lato, dalle previsioni negoziali originariamente convenute e rimaste immutate e, dall'altro, sul piano processuale, dall'insieme delle norme dell'ordinamento nazionale per quanto compatibili con l'ordinamento europeo. Il rapporto negoziale tra i soggetti privati coinvolti rimane, dunque, inalterato dopo la «sparizione» del tributo, come dimostra, sul piano pratico, la circostanza che l'adempimento dell'onere impositivo compare solo come obbligo per il consumatore nel documento fiscale e non nel contratto da loro concluso. In tale contesto, il consumatore, stante l'illegittimità, riconosciuta, dell'onere impositivo, può agire, avvalendosi dei consueti strumenti di garanzia

¹⁵¹ Così S. AMADEO, *Norme giuridiche comunitarie*, cit., p. 191.

processuale, per il riconoscimento del suo interesse/diritto al rimborso, vantato nei confronti dello Stato, ma esercitato mediante l'azione di ripetizione nei riguardi del fornitore, senza che venga in gioco la questione degli effetti orizzontali, troppo spesso evocata ma mai chiarita. L'azione così promossa non è, infatti, fondata su una situazione giuridica di origine comunitaria, bensì su di una situazione di origine interna sulla quale una norma nazionale incompatibile con il diritto comunitario va ad interferire.

Di fronte all'atteggiamento non di rado ambivalente dei giudici dell'Unione, tempo è giunto perché si completi il sistema dei diritti e delle garanzie del soggetto gravato economicamente dall'onere impositivo, nel caso di tributi illegittimamente riscossi. Tale tutela ha il proprio fondamento nel principio del primato, da solo, o in combinato disposto con l'effetto diretto, a seconda che ne consegua l'esclusione o anche la sostituzione della norma interna giudicata illegittima perché confliggente con una direttiva, in ragione, nel caso di specie, dell'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia, con tutte le sue implicazioni sul piano dei rapporti tra privati. Probabilmente, alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria, dopo le ripetute sollecitazioni degli avvocati generali¹⁵² e a seguito dell'ampio dibattito in corso, il momento è propizio perché la Corte di giustizia si pronunci «sui differenti volti» dell'effetto verticale e sui profili controversi che vi sono collegati¹⁵³, con riguardo, in particolare, ai c.d. effetti riflessi, per lo meno quando si tratti di tributi illegittimamente riscossi.

A ben vedere, i giudici di Lussemburgo paiono incerti nel prendere una posizione definitiva, nel timore che, allargando eccessivamente i confini degli effetti delle direttive, si finisca col minare una delle basi del principio di attribuzione. Il caso dell'addizionale provinciale, per i suoi profili peculiari, tuttavia, fornisce l'occasione per segnare quel confine, di certo sottile ma comunque ben tracciabile, tra le due figure degli effetti orizzontali e di quelli riflessi, tra loro ontologicamente distinti, troncando il nodo gordiano che (apparentemente) ancora le lega e le confonde.

In conclusione, la disapplicazione «per esclusione» dell'art. 6 del decreto legge n. 511/1988, per contrarietà all'art. 1, par. 2, della direttiva 2008/118, come interpretato dalla Corte di giustizia, avviene, vuoi in virtù dell'interpretazione conforme vuoi sulla base del solo principio del primato, laddove la disposizione fosse ritenuta priva di efficacia diretta, all'interno di un rapporto verticale tra il fornitore di energia e l'amministrazione finanziaria. Quando tale disapplicazione si verifica, in occasione di un giudizio incidentale, nell'ambito di una controversia orizzontale, cioè tra privati (il fornitore di energia e il consumatore), gli effetti negativi per il fornitore di energia sono solo riflessi (e non orizzontali), in quanto la direttiva non interviene, sul piano precettivo,

¹⁵² Al riguardo, si veda Avvocato generale Sharpston, conclusioni del 23 luglio 2017, [causa C-413/15, Farrell](#), EU:C:2017:492, punto 48 ss. e conclusioni Avvocato generale Szpunar, *Thelen Technopark*, cit., punto 61.

¹⁵³ Conclusioni Avvocato generale Szpunar, *Thelen Technopark*, cit., punto 61.

a modificare direttamente la disciplina della relazione negoziale tra gli stessi soggetti privati, così come liberamente pattuita.

9. Addendum.

Successivamente all'accettazione del presente articolo, l'Avvocato generale Emiliou ha presentato, il 16 novembre 2023, le proprie conclusioni nella causa *Gabel Industria Tessile e Canavesi*¹⁵⁴ di cui già si è fatta menzione¹⁵⁵. Si rende perciò opportuno fornire un aggiornamento in merito alle osservazioni formulate dallo stesso Avvocato generale che, peraltro, confermano, in larga misura, la correttezza delle considerazioni da noi svolte. Va anche segnalato che in data 26 ottobre 2023 è stata depositata l'ordinanza¹⁵⁶ con la quale la Corte d'appello di Bologna ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali di interpretazione anch'esse relative alla addizionale all'accisa sull'energia elettrica.

L'Avvocato generale ha dovuto rispondere a due quesiti coi quali¹⁵⁷, rispettivamente, veniva chiesto se il diritto dell'Unione osti alla disapplicazione da parte del giudice nazionale, in una controversia tra due privati, di una disposizione di diritto interno contrastante con una disposizione chiara, precisa e incondizionata di una direttiva non recepita, quando ciò sia necessario affinché l'attore possa far valere i diritti attribuitigli dalla direttiva; e, poi, se il principio di effettività osti ad una normativa come quella italiana che non consente al consumatore finale di chiedere direttamente allo Stato il rimborso di una imposta indebita, bensì gli riconosce soltanto la possibilità di esperire un'azione civilistica di ripetizione nei confronti del fornitore, secondo le modalità che si è già avuto modo di chiarire.

Nell'affrontare la prima questione, l'Avvocato generale è consapevole di confrontarsi con un tema, quello dell'effetto diretto delle direttive, che, a suo dire, ha «affascinato», come pochi altri, «generazioni di giuristi», formando «oggetto di lunghi dibattiti (e, in una certa misura, di intense controversie)»¹⁵⁸. A fronte, in particolare, del suggerimento di «vari dotti avvocati generali» di riconoscere anche l'effetto diretto orizzontale, oltre che verticale, delle direttive¹⁵⁹, l'Avvocato generale ritiene di non poter doversi discostare dal costante orientamento giurisprudenziale che esclude tale effetto orizzontale, pur rilevando l'opportunità di fornire alcuni chiarimenti. Dato atto di come la Corte di giustizia abbia tentato in vari modi di «mitigare le conseguenze negative che

¹⁵⁴ Causa C-316/22, cit., pendente.

¹⁵⁵ Vedi *supra*, par. 7.

¹⁵⁶ Inedita.

¹⁵⁷ In merito, vedi *supra*, nota 149.

¹⁵⁸ Conclusioni Avvocato generale Emiliou, *Gabel Industria Tessile e Canavesi*, cit., punto 1.

¹⁵⁹ *Ivi*, punto 2.

la mancanza di effetto diretto orizzontale può produrre sui singoli»¹⁶⁰. Egli evidenzia¹⁶¹, infatti, come la stessa Corte, nella sentenza *Thelen Technopark*, dopo aver affermato che «un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione, qualora quest'ultima disposizione sia priva di effetto diretto»¹⁶², abbia poi precisato che tale principio opera «ferma restando tuttavia la possibilità, per tale giudice [...], di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia»¹⁶³.

Ciò significa, secondo l'Avvocato generale, «che il diritto dell'Unione non impone ai giudici nazionali di disapplicare disposizioni nazionali in contrasto con disposizioni del diritto dell'Unione prive di effetto in controversie tra privati, ma parimenti non osta a che i giudici nazionali procedano in tal senso qualora il diritto nazionale lo preveda»¹⁶⁴. Sono dunque i giudici nazionali gli unici che possono stabilire, in base al loro diritto, se è possibile attribuire effetti orizzontali alla direttiva. Dal punto di vista del diritto comunitario, nulla si opporrebbe a tale estensione di efficacia. Se, infatti, uno dei motivi addotti per negare l'effetto diretto orizzontale delle direttive è preservare il margine di manovra degli Stati nell'attuare il diritto dell'Unione, «sarebbe logico che gli Stati membri siano liberi di rinunciare a tale prerogativa»¹⁶⁵. Non varrebbe neppure osservare che in tal modo si introdurrebbe un elemento di disparità nel trattamento dei singoli, in quanto è vero il contrario, essendo proprio il mancato recepimento delle direttive a creare situazioni di disparità a livello sia dell'Unione sia nazionale¹⁶⁶.

Quanto al secondo quesito, l'Avvocato generale, dopo aver ammesso che, nonostante i chiarimenti forniti dal giudice del rinvio, non gli erano ancora chiare le caratteristiche del regime italiano di restituzione delle imposte indebitamente rimosse, ripercorre la giurisprudenza della Corte di giustizia in merito all'applicazione del principio di effettività ad un caso come quello di specie, per concludere che spetta al giudice nazionale valutare se le modalità procedurali rendano «impossibile o eccessivamente difficile, per il consumatore, ottenere il rimborso dell'imposta indebitamente versata»¹⁶⁷.

¹⁶⁰ *Ivi*, punto 3.

¹⁶¹ In merito, vedi, *supra*, nota 149.

¹⁶² Sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 33.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Conclusioni Avvocato generale Emiliou, *Gabel Industria Tessile e Canavesi*, cit., punto 21.

¹⁶⁵ *Ivi*, nota 22.

¹⁶⁶ Risolta così la questione sollevata dal giudice del rinvio, vengono considerati ulteriori profili relativi, anzitutto, alla eventualità che l'ente fornitore possa essere riconosciuta la natura «pubblica» (conclusioni Avvocato generale Emiliou, *Gabel Industria Tessile e Canavesi*, cit., punto 33 ss.) e, poi, alla possibilità che il principio di effettività, inteso come effetto utile, operi come eccezione all'esclusione degli effetti orizzontali (*ivi*, punto 48 ss.), escludendosi la rilevanza di entrambi gli aspetti nel caso di specie.

¹⁶⁷ Conclusioni Avvocato generale Emiliou, *Gabel Industria Tessile e Canavesi*, cit., punto 62.

In definitiva, la questione della possibilità di attribuire un effetto orizzontale, in una controversia tra privati, all'art. 1, par. 2 della direttiva 2008/118 deve trovare una risposta esclusivamente sul piano del diritto interno. In base a tale conclusione, la giurisprudenza di merito, espressasi, nel caso dell'addizionale all'accisa, a favore della disapplicazione della normativa interna contrastante con la direttiva 2008/118 nel rapporto tra consumatore e fornitore, appare pienamente conforme al diritto comunitario. Si tratterà semmai di valutare quale sia la base giuridica più corretta, secondo il diritto interno¹⁶⁸, per giustificare l'applicazione orizzontale della direttiva in questione, ma di sicuro, secondo l'opinione espressa nelle conclusioni, tale effetto diretto nelle controversie tra privati non può essere sindacato sul piano del diritto comunitario.

Venendo ora alla domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dalla Corte d'appello di Bologna, l'ordinanza si segnala per una ricostruzione attenta e puntigliosa della giurisprudenza formatasi sul tema. I giudici felsinei, nel motivare il rinvio, fanno ampio richiamo, come possibile giustificazione dell'applicazione della direttiva al rapporto orizzontale, sia al principio dell'interpretazione conforme sia agli effetti riflessi in un rapporto triangolare alla luce del primato del diritto dell'Unione. I quesiti riguardano, in specie, la natura di imposta della addizionale e, nel caso in cui essa rientri nel concetto di imposta, se il consumatore possa agire direttamente nei confronti del fornitore per far valere l'illegittimità del prelievo fiscale operato dallo Stato nei confronti del venditore stesso e da questo riversato sul consumatore, che ora ne chiede la restituzione. Di fatto la questione è quella del riconoscimento di effetti tra privati alla direttiva 2008/118, che potrebbe trovare una risposta già nella sentenza che sarà pronunciata dalla Corte di giustizia nel citato caso *Gabel Industria Tessile e Canavesi*, tanto da rendere eventualmente non necessaria una sua nuova pronuncia sui quesiti formulati dalla Corte d'appello di Bologna.

¹⁶⁸ Interpretazione adeguatrice o effetti riflessi, nella nostra ricostruzione.

ABSTRACT: Sulla base di una giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione l'addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica è stata ritenuta contraria alla disciplina di cui alla direttiva 2008/118/CE, così come interpretata dalla Corte di giustizia. Ciò ha comportato la disapplicazione di tale imposta per il periodo antecedente la sua abrogazione e quindi la richiesta dei consumatori al fornitore di energia di rimborso di quanto indebitamente versato a titolo di imposta. Si è però posta la questione se tale azione di ripetizione sia ammissibile stante il divieto di effetti orizzontali delle direttive. Nel caso di specie la giurisprudenza ha fatto ricorso, seppure in maniera non del tutto lineare, al principio dell'interpretazione conforme per giungere ad una soluzione favorevole al consumatore. La tesi dell'Autore è che, ove tale soluzione, che presenta delle criticità sul piano ermeneutico, si rivelasse non percorribile, allo stesso risultato si potrebbe pervenire sulla base della constatazione che quelli in discussione sono in realtà effetti riflessi sulla controversia (orizzontale) tra privati (consumatore/fornitore di energia) della disapplicazione della norma interna per contrasto con la direttiva. Effetti che si producono una volta accertata, in via incidentale, in un giudizio (verticale) che vede contrapposto il consumatore allo Stato, la contrarietà ad essa della norma interna, con conseguente disapplicazione della norma stessa sulla base del principio del primato. Gli effetti nei confronti dei terzi sono dunque analoghi a quelli che si producono nel caso di interpretazione conforme e non sono riconducibili alla nozione di effetti orizzontali della direttiva.

PAROLE CHIAVE: primato del diritto UE; efficacia diretta delle direttive; effetti riflessi e orizzontali; interpretazione conforme; addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica.

The seemingly inextricable intertwining of incidental and horizontal effects: the saga of the surcharge on excise duties for electricity

ABSTRACT: *On the basis of settled case law of the Court of Cassation, the provincial surcharge on the excise tax on electricity has been held to be contrary to the rules set out in the Directive 2008/118/EC, as interpreted by the Court of Justice. This leads to the non-application of that tax for the period prior to its repeal, and thus to consumers' request to the energy supplier for reimbursement of the amount unduly paid by way of tax. The question arises, however, as to whether such a recovery action is admissible due to the prohibition of horizontal effects of directives. The case law has resorted, albeit in a not entirely straightforward manner, to the principle of conforming interpretation in order to arrive at a solution favorable to the consumer. The Author's thesis is that, if this*

solution, which presents critical issues on a hermeneutical level, turns out not to be viable, the same result could be reached on the basis of the observation that those at issue are in fact the effects reflected on the (horizontal) dispute between private parties (consumer/energy supplier) of the non-application of the domestic rule for conflict with the directive. Once it has been ascertained, incidentally, in a (vertical) dispute between the consumer and the State, that the internal rule is contrary to the directive, the rule itself is consequently disapplied on the basis of the principle of primacy. The effects vis-à-vis third parties are therefore similar to those produced in the case of consistent interpretation and do not fall within the notion of horizontal effects of the directive.

KEYWORDS: primacy of EU law; direct effect of directives; incidental and horizontal effects; conforming interpretation; provincial surcharge on excise duties for electricity.

Agenzie europee, reti e tutela dell'ambiente

Giovanna Ligugnana*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I tentativi di classificazione delle agenzie decentrate. – 3. Le agenzie «informative» e la *regulation by information*. – 4. L'EEA: profili strutturali. – 5. *Segue*. Profili funzionali. – 6. La rete EIONET. – 6.1. La rete EIONET in Italia. – 7. Considerazioni conclusive: verso un nuovo ruolo dell'informazione ambientale.

1. Introduzione.

La tutela ambientale è ormai da qualche decennio all'attenzione dell'Unione europea, sia sul piano normativo, sia su quello dell'attuazione in via amministrativa. Al di là degli ambiziosi obiettivi che l'Unione si è posta negli ultimi anni, la c.d. «amministrazione ambientale» europea si basa su un sistema informativo pressoché unico per la sua estensione e complessità, coordinato da un'apposita agenzia, la *European Environment Agency* (EEA), il cui ruolo è divenuto, nel tempo, sempre più rilevante. Le connessioni tra questa agenzia e le corrispondenti autorità statali costituiscono un vero e proprio sistema amministrativo ambientale reticolare che, a livello europeo, funge da supporto per le decisioni politiche del settore.

Esiste, dunque, un'amministrazione europea dell'ambiente che si inserisce nel più ampio contesto dell'amministrazione europea, costituita, almeno sotto il profilo soggettivo, da un insieme di istituzioni, organismi ed enti di vario tipo, tra cui le agenzie rivestono un ruolo assai rilevante¹.

Il tema dell'amministrazione europea e delle agenzie c.d. decentrate² che di questa costituiscono parte, è ormai oggetto di studio da diversi anni. Testimonianza ne sono i

* Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Verona.

¹ Cfr., sul tema, E. CHITI, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, p. 47 ss.

² Il termine «decentrate» (*decentralised*) ha sostituito l'originaria qualificazione di «regolatorie» (*regulatory*) attribuita dalla Commissione alle agenzie in parola nel 2002 (comunicazione, Inquadramento delle agenzie europee di regolazione, [COM\(2002\) 718 def.](#) dell'11 dicembre 2002) per distinguerle dalle agenzie esecutive, queste ultime istituite allo specifico fine di coadiuvare la Commissione nella gestione dei programmi comunitari in determinati settori (cfr., in proposito, il [regolamento \(CE\) n. 58/2003](#) del Consiglio, del 19 dicembre 2002, che definisce lo statuto delle agenzie esecutive incaricate dello svolgimento di alcuni compiti relativi alla gestione dei programmi comunitari). Il termine «regolatorie» riferito alle agenzie diverse da quelle esecutive era stato peraltro criticato in dottrina, in ragione del fatto che a tali agenzie non poteva essere ascritta un'attività di regolazione in senso proprio. Ciononostante, esse appaiono così definite ancora nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Il futuro delle agenzie europee* ([COM\(2008\) 135 def.](#) dell'11 marzo 2008), mentre nel successivo *Common Approach* del 19 luglio 2012 (*Annex to the Joint statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralised agencies*) la Commissione inizia ad

numerosi ed estesi contributi dottrinali che si sono succeduti nel tempo, soprattutto a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, allorché tali strutture si sono progressivamente moltiplicate³, dando origine ad una complessa «galassia» di soggetti, legati alla Commissione da relazioni di varia natura.

La nascita delle agenzie decentrate è il frutto di un travagliato percorso che, come tra breve si vedrà, emerge in seguito al manifestarsi di un deficit esecutivo a livello comunitario. Paul Craig⁴ individua tre fasi in cui inserire lo sviluppo delle agenzie: una prima fase, risalente alla metà degli anni Settanta, con l'istituzione di Cedefop e di Eurofound⁵; una seconda e più «consistente» fase che ha interessato gli anni Novanta e che ha visto la creazione di dieci nuove agenzie (tra cui l'Agenzia europea dell'ambiente)⁶ e, infine, una terza fase, partita nel nuovo millennio, nella quale è stata costituita una ulteriore consistente serie di agenzie, alcune delle quali hanno assorbito le funzioni di

utilizzare la locuzione «decentrate» ritenuta più idonea a qualificare non solo la natura delle agenzie ma anche la loro dislocazione: in linea di principio, infatti, ciascuna agenzia ha sede in un diverso Stato membro.

³ La bibliografia in tema di agenzie europee è assai estesa. Senza pretesa di completezza possono ricordarsi M. CONTICELLI, M. DE BELLIS, G. DELLA CANANEA (edited by), *EU Executive Governance. Agencies and Procedures*, Torino, 2020; M. EGEBERG, J. TRONDAL, *Agencification of the European Union administration. Connecting the dots*, TARN Working Papers (online), 2016, n. 1, reperibile [online](#); M. EVERSON, C. MONDA, E. VOS (edited by), *European Agencies in between Institutions and Member States*, Alphen aan den Rijn, 2014; E. VOS, *European agencies: Features, Framework and Future*, Maastricht Faculty of Law Working Paper, 2013, n. 3, reperibile [online](#); J. TRONDAL, M. BUSUIOC, M. GROENLEER (edited by), *The Agency Phenomenon in the European Union*, Manchester, 2013; E. CHITI, *Decentralized Implementation*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (edited by), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford, 2018, pp. 748-776; ID., *An Important Part of the EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 1395-1442; ID., *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Milano, 2002; ID., *The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 309-344; A. KREHER, *Agencies in the European Community - A Step towards Administrative Integration in Europe*, in *European Journal of Public Policy*, 1997, pp. 225-245.

⁴ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, p. 155.

⁵ Risale, infatti, al 1975 l'istituzione del Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale (Cedefop) e della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (Eurofound).

⁶ Nel presente scritto si utilizzeranno gli acronimi inglesi delle varie agenzie, che risultano ad oggi i più diffusi ai fini dell'individuazione delle stesse. Quanto alla seconda fase, oltre all'Agenzia europea dell'ambiente (EEA) con la correlativa rete EIONET (1990), sono state istituite nel medesimo decennio la Fondazione europea per la formazione professionale – ETF (1990), l'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze – EMCDDA (1993), l'Agenzia europea per i medicinali – EMA (1993), l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno – OHIM (1993), l'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro – EU-OSHA (1994), l'Ufficio comunitario per le varietà vegetali – CPVO (1994), il Centro di traduzione degli organismi dell'Unione europea – CDT (1994), l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia – EUMC (1997) e l'Agenzia europea per la ricostruzione – EAR (1999).

agenzie già esistenti⁷. È di questi anni, inoltre, la costituzione di organismi con poteri particolari, come le agenzie di supervisione del settore finanziario⁸.

Occorre inoltre precisare che talune agenzie sono sorte su iniziativa non della Commissione ma del Consiglio: il caso più noto è quello di Europol ma altre ne sono state istituite nel quinquennio dopo la fine degli anni Novanta⁹.

Come poco sopra si affermava, la costituzione delle agenzie regolatorie¹⁰ appare come il portato della difficoltà di assicurare piena effettività del diritto comunitario nel momento in cui il processo di progressiva integrazione, con completamento del mercato interno, acquistava maggior forza¹¹. Il piano presentato a tal fine dalla Commissione alla metà degli anni Ottanta¹², infatti, – che prevedeva le tre tecniche dell'armonizzazione minima, del mutuo riconoscimento, e del ricorso a *standards* – aveva messo in luce l'inadeguatezza dell'amministrazione decentrata (indiretta), in base alla quale

⁷ Si tratta dell'Agenzia europea per la sicurezza alimentare – EFSA (2002), dell'Agenzia europea per la sicurezza marittima – EMSA (2002), dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea – EASA (2002), dell'Agenzia dell'Unione europea per la cybersicurezza – ENISA (2004), del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie – ECDC (2004), dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera – Frontex (2004), dell'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie – ERA (2004). Risalgono inoltre, al 2005, l'Agenzia europea di controllo della pesca – CFCA, al 2006, l'Agenzia europea delle sostanze chimiche – ECHA e l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere – EIGE; al 2009, l'Agenzia europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia – ACER. Nel 2007, l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali – FRA, ha assorbito le funzioni del precedente EUMC.

⁸ La necessità di affrontare la crisi finanziaria manifestatasi alla fine del primo decennio del nuovo secolo ha dato luogo all'istituzione di nuovi organismi settoriali di vigilanza: nel 2010 sono state infatti istituite l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati – ESMA, l'Autorità bancaria europea – EBA, l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali – EIOPA nonché il Comitato europeo per il rischio sistemico – ESRB.

⁹ È del 1998 l'istituzione di Europol sulla base di una convenzione (convenzione Europol) elaborata dal Consiglio in forza dell'art. K.3 del Trattato di Maastricht e ratificata dagli Stati membri, convenzione che prevedeva l'istituzione di un Ufficio europeo di polizia. La convenzione è stata successivamente sostituita dalla [decisione 2009/371/GAI](#), a sua volta sostituita dal [regolamento \(UE\) 2016/794](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI. Risale invece al 2000 l'istituzione dell'Accademia europea di polizia (AEP, poi CEPOL) con [decisione 2000/820/GAI](#), successivamente sostituita dalla [decisione 2005/681/GAI](#) e infine dal [regolamento \(UE\) 2015/2219](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, sull'Agenzia dell'Unione europea per la formazione delle autorità di contrasto (CEPOL) e che sostituisce e abroga la decisione 2005/681/GAI del Consiglio. Nel 2001 è sorto il Centro satellitare dell'Unione europea in base all'azione comune del Consiglio 2001/555/PESC, poi sostituita dalla [decisione 2014/401/PESC](#). Dello stesso anno è l'istituzione dell'Istituto dell'Unione europea per gli studi sulla sicurezza (EUISS) sempre in base ad azione comune del Consiglio (2001/554/PESC) poi sostituita dalla [decisione 2014/75/PESC](#). Nel 2002 è la volta di Eurojust, con il fine di rafforzare la lotta alle forme gravi di criminalità, con [decisione 2002/187/GAI](#). Infine, nel 2004, è stata istituita, con l'[azione comune del Consiglio 2004/551/PESC](#) (da ultimo sostituita dalla [decisione \(PESC\) 2015/1835](#) del Consiglio) l'Agenzia europea per la difesa.

¹⁰ *Supra*, nota 2.

¹¹ Per un'accurata ricostruzione dei processi alla base dello sviluppo delle agenzie cfr., E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., pp. 48-58.

¹² Cfr. il libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo, *Il completamento del mercato interno*, [COM\(85\) 310 def.](#) del 14 giugno 1985.

l'esecuzione delle politiche e delle norme comunitarie è affidata agli Stati, a fronte della crescita regolatoria associata al completamento del mercato interno¹³.

Altrettanto improponibile si rivela, all'inizio degli anni Novanta, la costituzione di un'amministrazione comunitaria centralizzata. La scelta ricade invece sul modello utilizzato per talune discipline settoriali, cioè nell'utilizzo di strutture amministrative miste, nazionali e sovranazionali coordinate da un ufficio entificato comunitario¹⁴.

A tale ufficio è normalmente attribuita la personalità giuridica, il che conferisce alla struttura organizzativa una condizione di separatezza rispetto alla Commissione. Allo stesso tempo, le limitazioni alle competenze e ai poteri previsti dalle norme istitutive di tali soggetti, diminuiscono il rischio di una loro eccessiva autonomia.

Nonostante, dunque, i regolamenti istitutivi delle agenzie di quegli anni assumano, quale ragione alla base del fenomeno, la necessità di migliorare l'efficienza dell'amministrazione europea attraverso la separazione tra l'indirizzo politico, in capo alla Commissione, e l'attività di coordinamento delle amministrazioni nazionali in settori ad elevata tecnicità, la (più) probabile causa del moltiplicarsi di tali strutture pare da ricercarsi in quel «game of forces» caratteristico dell'amministrazione europea, che vede, da un lato, le difficoltà dell'amministrazione indiretta totale, con la propensione dei singoli Stati a far prevalere le proprie preferenze nell'attività esecutiva; dall'altro l'impraticabilità (e l'indesiderabilità) di un rafforzamento dell'amministrazione diretta¹⁵. Il modello dell'agenzia risulta perciò essere una soluzione di compromesso, un modello «based on decentralization from the Commission, rather than independence», in cui, oltretutto, «decentralization is accompanied by integration of national administrations within networks by sector»¹⁶.

Le agenzie degli anni Novanta, così come quelle create precedentemente, trovano il loro generale fondamento in quello che è oggi l'art. 352 del TFUE¹⁷ (*ex art. 308 TCE*).

¹³ E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., p. 52.

¹⁴ «L'esigenza di un'azione amministrativa comune in certi settori e le difficoltà – insormontabili, a questo stadio dell'integrazione europea – di istituire un'amministrazione comunitaria centralizzata per lo svolgimento delle relative attività tracciano un percorso obbligato, che consiste nel rafforzare non la Commissione, ma i fenomeni di cooperazione tra apparati pubblici dei vari Stati membri e della Comunità». Così, E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., p. 56.

¹⁵ E. CHITI, *Decentralized Implementation. European Agencies*, cit., p. 751. Il problema dell'esecuzione statale aveva dato origine, come noto, anche ai comitati della comitologia.

¹⁶ E. CHITI, *Decentralized Implementation. European Agencies*, cit., p. 752. Secondo M. EGEBERG, J. TRONDAL, *Agencification of the European Union Administration*, cit., p. 2, si possono individuare tre prospettive sotto cui inquadrare le agenzie: *intergovernmental*, *transnational* e *supranational*. La prima vedrebbe tali enti come «agenti» i cui poteri appaiono delegati dagli Stati; la seconda considera le agenzie come organismi dotati di una propria autonomia di azione, connessi alle istituzioni nazionali ed europee attraverso relazioni poco incisive; la terza inserisce pienamente le agenzie nel quadro dell'amministrazione europea con relazioni strette (soprattutto) nei confronti della Commissione.

¹⁷ L'EEA fa eccezione a tale regola essendo la sua istituzione ricondotta, dal [regolamento \(CEE\) n. 1210/90](#) sull'istituzione dell'Agenzia europea dell'ambiente e della rete europea d'informazione e di osservazione in materia ambientale (ora sostituito dal [regolamento \(CE\) n. 401/2009](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sull'Agenzia europea dell'ambiente e la rete europea d'informazione e di osservazione in materia ambientale), all'(allora vigente) art. 130 R del Trattato.

Già nella comunicazione della Commissione sull'inquadramento delle agenzie europee di regolazione del 2002¹⁸, però, viene affermato il principio secondo cui gli atti giuridici istitutivi di tali enti devono trovare il loro fondamento nella disposizione del Trattato che costituisce la base giuridica specifica della politica che essi intendono attuare, salvo il caso in cui tale base giuridica non sia costituita proprio dal predetto articolo.

Caratteristica comune alle agenzie create anche nel primo decennio del nuovo secolo sembra essere quella della costituzione a fronte di esigenze manifestatesi in un dato periodo e, dunque, la mancanza di un disegno organico sottostante che ne definisca i tratti comuni, nonostante che la dottrina abbia comunque segnalato alcune caratteristiche tipiche, quali il loro essere strumento di integrazione amministrativa, la loro necessaria relazione con la Commissione, la presenza di reti delle quali esse fungono da coordinatori, la titolarità di poteri per lo più strumentali¹⁹. Si tratta, peraltro, di caratteristiche generali che, pur contribuendo a chiarire il quadro organizzativo delle agenzie, non nascondono una certa frammentarietà nelle strutture e nel funzionamento dei vari enti.

Di tale circostanza pare essersi fatto carico, nel 2012, uno studio condiviso tra Commissione, Parlamento e Consiglio contenente una ricostruzione delle caratteristiche, ruoli e competenze delle varie agenzie esistenti, al fine di valutare le principali problematiche connesse al loro funzionamento.

Il documento scaturitone, noto come *Common Approach*²⁰ – la cui attuazione è posta in capo alla Commissione²¹ – oltre a qualificare le agenzie come «decentrate» e non più «di regolazione», riconosce la necessità di approntare meccanismi di valutazione dell'operato di queste, compresi gli indici di *performance*, di coerenza tra programmi pluriennali e risorse finanziarie ed umane, di una *governance* definita con precisi criteri di composizione dei consigli di amministrazione. Viene inoltre confermata la responsabilità del direttore in relazione alle *performances* dell'agenzia. Più in generale, poi, emerge il problema dell'*accountability* delle stesse agenzie, problema che viene affrontato attraverso la previsione di attività di *reporting* e di controlli interni ed esterni.

Nessuno di tali documenti sembra, tuttavia, chiarire l'estensione del potere conferito a tali organizzazioni che, nonostante lo sforzo di riordino, rimangono, sotto questo profilo, ampiamente diversificate tra loro.

2. I tentativi di classificazione delle agenzie decentrate.

¹⁸ COM(2002) 718 def., cit., p. 7.

¹⁹ E. CHITI, *Decentralized Implementation. European Agencies*, cit., p. 753.

²⁰ *Supra*, nota 1. Il lavoro è stato condotto da un apposito gruppo (*Inter-Institutional Working Group* – IIWG).

²¹ La Commissione ha, in proposito, pubblicato una serie di report sulla progressiva attuazione del *Common Approach*: cfr., la [Roadmap on the follow-up to the Common Approach on EU decentralised agencies](#), 2012, seguita da un secondo report nel 2013, nonché il *Progress report on the implementation of the Common Approach on EU decentralized agencies*, [COM\(2015\) 179 final](#) del 24 aprile 2015.

L'evidente disomogeneità, soprattutto funzionale, delle agenzie decentrate ha spinto sia la dottrina, sia la stessa Commissione a svolgere qualche tentativo di classificazione, anche al fine di delineare i poteri associati alla funzione svolta dalle prime.

Un primo lavoro classificatorio si ritrova già in un documento della Commissione sull'operatività delle agenzie regolatorie del 2002²². In tale sede, tuttavia, dopo aver distinto queste ultime agenzie da quelle esecutive, la Commissione ne individua la principale caratteristica nell'essere «incaricate di partecipare attivamente all'esercizio della funzione esecutiva mediante atti che contribuiscono alla regolamentazione di un dato settore»²³ e propone una sostanziale bipartizione che vede, da un lato, le agenzie incaricate di fornire assistenza alla Commissione, o sotto forma di pareri e raccomandazioni (come EMA ed EFSA), o sotto forma di relazioni ispettive (come EMSA) ai fini della realizzazione della funzione di vigilanza sull'applicazione del diritto dell'Unione della Commissione stessa. Dall'altro lato si individuano le agenzie titolari del potere di adottare decisioni individuali idonee a produrre effetti giuridici vincolanti nei confronti di terzi (come OHIM, CPVO ed EASA).

Tale scelta classificatoria ha incontrato diverse critiche da parte della dottrina (e dello stesso Parlamento europeo) dal momento che essa introduce nella categoria delle agenzie regolatorie anche enti privi di poteri di regolazione²⁴, senza tener conto che la stessa scelta di qualificare alcune agenzie come regolatorie in contrapposizione a quelle esecutive risulta in qualche modo fuorviante.

Un intervento correttivo alla suddetta tassonomia sembra emergere nella successiva comunicazione della Commissione sul futuro delle agenzie europee del 2008²⁵, laddove vengono distinte: agenzie che adottano decisioni individuali giuridicamente vincolanti nei confronti dei terzi²⁶; agenzie che forniscono assistenza diretta alla Commissione e agli Stati membri sotto forma di consulenza tecnica o rapporti di ispezione²⁷; agenzie che svolgono attività operative²⁸; agenzie che effettuano attività di raccolta, elaborazione e fornitura di informazioni obiettive, attendibili e comprensibili e che svolgono le loro attività in rete²⁹ e, da ultimi, i servizi per altre agenzie e istituzioni, tipicamente rappresentati dalle attività del CDT.

²² *Supra* nota 16.

²³ COM(2002) 718 def., cit., p. 4.

²⁴ Cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 162. Osserva, l'A. (p. 163): «[n]one of the EU agencies created thus far are regulatory agencies in the way the term is used in common legal parlance, the principal reason being that there are legal constraints to the delegation of discretionary power to agencies».

²⁵ COM(2008) 135 def., cit., p. 8.

²⁶ Come CVPO, OHIM, EASA ed ECHA.

²⁷ È il caso di EMSA, EFSA, ERA ed EMEA.

²⁸ Tra queste rientrano EAR, GSA, CFCA, Frontex, Eurojust, Europol e CEPOL.

²⁹ È il caso di Cedefop, EEA, Eurofound, ETF, EMCCDA, EU-OSHA, ENISA, ECDC, EIGE e FRA.

Nulla in merito ad una classificazione delle agenzie sembra invece risultare dal citato *Common Approach* del 2012, laddove emerge, piuttosto, l'esigenza di un approccio più «sistematico» nella creazione di nuove agenzie, compresa la previsione di meccanismi di estinzione o di fusione e, come poco sopra accennato, alcune disposizioni sulla governance delle stesse.

In dottrina si ritrovano diverse tesi sulla scelta dei criteri di classificazione delle agenzie. Così, esse potrebbero essere inquadrare a seconda della funzione svolta, della dimensione, del fondamento giuridico, dei loro poteri e del grado di autonomia nell'esercizio del potere, cosicché se ne ricaverebbe, sostanzialmente, una *functional*, *numerical* e *legal taxonomy*³⁰.

Secondo un diverso approccio le agenzie andrebbero classificate a seconda della tipologia di attività che esse svolgono e del correlativo potere. Sarebbe, cioè, da riconoscere, in capo a talune agenzie, la presenza di alcuni poteri regolatori³¹ (seppure circoscritti³²), concretantisi nell'emanazione di atti di portata generale; così come sarebbe indubbia la presenza, in altre agenzie, di poteri quasi-regolatori, intesi come capacità di emanare raccomandazioni dall'efficacia assai incisiva. Si rinverrebbero, poi, agenzie che possono emanare vere e proprie decisioni, dirette ai singoli, ed infine agenzie la cui attività principale consiste nella raccolta e diffusione di informazioni e nel coordinamento di reti. In questa prospettiva, si possono evidenziare *regulatory*, *quasi-regulatory*, *decision-making* e *information and coordination agencies*³³.

Sembra peraltro arduo trovare classificazioni del tutto soddisfacenti, dal momento che alcune agenzie assommano più attività o funzioni³⁴: EASA, ad esempio, può, in determinati casi, emanare decisioni individuali (come le certificazioni di aeronavigabilità e le certificazioni ambientali) ma esercita altresì funzioni di consulenza tecnica (tramite pareri) nei confronti della Commissione a supporto dell'attività normativa di quest'ultima, potendo altresì redigere i testi dei regolamenti (delegati) con un limitato potere di modifica da parte della Commissione stessa³⁵.

³⁰ E. VOS, *European agencies*, cit., p. 10.

³¹ Su questi aspetti cfr., E. CHITI, *European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 2013, pp. 93-110.

³² *Infra*, par. 3.

³³ Così P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., pp. 163-167.

³⁴ «It is noteworthy that increasingly a plurality of functions is conferred upon agencies, which makes it difficult to distinguish clearly the above-mentioned types». Così E. VOS, *European agencies*, cit., p. 11.

³⁵ Cfr. l'art. 17 del [regolamento \(CE\) n. 216/2008](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, recante regole comuni nel settore dell'aviazione civile e che istituisce un'Agenzia europea per la sicurezza aerea, e che abroga la direttiva 91/670/CEE del Consiglio, il regolamento (CE) n. 1592/2002 e la direttiva 2004/36/CE, il quale dispone che «[q]ualora si tratti di norme tecniche, in particolare concernenti la costruzione, la progettazione e gli aspetti operativi, la Commissione non può modificare il loro contenuto senza previa coordinazione con l'Agenzia».

Ne risulta che, nonostante gli sforzi dottrinali, appare ancora arduo trovare una sistematizzazione complessiva del fenomeno agenzie, risultando tuttora più proficuo lo studio della singola organizzazione.

Dibattuto è, inoltre, il tema dei poteri esercitabili dalle agenzie, sia tramite conferimento per via legislativa sia tramite delega da parte della Commissione. In quest'ultimo caso, infatti, trova applicazione il principio stabilito nella nota sentenza *Meroni*³⁶, in cui la Corte di giustizia aveva affermato che, al fine di preservare l'equilibrio istituzionale, laddove vi fosse una delega di poteri da parte di una autorità comunitaria ad altro ente od organismo, tale delega: *a*) non avrebbe potuto concernere poteri diversi da quelli conferiti al delegante dal Trattato e, *b*) non avrebbe potuto comunque riguardare poteri implicanti un elevato margine di discrezionalità.

Per quanto attiene, invece, al conferimento di poteri all'agenzia da parte dell'atto legislativo, il problema è stato affrontato, sempre dalla Corte di giustizia, nel caso *ESMA*³⁷, sul quale conviene brevemente soffermarsi.

In tale occasione, infatti, il Regno Unito aveva sostenuto la violazione del principio *Meroni* da parte dell'art. 28 del regolamento (UE) n. 236/2012³⁸ che attribuisce all'ESMA un potere di intervento, in circostanze particolari, in relazione alle vendite di titoli in posizione corta. Sosteneva, inoltre, il ricorrente, che gli artt. 290 e 291 TFUE non consentivano la delega di poteri direttamente ad un'agenzia ma solamente, in casi circoscritti, alla Commissione.

Quanto al primo profilo, la Corte ha «aggiustato» in parte il principio *Meroni* sulla base del fatto che l'ESMA fosse un'entità facente parte dell'Unione europea (e non un ente privato, come nel caso *Meroni*) e che il regolamento circoscrivesse i poteri di intervento dell'agenzia sia dal punto di vista sostanziale, sia procedurale. In relazione al secondo profilo, invece, la Corte ha sostenuto che, nonostante che nei Trattati non vi fosse esplicita previsione della delegabilità di poteri a soggetti facenti parte dell'Unione diversi dalla Commissione, una tale possibilità potesse ricavarsi implicitamente dalle norme sulla giurisdizione (artt. 263, 265 e 267 TFUE) che sottopongono gli atti di tali strutture al controllo giurisdizionale di legittimità. I poteri conferiti ad ESMA, inoltre, sarebbero necessari ad evitare improvvise oscillazioni nei prezzi di determinati strumenti finanziari e si inserirebbero nel più generale disegno di integrazione dei mercati finanziari e di prevenzione dei rischi di contagio³⁹.

³⁶ Corte di giustizia, sentenza del 13 giugno 1958, [causa 9/56](#), *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche S.p.A. c. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, EU:C:1958:7.

³⁷ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 22 gennaio 2014, [causa C-270/12](#), *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2014:18.

³⁸ [Regolamento \(UE\) n. 236/2012](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2012, relativo alle vendite allo scoperto e a taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap).

³⁹ Sentenza *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, cit., punti 84-85. Osserva, in proposito, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 172: «(...) the European Supervisory Authorities (ESAs) such as

Con la suddetta decisione la Corte di giustizia, reinterpretando il principio *Meroni*, pare dunque aver aperto la strada ad un ampliamento del potere attribuibile alle agenzie, a condizione che tale potere sia a basso contenuto di discrezionalità o, se si vuole, che la discrezionalità sia meramente tecnica. La dottrina non ha mancato di evidenziare i rischi di tale interpretazione, nel momento in cui il potere di effettuare scelte tecniche conferito all'agenzia celi, in realtà, delicate scelte (anche) politiche⁴⁰. Si rileva, inoltre, che il controllo giurisdizionale sulle decisioni di talune agenzie non appare così incisivo, soprattutto se si considera una certa giurisprudenza del Tribunale, in cui si afferma la necessaria limitatezza del sindacato giurisdizionale di legittimità su scelte a discrezionalità «estesa», in relazione alla loro complessità, emanate da talune agenzie⁴¹. Si prospetterebbe, allora, un'ulteriore criticità, legata al fatto che «the formal recognition of agencies as entities that may balance various interests and that only limited judicial control will be carried out in relation to their exercise of these powers, raises concern about the adequacy of the current accountability mechanisms»⁴².

Il problema del potere esercitabile dalle agenzie decentrate, inteso sia come potere normativo o regolamentare, sia come potere discrezionale volto all'emanazione di atti individuali vincolanti (veri e propri provvedimenti), sfocia, dunque, nella necessità di approntare idonee garanzie procedurali e di controllo: si tratta di un percorso non ancora completato ma che appare sempre più segnalare il destino delle agenzie nel prossimo futuro⁴³.

3. Le agenzie «informative» e la *regulation by information*.

Nel paragrafo che precede sono stati delineati i tratti salienti del processo di creazione delle agenzie decentrate e le principali problematiche emerse nel trentennio che ha visto la loro progressiva entrata in funzione.

ESMA, reflected a conscious choice by the EU legislature to create agencies with greater power than hitherto, and to constrain the extent to which the Commission could interfere with regulations recommended by the agencies. The CJEU acknowledged that the power accorded to ESMA by art. 28 fell outside the confines of Articles 290 e 291 TFEU. The decision by the EU legislature to vest ESMA with such power directly, nonetheless, cohered with the legislature's overall vision of the place of such agencies in the schema of EU decision-making».

⁴⁰ Cfr. E. VOS, *EU Agencies, Common Approach and Parliamentary Scrutiny (European Implementation Assessment)*, Study PE 627.131, November 2018, reperibile [online](#), p. 46: «[w]hilst considering that ESMA's powers were not very discretionary, the Court ignores that the exercise of the powers delegated entail important political, economic or social choices to be made by ESMA».

⁴¹ Cfr. Tribunale, sentenze del 19 novembre 2008, [causa T-187/06](#), *Schröder c. Ufficio comunitario delle varietà vegetali*, EU:T:2008:511; e del 7 marzo 2013, [causa T-96/10](#), *Rütgers Germany GmbH e altri contro Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA)*, EU:T:2013:109.

⁴² Così E. VOS, *EU Agencies*, cit., p. 47.

⁴³ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 192.

Occorre ora soffermarsi su un particolare tipo di agenzie e cioè quelle che svolgono attività volte alla raccolta e diffusione di informazioni. Esse appaiono come una tipologia a sé stante nella classificazione proposta nel 2008 dalla Commissione.

È, in realtà, questa, un'attività che accomuna diverse agenzie⁴⁴ ma che, per alcune, diviene la funzione principale: lo è, in particolare, per l'Agenzia europea dell'ambiente (d'ora in avanti, EEA) ma lo è anche, ad esempio, in relazione all'Agenzia per la sicurezza marittima (EMSA)⁴⁵, all'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro (EU-OSHA)⁴⁶, all'Osservatorio europeo delle droghe (EMCDDA) e all'Agenzia per i diritti fondamentali (FRA).

Queste agenzie, si è osservato in dottrina, intrattengono una particolare relazione con la Commissione, al controllo della quale sono in qualche modo sottoposte, non essendo la loro attività procedimentalizzata, né potendo le stesse rientrare nell'area del controllo giurisdizionale «provided that the product of their activity – information – is non justiciable *per se*»⁴⁷.

Come accennato nei paragrafi che precedono, le agenzie europee in genere, ma soprattutto quelle la cui attività consiste nel produrre informazioni attendibili, non sono dotate di potere normativo, non sono cioè *regulatory agencies*. E, tuttavia, la loro attività potrebbe essere vista anche come una forma di regolazione indiretta, la c.d. *regulation by information*, prospettata, in relazione alle agenzie europee sorte negli anni Novanta, in un noto saggio di Giandomenico Majone⁴⁸.

Si tratterebbe di una forma di regolazione distinta da quella «diretta», che si attua attraverso l'emanazione di atti giuridicamente vincolanti, come norme, ordini, divieti, etc., volti ad indirizzare il comportamento dei destinatari (c.d. *command and control*); una regolazione consistente, piuttosto, nell'utilizzo di schemi incentivanti o nell'offerta di informazioni qualitativamente e quantitativamente adeguate in grado di raggiungere gli obiettivi di *policy* desiderati⁴⁹.

In tale contesto, le agenzie europee «informative» risponderebbero alle difficoltà di raggiungere l'obiettivo dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali tramite

⁴⁴ Si tratta non solo di agenzie istituite nell'ambito di quello che, prima del Trattato di Lisbona, costituiva il primo pilastro dell'Unione ma anche di quelle agenzie istituite ad opera del Consiglio e rientranti nel secondo e terzo pilastro, come Europol ed Eurojust.

⁴⁵ Cfr. l'art. 2, c. 4, lett. d, del [regolamento \(CE\) n. 1406/2002](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2002, che istituisce un'Agenzia europea per la sicurezza marittima.

⁴⁶ Cfr. gli artt. 2 e 3 del [regolamento \(CE\) n. 2062/94](#) del Consiglio, del 18 luglio 1994, relativo all'istituzione di un'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro.

⁴⁷ E. CHITI, *An Important Part of the EU's Institutional Machinery*, cit., p. 1419.

⁴⁸ G. MAJONE, *The new European agencies: regulation by information*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, pp. 262-275.

⁴⁹ I due approcci (regolazione diretta e indiretta) sono combinabili tra loro. Infatti, anche nella *regulation by information* (indiretta) la tecnica *command*, tipica della regolazione diretta, può essere presente, ad esempio, per imporre la produzione di informazioni; così come la produzione di informazioni può essere prodromica alla formazione dell'atto giuridicamente vincolante, norma o comando che sia. Così G. MAJONE, *The new European agencies*, cit., p. 265.

regolazione diretta, cioè attraverso direttive, un sistema che creerebbe «huge bottlenecks at the implementation level»⁵⁰. A livello di ordinamento europeo ciò avrebbe comportato un incentivo al ricorso a «non-coercive, information-rich strategies»⁵¹ che ben si attaglia alla figura delle agenzie informative, a patto che l'informazione da queste prodotta sia qualitativamente elevata (attendibile).

La credibilità delle informazioni è tuttavia legata allo *status* dell'organizzazione che le produce e, in specie, alla sua indipendenza e/o alla sua reputazione. Quest'ultima, in particolare, risentirebbe della capacità dell'organizzazione di operare in rete poiché la presenza di un certo numero di soggetti, tra loro collegati, che perseguono il medesimo obiettivo o affrontano problemi simili, tipica delle strutture a rete, incentiverebbe i singoli componenti della stessa a mantenere elevato il loro livello reputazionale nei confronti degli altri: in altri termini, «the function of a network is not only to permit an efficient division of labour or the exchange of information and other resources, but also to facilitate the development of behavioural standards and working practices that create shared expectations and enhance the effectiveness of the social mechanism of reputational enforcement»⁵².

Inoltre, il ruolo di centro/coordinatore della rete assunto dalle agenzie informative europee contribuirebbe ad incrementare la trasparenza ogniqualvolta le informazioni vengano convogliate verso il pubblico. Al contempo, la rete coordinata dall'agenzia sarebbe in grado di espandersi includendo, nella sua attività, anche soggetti privati, come, ad esempio, le ONG: verrebbe, così, superato, l'assetto strettamente *transgovernmental* tipico degli organismi collegiali tradizionali, come i comitati della comitologia⁵³.

Tali considerazioni appaiono particolarmente utili per inquadrare in modo efficace la struttura e il ruolo dell'EEA che, non solo entra pienamente nel novero delle agenzie informative, ma è anche il centro di una estesa rete (*European Environment Information and Observation Network* – EIONET) composta (anche) da diverse amministrazioni ambientali nazionali attraverso la quale vengono raccolte, elaborate e diffuse informazioni spesso indispensabili per talune decisioni in materia ambientale.

4. L'EEA: profili strutturali.

⁵⁰ G. MAJONE, *The new European agencies*, cit., p. 268. Sul punto anche R. DEHOUSSE, *Regulation by Networks in the European Community: The Role of European Agencies*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, p. 254.

⁵¹ G. MAJONE, *The new European agencies*, cit., p. 269.

⁵² *Ivi*, p. 272.

⁵³ A. SLAUGHTER, *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*, in *Michigan Journal of International Law*, 2003, p. 1062.

Considerata in prospettiva strutturale, l'EEA presenta tratti comuni ad altre agenzie europee dello stesso tipo e, in particolare, la combinazione di organi deliberativi e organi tecnico-consultivi⁵⁴.

Quanto ai primi, il regolamento istitutivo⁵⁵ prevede la presenza di un consiglio di amministrazione, un comitato esecutivo e un direttore esecutivo. Il consiglio è composto (almeno) da un rappresentante per ogni Stato membro e da due rappresentanti della Commissione oltre a «due personalità del mondo scientifico particolarmente qualificate nel settore della protezione dell'ambiente»⁵⁶. A tali componenti possono anche aggiungersi rappresentanti degli Stati terzi che partecipino all'Agenzia.

Il comitato esecutivo è eletto dal consiglio di amministrazione e può essere destinatario di deleghe da parte del primo⁵⁷.

Secondo il par. 3 dell'art. 8 del regolamento, il consiglio decide a maggioranza dei due terzi dei componenti dell'organo. La dottrina ravvisa, nella previsione della maggioranza qualificata, un rafforzamento del ruolo degli Stati all'interno dell'EEA, a scapito della dimensione sovranazionale che sarebbe emersa adottando la regola della maggioranza semplice⁵⁸.

La figura del direttore esecutivo appare particolarmente significativa. Il direttore, infatti, come avviene per la gran parte delle agenzie decentrate, presenta un legame organizzativo con la Commissione essendo nominato dal consiglio di amministrazione su proposta della prima.

La ripartizione delle competenze tra consiglio e direttore, che risulta dal regolamento istitutivo dell'EEA, appare piuttosto peculiare dal punto di vista testuale: da un lato, infatti, le competenze del secondo sono numerate⁵⁹ il che farebbe pensare ad una residualità di quelle del primo, salvo delega al secondo. In realtà, il direttore esecutivo risulta titolare di competenze proprie rilevanti, tra cui l'ordinaria amministrazione dell'agenzia, le questioni relative al personale, la preparazione e pubblicazione delle relazioni sullo stato dell'ambiente e delle relative statistiche, oltre che di competenze «esecutive» nei confronti delle decisioni e dei programmi adottati dal consiglio di amministrazione. Quest'ultimo, dal canto suo, risulta invece titolare del potere di

⁵⁴ L. CUOCOLO, *Le Agenzie per l'ambiente tra diritto comunitario e diritti interni*, in V. SALVATORE (a cura di), *Le Agenzie dell'Unione Europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, 2011, pp. 68-69, ricorda come la struttura originaria dell'agenzia, la cui istituzione, come noto, risale al 1990, fosse il risultato di un compromesso tra le istanze della Commissione e le posizioni del Parlamento, la prima intenzionata ad istituire un soggetto in grado di raccogliere dati e privo di potere decisionale, il secondo invece propenso alla creazione di un soggetto autonomo dotato di poteri propri, anche ispettivi.

⁵⁵ [Regolamento \(CEE\) n. 1210/90](#), sostituito dal regolamento (CE) n. 401/2009, cit.

⁵⁶ Art. 8, par. 1 e 2, regolamento (CE) n. 401/2009, cit.

⁵⁷ Le norme procedurali interne del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo sono state adottate dallo stesso consiglio secondo quanto previsto dall'art. 8, par. 2 del regolamento (CE) n. 401/2009. Cfr. [Management Board and Bureau Rules of Procedure](#), come modificate nel 2015.

⁵⁸ L. CUOCOLO, *Le Agenzie per l'ambiente*, cit., p. 72.

⁵⁹ Cfr., l'art. 9, par. 1 del regolamento (CE) n. 401/2009, cit.

programmazione, nella misura in cui esso adotta il «programma pluriennale di lavoro fondato sui settori prioritari indicati dall'art. 3, paragrafo 2»⁶⁰, (comprensivo di una proposta di bilancio pluriennale) e, sulla base di questo, il programma di lavoro (annuale) dell'agenzia. Entrambi i piani sono tuttavia adottati sulla base di progetti presentati dal direttore esecutivo.

Sembra, dunque che entrambi gli organi abbiano competenze specifiche senza che sia prevista una qualche residualità a favore del consiglio; anzi, potrebbe ritenersi «che tutte le competenze gestionali non espressamente attribuite al Consiglio spettino al Direttore esecutivo»⁶¹.

La figura del direttore viene inoltre ritenuta particolarmente «vicina» alla Commissione, non solo perché quest'ultima detiene il potere di proporre la nomina ma anche perché nessun requisito tecnico particolare è previsto in relazione all'incarico⁶², che, tra l'altro, può essere rinnovato di ulteriori cinque anni dopo il primo mandato quinquennale⁶³.

Disposizioni più precise si ritrovano invece per gli organi tecnico-scientifici dell'agenzia.

L'art. 10, par. 2 del regolamento istitutivo dell'agenzia, infatti, richiede che i componenti del comitato scientifico siano particolarmente qualificati in materia ambientale. Il loro incarico ha durata di quattro anni ed è rinnovabile una sola volta.

Il comitato ha una funzione prettamente consultiva: il par. 1 del menzionato art. 10 stabilisce che esso emetta pareri obbligatori («nei casi previsti dal presente regolamento») e facoltativi («su ogni questione scientifica relativa all'attività dell'Agenzia che il consiglio di amministrazione o il direttore esecutivo gli rappresentino»).

È da ricordare inoltre che, nel 2021, la c.d. legge europea sul clima (regolamento (UE) 2021/1119⁶⁴) ha istituito un apposito comitato scientifico di tipo «settoriale» denominato «comitato consultivo scientifico europeo sui cambiamenti climatici» (ESABCC o comitato consultivo), attraverso l'inserimento di un nuovo articolo (10 *bis*) nel regolamento istitutivo dell'EEA.

Tale nuovo comitato, che ha la funzione di fornire pareri in forma indipendente e di produrre report sul raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione, risulta legato

⁶⁰ Così l'art. 8, par. 4 del regolamento (CE) n. 401/2009, cit.; l'art. 3, par. 2 indica, quali settori prioritari, a) la qualità dell'aria ed emissioni atmosferiche, b) la qualità dell'acqua, inquinanti e risorse idriche, c) lo stato dei suoli, della fauna e della flora nonché dei biotopi, d) l'utilizzazione del suolo e risorse naturali, e) la gestione dei rifiuti, f) le emissioni sonore, g) le sostanze chimiche pericolose per l'ambiente e, h) la protezione del litorale e del mare.

⁶¹ L. CUOCOLO, *Le Agenzie per l'ambiente*, cit. p. 71.

⁶² Cfr., ancora, L. CUOCOLO, *Le Agenzie per l'ambiente*, cit. p. 73, che ravvisa una relazione di carattere para-fiduciario tra direttore esecutivo dell'EEA e Commissione.

⁶³ Art. 9, par. 1 del regolamento (CE) n. 401/2009, cit.

⁶⁴ [Regolamento \(UE\) 2021/1119](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»).

all'EEA solo sul piano organizzativo e condivide alcune delle caratteristiche strutturali del comitato scientifico proprio dell'agenzia, come la nomina da parte del consiglio di amministrazione e il mandato quadriennale rinnovabile una sola volta. I requisiti richiesti ai componenti del comitato consultivo sono, tuttavia, specificati dalla norma: eccellenza scientifica, esperienza nello svolgimento di valutazioni e di consulenza scientifica, ampia esperienza nel campo delle scienze climatiche, esperienza professionale interdisciplinare in contesto internazionale⁶⁵.

Le suddette caratteristiche si combinano con il fatto che il comitato consultivo assume una posizione di particolare autonomia nei confronti dell'agenzia pur essendovi «incardinato», anche sotto il profilo contabile⁶⁶: l'incarico assunto dai suoi componenti è a titolo personale ed è svolto «in completa indipendenza dagli Stati membri e dalle istituzioni dell'Unione»⁶⁷. Non solo. Secondo le previsioni del par. 5 dell'art. 10 *bis*, il comitato «integra» il lavoro dell'agenzia ma stabilisce autonomamente il proprio programma di lavoro annuale⁶⁸, all'unica condizione di una consultazione con il consiglio di amministrazione.

La struttura organizzativa dell'EEA appare, dunque, sotto il profilo interno, semplificata rispetto a quella di altre agenzie, essendo essa costituita dai soli organi essenziali e tipici: consiglio di amministrazione, direttore ed organi tecnico-scientifici, tra i quali, però, il nuovo comitato consultivo assume una posizione organizzativa peculiare, godendo di una spiccata autonomia.

Vista dall'esterno, invece, l'EEA si presenta come il centro di una struttura reticolare assai vasta e complessa, i nodi della quale sono costituiti per lo più da soggetti pubblici nazionali con i quali l'agenzia si interrela in vario modo, come tra breve si vedrà.

5. Segue. Profili funzionali.

Come si accennava in precedenza, l'istituzione di un apposito ufficio entificato comunitario volto alla produzione di studi ambientali attraverso la raccolta ed elaborazione di informazioni non è parso sufficiente al corretto svolgimento della funzione, tanto che è stato previsto, dal legislatore europeo, l'intervento di diverse organizzazioni, nazionali, sovranazionali e miste che compongono la «rete europea d'informazione e di osservazione ambientale» (EIONET). Anzi, proprio l'art. 1 del regolamento istitutivo dichiara espressamente il fine di attuare tale rete, cosicché l'agenzia appare fin dall'origine come un elemento integrante della rete stessa.

⁶⁵ Art. 10 *bis*, parr. 2-3, del regolamento (CE) n. 401/2009, cit. I componenti del comitato consultivo sono 15.

⁶⁶ Cfr. l'art. 11, par. 5 del regolamento (CE) n. 401/2009, cit., secondo cui «[i]l bilancio dell'Agenzia include anche le spese concernenti il comitato consultivo».

⁶⁷ Art. 10 *bis*, par. 4 del regolamento (CE) n. 401/2009, cit.

⁶⁸ Il programma per l'anno 2023 è reperibile a [questa pagina](#).

L'attività dell'agenzia, dunque, è condivisa con altri soggetti «in un sistema di raccolta dei dati coerente ed organico, capace di produrre informazione di qualità a partire dall'interazione e dagli scambi di dati tra apparati ed organizzazioni già esistenti negli ordinamenti interni»⁶⁹.

A tale proposito, il regolamento n. 401/2009 pare distinguere tra obiettivo del sistema, composto da agenzia e rete, per il raggiungimento del quale si prospettano altrettante funzioni e attività (fornire all'Unione e agli Stati membri «informazioni oggettive, attendibili e comparabili a livello europeo» e fornire «il supporto tecnico e scientifico necessario»⁷⁰) e funzioni attribuite direttamente all'agenzia⁷¹. Queste ultime, in particolare, potrebbero essere suddivise in due grandi gruppi: il primo comprende la funzione informativa vera e propria, il secondo una serie di attività in vario modo connesse alla prima (coordinamento della rete EIONET; supporto all'Unione europea e agli Stati membri nella presentazione di relazioni e, nei confronti dei soli Stati, nell'elaborazione o ampliamento dei sistemi di controllo dei provvedimenti ambientali; pubblicazione della relazione quinquennale sullo stato dell'ambiente; stimolo allo sviluppo di tecniche di previsione e di valutazione dei danni ambientali).

La funzione informativa consta invece della raccolta, elaborazione e scambio di informazioni ambientali che siano oggettive e comparabili, fornendo criteri di valutazione uniformi che consentano altresì l'integrazione di tali informazioni nei programmi internazionali di sorveglianza dell'ambiente. A tali attività si aggiunge l'assistenza alla Commissione nello scambio di metodologie per le valutazioni ambientali e di migliori pratiche.

Infine, l'art. 2 del regolamento istitutivo prevede, alla lett. *m*, la diffusione delle informazioni (affidabili e paragonabili) sullo stato dell'ambiente tra i cittadini.

Risulterebbe, così, che l'attività informativa dell'agenzia sarebbe a sua volta scomponibile in due aree: una prima, rivolta agli Stati e all'Unione, in cui la raccolta e il trattamento dei dati è strumentale all'attività normativa ed amministrativa in materia ambientale della Commissione e degli stessi Stati, ed una seconda, rivolta alla collettività in generale, al fine di consentire a quest'ultima di valutare l'azione dell'amministrazione ma anche di orientare il comportamento del pubblico e delle imprese nelle scelte che incidono sull'ambiente⁷².

⁶⁹ Così E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., p. 251.

⁷⁰ Art. 1, par. 2 del regolamento (CE) n. 401/2009, cit. In realtà la disposizione definisce l'obiettivo «dell'Agenzia europea dell'ambiente e della rete europea d'informazione e di osservazione in materia ambientale».

⁷¹ Artt. 2 e 3 del regolamento (CE) n. 401/2009, cit.

⁷² E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., p. 253. Si vedano, in proposito, le considerazioni effettuate *supra*, par. 3. Osserva, criticamente, L. CUOCOLO, *Le agenzie per l'ambiente*, cit., pp. 96-97, come le informazioni che dall'agenzia vanno agli *stakeholders* (Commissione e Stati) e che sono, dunque, in grado di influenzare le politiche comunitarie in materia ambientale, non darebbero «obiettive garanzie né di scientificità, né di indipendenza» con il rischio che «l'informazione sia fornita e utilizzata strumentalmente agli obiettivi da raggiungere o – per contro – che sia distorta da convincimenti “prospettivi” interni

La distinzione tra i destinatari dell'informazione e la molteplicità di compiti assegnati all'agenzia appaiono anch'essi il portato del compromesso tra i diversi attori che hanno contribuito all'istituzione della stessa (Commissione, Parlamento europeo, Stati membri)⁷³, ciascuno dei quali è portatore di un interesse proprio.

La funzione informativa dell'agenzia, dunque, appare volta, da un lato, a stimolare il dibattito sui temi ambientali tra il pubblico e, dall'altro, a indirizzare (e influenzare) le decisioni politiche in materia, potendo così «adattarsi» alle esigenze del soggetto a favore del quale essa è destinata⁷⁴.

Si tratta, peraltro, di un'attività per la quale già da tempo la dottrina ha segnalato l'assenza di regole o principi specifici normativamente previsti e, soprattutto, l'assenza di procedimentalizzazione e delle garanzie che quest'ultima comporta⁷⁵.

Anche gli effetti dell'attività di elaborazione delle informazioni, che consiste essenzialmente nella produzione di studi – intesi come giudizi tecnici – sono variabili, potendo questi ultimi costituire il semplice impulso alla Commissione per l'avvio di procedimenti amministrativi oppure contenere la mera indicazione di una posizione tecnica dell'agenzia stessa sulle modalità, sulla posizione e sul «peso» che dovrebbe assumere l'interesse pubblico ambientale nel contesto di determinati procedimenti amministrativi, anche nazionali⁷⁶.

La questione pare complicarsi ulteriormente se si considera (più coerentemente) che le funzioni dell'agenzia vengono svolte in coordinamento con la sua rete e cioè attraverso una serie di rapporti di scambio di informazioni tra questa e i soggetti che della

all'Agenzia». Del pari, l'informazione rivolta ai cittadini potrebbe generare effetti ancora più gravi a causa dell'asimmetria informativa che caratterizza i destinatari e la possibilità che le informazioni elaborate dall'agenzia divengano «fatalmente informazioni “manipolate”, vuoi nell'interesse degli esecutivi, vuoi negli interessi specifici e “scientifici” dei comportamenti dell'Agenzia e della rete».

⁷³ *Supra*, nota 53. Si noti, per inciso, che l'attività informativa dell'EEA è stata anche causa di notevoli frizioni tra l'agenzia e la DG Ambiente della Commissione, soprattutto nei primi anni di funzionamento della prima. La DG Ambiente, infatti, pareva considerare l'agenzia come una sorta di *competitor*, laddove la sua funzione potesse andare oltre la mera raccolta dati ed influenzare, invece, le politiche ambientali attraverso l'elaborazione di reports contenenti ad esempio *policy reviews*. Osserva, in proposito, M. MARTENS, *Voice or Loyalty? The Evolution of the European Environmental Agency (EEA)*, in *Journal of Common Market Studies*, 2010, p. 890: «during the first years of the agency's existence, DG Environment called for hard facts and targeted information relevant for its own needs and was blamed for being afraid of a body that evaluated what they were doing. The EEA on the other hand insisted on carrying out policy analyses and providing the public with general information about the state of environment». Tale situazione di contrasto pare essersi attenuata nel tempo e la relazione tra i due uffici essersi assestata verso un mutuo riconoscimento: «DG Environment is calling on EEA to provide specific support to their policy where before they may have used consultants or other arrangements. EEA has become involved both in *policy formulation* and in *implementation* reflecting to a large extent the policy agenda of DG Environment» (*ivi*, p. 894).

⁷⁴ M. MARTENS, *Voice or Loyalty?*, cit., p. 885, secondo cui «an information agency may seek to play the role as a barking watchdog or the role as a loyal lap dog *vis-à-vis* the political masters».

⁷⁵ E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., p. 298, secondo cui «[n]on si può ignorare (...) che anche nel settore dell'informazione ambientale si pongano le questioni collegate all'attività di gestione del rischio (...) dalla partecipazione al procedimento delle parti interessate all'esigenza di garantire il pluralismo scientifico, al difficile equilibrio tra attività tecnica e valutazione di opportunità».

⁷⁶ *Ivi*, p. 290.

reti fanno parte, senza che vi siano regole precise a formalizzare tali relazioni⁷⁷, che sono piuttosto rinvenibili in linee guida o, comunque, strumenti di *soft law*, come subito si vedrà.

6. La rete EIONET.

Come poco sopra si accennava, l'EEA si configura come il «centro» di una rete strutturalmente complessa e vasta, EIONET, oltre che di una rete più ristretta, EPA⁷⁸. Quello della rete è un modello organizzativo ormai assai diffuso a diversi livelli ordinamentali a causa della sua duttilità morfologica e funzionale. Nonostante l'origine delle reti sia storicamente risalente, la diffusione del modello ha manifestato un andamento crescente in tempi recenti⁷⁹. L'utilizzo della rete appare particolarmente significativo nell'amministrazione europea, rappresentando una parte della c.d. amministrazione condivisa o mista⁸⁰ e costituendo, così, un aspetto saliente del complessivo funzionamento di questa.

La rete EIONET è disciplinata dal medesimo regolamento istitutivo dell'agenzia, il quale, all'art. 4, ne definisce la composizione: «[l]a rete comprende: a) i principali elementi delle reti nazionali di informazione; b) punti focali nazionali; c) i centri tematici operativi».

Secondo quanto previsto dal regolamento, gli elementi delle reti nazionali di informazione sull'ambiente sono individuati dagli Stati membri⁸¹ e comunicati all'agenzia. Si tratta di istituzioni, enti e organizzazioni di varia natura alcune delle quali possono essere «specificamente incaricate di cooperare con l'[a]genzia per quanto riguarda determinati argomenti di interesse particolare»⁸²: in tal caso, l'organizzazione in parola è in grado di divenire «centro tematico» della rete (*European Topic Centre – ETC*) attraverso la stipulazione di un apposito accordo con l'agenzia e previa designazione da parte del consiglio di amministrazione⁸³.

⁷⁷ L. CUOCOLO, *Le Agenzie per l'ambiente*, cit., p. 98.

⁷⁸ EPA (di cui ISPRA è la componente italiana) è la rete che collega l'Agenzia europea dell'ambiente e le autorità ambientali dei 27 Stati membri dell'Unione e di altri 10 paesi europei, con l'obiettivo di raccogliere le *best practices* nazionali, facilitarne lo scambio e compilare reports sullo stato dell'ambiente.

⁷⁹ S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma, 2003, pp. 21-26.

⁸⁰ P. CRAIG, *Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives*, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 2009, n. 6, reperibile [online](#), p. 27.

⁸¹ Partecipano alla rete, oltre agli Stati membri, anche Islanda, Liechtenstein, Norvegia, Svizzera e Turchia, e ulteriori sei Stati dell'area balcanica (c.d. *cooperating countries*: Serbia, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Kosovo, Macedonia del Nord e Albania), per un totale di trentotto Stati e di circa quattrocento istituzioni.

⁸² Così il par. 4 dell'art. 4 del regolamento n. 401/2009, cit.

⁸³ Cfr. l'art. 4, par. 5 del regolamento n. 401/2009, cit. Gli ETC settoriali possono formare anche consorzi specializzati su tematiche specifiche e contribuire così all'attività dell'agenzia e degli Stati. Gli ETC sono attualmente sette e, precisamente: biodiversità ed ecosistemi (ETC BE); economia circolare e uso delle risorse (ETC CE); adattamento ai cambiamenti climatici e uso del suolo (ETC CA); mitigazione

Sempre gli Stati membri designano i c.d. punti focali nazionali (*National Focal Points* – NFP) con la funzione di coordinare e trasmettere le informazioni da fornire all'agenzia e agli altri componenti la rete. Il NFP costituisce dunque il primo punto di raccordo tra l'EEA e lo Stato.

La rete EIONET costituisce dunque lo strumento di connessione tra Stati, agenzia e organizzazioni che operano nel settore ambientale al fine di permettere non solo lo scambio di informazioni affidabili ma anche la diffusione di *best practices*, la definizione di *benchmarks* e, più in generale, la costruzione di percorsi di miglioramento nella gestione delle problematiche riguardanti la tutela dell'ambiente, anche attraverso la collaborazione con le istituzioni responsabili delle relative politiche.

L'attività di EIONET si inserisce nel quadro programmatico di azione in materia ambientale che nel 2022 è giunto alla sua ottava edizione, coprendo il periodo 2021-2030⁸⁴. In particolare, l'agenzia ha pubblicato, nel 2021, l'*EEA-EIONET Strategy 2021-2030*⁸⁵, documento in cui sono stati posti cinque obiettivi strategici da raggiungere, a supporto di quelli previsti dall'8° programma di azione ambientale⁸⁶. Tali obiettivi coinvolgono, in primo luogo, la funzione informativa della rete orientandola maggiormente verso il tema della sostenibilità, nel senso di destinarla, da un lato, al supporto delle politiche di transizione verso la stessa e, dall'altro, come stimolo alla ricerca di soluzioni innovative anche attraverso la discussione pubblica⁸⁷. In secondo luogo, gli obiettivi in parola prospettano un rafforzamento della struttura della rete, (soprattutto sul fronte nazionale) e dei dati a sua disposizione attraverso il pieno utilizzo della digitalizzazione, nonché la necessità di accompagnare gli sviluppi ora visti con idonee risorse, finanziarie e umane⁸⁸.

Il documento individua, inoltre, cinque aree di intervento delle attività della rete, con l'idea di fornire informazioni in grado di garantire una visione «a tutto tondo» delle

dei cambiamenti climatici (ETC CM); integrazione dati e digitalizzazione (ETC DI); ambiente e salute umana (ETC HE); transizioni verso la sostenibilità (ETC ST).

⁸⁴ [Decisione \(UE\) 2022/591](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 aprile 2022, relativa a un programma generale di azione dell'Unione per l'ambiente fino al 2030. L'ottavo programma «dovrebbe sostenere gli obiettivi del Green Deal europeo» (considerando n. 11) e costituire «la base per il conseguimento degli obiettivi ambientali e climatici definiti nell'ambito dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite» (considerando n. 13).

⁸⁵ Il documento è disponibile nel [portale EIONET](#).

⁸⁶ L'art. 2, par. 2 della decisione sopra menzionata prevede sei obiettivi tematici prioritari che possono essere così riassunti: a) riduzione delle emissioni di gas a effetto serra; b) rafforzamento della capacità di adattamento; c) transizione verso un'economia circolare; d) riduzione dell'inquinamento da sostanze chimiche nocive; e) ripristino della biodiversità marina e terrestre; f) promozione della sostenibilità ambientale.

⁸⁷ Così, ad esempio, il primo e il secondo obiettivo strategico (SO1 – *Supporting policy implementation and sustainability transition* e SO2 – *Providing timely input to solution for sustainability challenges*).

⁸⁸ Cfr. il terzo, quarto e quinto obiettivo (SO3 – *Building stronger networks and partnerships*, SO4 – *Making full use of the potential of data, technology and digitalisation* e SO5 – *Resourcing our shared ambitions*).

problematiche ambientali, evidenziando le interconnessioni esistenti tra i settori produttivi, i sistemi produttivi e i consumi (c.d. *actionable knowledge*). Le aree previste riguardano: *a*) biodiversità ed ecosistemi, *b*) mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici, *c*) rapporto tra inquinamento e salute umana, *d*) economia circolare ed uso delle risorse ed *e*) azioni per lo sviluppo sostenibile anche attraverso il cambiamento degli stili di vita e dei consumi della collettività⁸⁹.

6.1. La rete EIONET in Italia.

La complessità del sistema informativo reticolare ambientale è ben rappresentata dal caso italiano.

NFP di EIONET in Italia è, infatti, l'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), istituito con decreto legge 25 giugno 2008, n. 112⁹⁰ con l'intento di razionalizzare le strutture tecniche statali⁹¹.

L'organizzazione dell'ente, per il quale lo stesso decreto istitutivo prevede la vigilanza del ministro dell'ambiente, è demandata ad un regolamento dello stesso ministro, emanato di concerto con quello dell'economia e delle finanze, sentite le competenti commissioni parlamentari.

Il regolamento ministeriale definisce ISPRA come «ente pubblico di ricerca, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia tecnico-scientifica, organizzativa, finanziaria, gestionale, patrimoniale e contabile»⁹². Gli obiettivi dell'attività ordinaria, le ulteriori attività demandate all'istituto, così come gli indicatori di misurazione dell'andamento dei servizi ordinari sono contenuti, secondo l'art. 12 del regolamento, in apposita convenzione con il Ministero dell'ambiente.

ISPRA è dunque inquadrabile nel generico modello delle agenzie ministeriali deputate allo svolgimento di attività tecnico-scientifica⁹³ che, pur dotate di autonomia, risultano comunque soggette alle direttive generali del ministro e il cui statuto è parimenti approvato con regolamento ministeriale⁹⁴.

⁸⁹ Cfr. *EEA-EIONET Strategy 2021-2030*, cit., p. 7.

⁹⁰ [Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112](#), Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, convertito in [legge 6 agosto 2008, n. 133](#).

⁹¹ L'art. 28 del decreto sopra menzionato stabilisce, al comma 2, che l'ISPRA svolge le funzioni dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici (APAT), dell'Istituto Nazionale per la fauna selvatica (INFS) e dell'Istituto Centrale per la Ricerca scientifica e tecnologica applicata al mare (ICRAM).

⁹² Art. 1, comma 1, del [decreto 21 maggio 2010, n. 123](#), Regolamento recante norme concernenti la fusione dell'APAT, dell'INFS e dell'ICRAM in un unico istituto, denominato Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), a norma dell'articolo 28, comma 3, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

⁹³ Cfr. G. SCIULLO, *Alla ricerca del centro. Le trasformazioni in atto nell'amministrazione statale italiana*, Bologna, 2000, p. 42.

⁹⁴ Cfr., l'art. 14, comma 1, decreto n. 123/2010.

Al fine di individuare le relazioni tra l'ISPRA ed EIONET, conviene esaminare la struttura attraverso cui la prima svolge la sua funzione informativa.

L'ISPRA, infatti, è prima di tutto parte di una rete nazionale costituita dal Sistema Nazionale di Protezione dell'Ambiente (SNPA). Si tratta di un sistema istituito dalla legge nel 2016⁹⁵, di cui fanno parte, oltre all'ISPRA, le agenzie regionali e delle province autonome per la protezione dell'ambiente (rispettivamente, ARPA e APPA) con il fine di attuare i livelli essenziali delle prestazioni tecniche ambientali (LEPTA)⁹⁶.

Il sistema non ha solo funzioni di raccolta, trasmissione e diffusione di informazioni ambientali che, per disposizione della stessa legge, contengono elementi conoscitivi costituenti «riferimento ufficiale e vincolante per le attività di competenza delle pubbliche amministrazioni»⁹⁷ ma ha, più generalmente, funzioni di monitoraggio dello stato dell'ambiente, di controllo delle fonti di inquinamento, di consulenza tecnica e supporto alle amministrazioni, di collaborazione alle istituzioni scolastiche e di ricerca e di partecipazione ai sistemi nazionale e regionale di protezione civile.

All'interno del sistema, l'ISPRA ha, in particolare, il compito di realizzare e gestire il Sistema Informativo Nazionale Ambientale (SINA), anch'esso reticolare, poiché si serve dei c.d. Punti Focali Regionali (PFR) e dei Sistemi Informativi Regionali Ambientali (SIRA): SINA, PFR e SIRA, infatti, costituiscono la rete informativa nazionale ambientale denominata SINANET.

Al contempo, l'ISPRA costituisce il «nodo» nazionale della rete EIONET e, dunque, il punto di passaggio delle informazioni ambientali dal livello nazionale a quello europeo. A tale scopo, l'Istituto si configura anche come interfaccia nazionale di EIONET e interlocutore principale dell'EEA.

A questo proposito, occorre rilevare che, al fine di migliorare il collegamento tra l'agenzia e gli Stati, in linea con la citata *EEA-EIONET Strategy 2021-2030*, a partire dal 2020 sono state apportate alcune modifiche nell'organizzazione della rete a livello nazionale, su impulso della stessa agenzia europea dell'ambiente. In particolare, sono stati introdotti, quali nuove figure, in sostituzione dei precedenti Centri Nazionali di Riferimento (NRCs), tredici «Gruppi EIONET», ai quali possono essere associati appositi sottogruppi (gruppi tematici) specializzati e individuati dal *National Focal Point* e cioè, nel caso italiano, dall'ISPRA⁹⁸. È stata, inoltre, introdotta la figura del coordinatore

⁹⁵ [Legge 28 giugno 2016, n. 132](#).

⁹⁶ Secondo l'art. 2, c. 1, lett. e, della [legge 28 giugno 2016, n. 132](#), recante istituzione del Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente e disciplina dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale, i LEPTA costituiscono «il livello qualitativo e quantitativo di attività che deve essere garantito in modo omogeneo sul piano nazionale per le attività, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, di cui il LEPTA costituiscono l'applicazione in materia di ambiente».

⁹⁷ Art. 3, c. 1, lett. c, legge n. 132/2016.

⁹⁸ I Gruppi EIONET di livello nazionale sono: 1) *Biodiversity – Land, Water and Marine Ecosystems 1 – Integration of knowledge for policies* (cui sono associati i seguenti Gruppi tematici: *Water, Marine/Oceans, Biodiversity monitoring, Forest ecosystems*); 2) *Biodiversity and ecosystems 2 – Cumulative pressures, and solutions*; 3) *Climate change mitigation and energy systems*; 4) *Climate change*

nazionale del flusso di dati (*National Data Flow Coordinator* – NDFC) per facilitare lo scambio di informazioni tra il Punto Focale Nazionale, i Gruppi EIONET e l'agenzia europea.

7. Considerazioni conclusive: verso un nuovo ruolo dell'informazione ambientale.

Nelle pagine che precedono si è cercato di evidenziare come le agenzie informative giochino un ruolo assai rilevante nel panorama dell'amministrazione europea. L'EEA, in particolare, ha costituito – e tuttora costituisce – il punto di riferimento per garantire l'emanazione di decisioni politiche ed amministrative ambientali consapevoli e in linea con l'impegno di una tutela sempre più effettiva, sia a livello europeo sia a livello statale. L'informazione ambientale di elevata qualità, insomma, è anch'essa una risorsa, che costituisce la base, non solo per i processi decisionali di competenza delle istituzioni ma anche una guida per orientare i comportamenti sociali verso i medesimi obiettivi di tutela.

Tuttavia, la lettura della *EEA-EIONET Strategy 2021-2030*, sopra menzionata, restituisce un cambio di passo o un avanzamento nel livello e nel ruolo che l'informazione ambientale è chiamata a svolgere. Quest'ultima, infatti, non funge più solamente da supporto al processo decisionale pubblico o privato ma aspira a divenire fattore essenziale per lo sviluppo di soluzioni innovative per raggiungere gli obiettivi di sostenibilità.

A tale scopo un rafforzamento della rete appare auspicato in diverse direzioni: nei confronti delle amministrazioni e delle collettività nazionali, attraverso il coinvolgimento di un maggior numero di soggetti; nei confronti delle organizzazioni internazionali, sia a livello regionale che globale e, soprattutto, nei confronti di altre agenzie europee operanti in settori contigui come ECHA, EFSA ed ECDPC⁹⁹, nonché di altre reti aventi obiettivi di tutela ambientale. Vale la pena, in proposito, ricordare la rete IMPEL, rete europea per l'attuazione e il rispetto del diritto dell'ambiente, cui è fatto esplicito riferimento nell'art. 3, par. 3 del citato regolamento (CE) n. 401/2009¹⁰⁰.

impacts, vulnerability and adaptation; 5) *Human health and the environment* (cui sono associati i seguenti Gruppi tematici: *Air pollution – Air quality and Emissions, Noise, Chemicals*); 6) *Circular economy and resource use* (cui sono associati i Gruppi tematici: *Circular economy monitoring, Material flows and resource /use efficiency, Sustainable production & consumption/Key product value chains, Waste prevention and management*); 7) *Foresight*; 8) *State of the environment*; 9) *Food Systems*; 10) *Land Systems* (cui sono associati i Gruppi tematici: *Soil, Land System accounting/analysis data and methods, Support to Copernicus land monitoring*); 11) *Mobility systems*; 12) *Data, technologies and digitalization* (cui sono associati i Gruppi: *Data and data analysis* e *Data technologies*); e 13) *Communications*. Lo schema è disponibile nel [sito ISPRA](#).

⁹⁹ Cfr., *EEA-EIONET Strategy 2021-2030*, cit., p. 15.

¹⁰⁰ IMPEL si configura, in realtà, come un'associazione internazionale non-profit di 58 autorità nazionali preposte alla tutela ambientale degli Stati membri dell'Unione europea e di altri Stati, per un totale di 38 paesi aderenti. La sua istituzione, come rete informale di autorità ambientali, risale al 1992. Fanno attualmente parte di IMPEL, per l'Italia, il Ministero dell'ambiente, ISPRA e le ARPA di Emilia-Romagna e Lombardia. Sulle reti ambientali europee cfr. anche M. ALBERTON, *Il ruolo e il funzionamento delle agenzie e delle reti ambientali in Europa*, in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello, regolazione e reti*, Milano, 2008, p. 259 ss.

Il progressivo ampliamento del novero dei soggetti coinvolti e connessi per la raccolta, l'elaborazione e l'utilizzo di informazioni ambientali di elevata qualità comporta verosimilmente, da un lato, una sfida organizzativa legata al coordinamento di un numero di «nodi» molto elevato, tanto più che, spesso, gli stessi nodi della rete assumono, a loro volta, il ruolo di «centro» di reti nazionali, per cui EIONET finisce per configurarsi come «rete di reti».

Dall'altro lato, appare plausibile che, all'estendersi della rete anche la quantità e la diversificazione delle informazioni aumenti, con il rischio di un eccesso informativo potenzialmente difficile da gestire, senza il costante adeguamento dei sistemi di elaborazione dei dati, ciò che, non a caso, costituisce uno specifico obiettivo strategico (il quarto) di EIONET per la fine del corrente decennio.

La sfida di EEA-EIONET per i prossimi anni appare, dunque, quella di equilibrare le dimensioni del proprio sistema, con la qualità e la diversificazione dei flussi informativi da gestire: una gestione coordinata ed efficiente delle informazioni, infatti, potrà consentire anche quell'*upgrade* funzionale a cui il sistema pare aspirare: quello di divenire un vero e proprio «motore» della tutela ambientale europea.

ABSTRACT: Lo scritto inquadra, nel contesto del sistema amministrativo europeo, il ruolo delle agenzie c.d. decentrate, con particolare attenzione alla *European Environment Agency* (EEA). La raccolta, l'elaborazione e la «restituzione», non solo alle istituzioni europee e alle amministrazioni nazionali ma anche al pubblico in generale, di informazioni e dati ambientali affidabili e comparabili, effettuata dall'agenzia, costituisce un'attività amministrativa che, pur non concretandosi in decisioni vere e proprie, ne costituisce comunque la base. La struttura reticolare che supporta l'agenzia (la rete EIONET) e che è da questa coordinata consente il collegamento con un numero significativo di attori (istituzionali e non) ai diversi livelli territoriali. Con la «Strategia 2021-2030» il sistema EEA-EIONET si propone di accrescere ulteriormente il ruolo della propria attività informativa al fine di divenire uno dei protagonisti della realizzazione degli obiettivi di transizione sostenibile in Europa.

PAROLE CHIAVE: amministrazione europea; agenzie decentrate; ambiente; EEA; reti.

European agencies, networks and environmental protection

ABSTRACT: The paper aims to highlight the role of decentralized agencies in the broader context of EU administration, focussing especially on the European Environment Agency (EEA). The agency collects, elaborates and provides sound, independent and reliable information on the environment and climate to EU and national institutions as well as to the public. This activity results in a type of administration that, albeit not strictly decisional, is actually fundamental to the latter. The network coordinated by the agency (EIONET) connects a large number of public and private institutions and supports policy making in environmental matters in Europe. With the EEA-EIONET Strategy 2021-2030, the system aims at moving forward, improving and increasing its activity to be a main actor in the achievement of the European sustainability transition.

KEYWORDS: European administration; decentralized agencies; environment; EEA; networks.

Regulation 2016/1103 on matrimonial property regimes in Croatian courts: an assessment after nearly five years of application

Danijela Vrbljanac*

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation. – 2.1. Temporal scope of application. – 2.2. Personal scope of application. – 2.3. Territorial scope of application. – 2.4. Material scope of application. – 2.4.1. International element. – 2.4.2. Delimitation between the matrimonial property regime and succession. – 3. Scope of the jurisdictional rule of Art. 6(c). – 4. Conclusion.

1. Introduction.

The latest development of the EU private international law was marked with the enactment of two instruments in the field of family and succession law regulating property regimes of cross-border couples. These two instruments are Council Regulations 2016/1103 (hereinafter, the Matrimonial Property Regimes Regulation; the Regulation)¹ and 2016/1104 (hereinafter, the Property Consequences of the Registered Partnerships Regulation)², commonly referred to as the twin Regulations.

The road to the adoption of these Regulations was quite challenging, spanning over a decade. Ultimately, they were enacted as a part of the enhanced cooperation mechanism. Nevertheless, they represent a significant stride in providing clarity and certainty for cross-border couples navigating the division of their assets following the dissolution of their relationships³.

The twin Regulations have entered into force on 29 January 2019. On the verge of a 5-year milestone in their application, the paper is dedicated to the scrutiny of issues which were raised before Croatian courts as the result of the application of the first

This paper is a continuation of the research conducted as a part of the EU Justice project «E-training on EU Family Property Regimes ([EU-FamPro](#))» and builds upon the research published in the paper D. VRBLJANAC, *Application of the Matrimonial Property Regimes Regulation: Croatian Perspective*, in M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, L. RUGGERI (edited by), *Cross-Border Couples Property Regimes in Action before Courts, Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in Practice*, Madrid, 2022, pp. 117-128, available [online](#).

* Assistant Professor, University of Rijeka, Faculty of Law (Croatia).

¹ [Council Regulation \(EU\) 2016/1103](#) of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.

² [Council Regulation \(EU\) 2016/1104](#) of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships.

³ See EUROPEAN COMMISSION, *Commission goes ahead with 17 Member States to clarify the rules applicable to property regimes for Europe's international couples*, IP/16/449 of 2 March 2016, available [online](#).

«twin»: the Matrimonial Property Regimes Regulation. The paper addresses all the publicly available judgments on the Matrimonial Property Regimes Regulation. The analysis of the judgments is organised into two main chapters, based on the matter addressed in the judgments. The inspected cases deal predominantly with the issue of the scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation, and one of them concerns the interpretation of the jurisdictional provision in Art. 6(c). Each chapter starts with the outline of the judgment and is followed by the assessment of the judicial reasoning.

2. Scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation.

2.1. Temporal scope of application.

The temporal scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation is the matter to which the greatest number of judgments was dedicated. In the first judgment on temporal scope of application, the plaintiff A.G.H. instituted the proceedings against the defendant M.Š. before the Municipal Court in Zadar, Permanent Service in Pag to determine the community of spouses' assets (*bračna stečevina*)⁴, which is the default matrimonial property regime under Croatian law⁵. The parties entered into marriage on 21 February 1997 and are still married. During their marriage, they acquired four immovable properties in Croatia. The plaintiff claims that she is entitled to co-ownership of a 1/2 share with respect all of the properties. The parties are German nationals and have registered domicile and residence in Germany. On 1 February 2001 they concluded a matrimonial property agreement in which they chose German law as applicable. The Court correctly relied upon the relevant provision of the 1982 Croatian PIL Act (*Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima*)⁶ on international jurisdiction and applicable law since the proceedings were instituted on 30 March 2018. In addition, the Court cited defendant's claims and added that its conclusion on applicability of German law would not be different under 2017 Croatian PIL Act⁷ which in Art. 35 refers to the application of the Matrimonial Property Regimes Regulation.

In the second judgment on temporal scope of application, the plaintiff Z.K. instituted the proceedings against the defendant A.K. for determination of the community of spouses' assets⁸. The parties are Croatian nationals and, at the time of

⁴ Municipal Court in Zadar, Permanent Service in Pag, judgment and the decision of 7 July 2022, 73 P Ob-77/18.

⁵ See M. BUKOVAC PUVAČA, I. KUNDA, S. WINKLER, D. VRBLJANAC, *Croatia*, in L. RUGGERI, I. KUNDA, S. WINKLER (eds.), *Family Property and Succession in EU Member States, National Reports on the Collected Data*, Rijeka, 2019, pp. 68-92, at pp. 75-77, available [online](#).

⁶ The 1982 Croatian PIL Act, Official Gazette of the Republic of Croatia, 53/91, 88/01.

⁷ The 2017 Croatian PIL Act, Official Gazette of the Republic of Croatia, 101/17, 67/23.

⁸ County Court in Zagreb, decision of 8 July 2020, 81 Gž Ob 1137/2019-2.

filing the suit, had a registered domicile in the Republic of Croatia. Assets which form the community of property are located abroad. It is not explicitly stated in the judgment, but parties probably live or have lived abroad. The Municipal Court in Slavonski Brod dismissed the claim due to lack of international jurisdiction. The County Court in Zagreb, which upheld the plaintiff's appeal and referred the case to the first instance court for a retrial, elaborated on the plaintiff's claim that the first instance court should have declared itself competent based on the provisions of the Matrimonial Property Regimes Regulation. The County Court correctly held that, since the proceedings were instituted on 8 March 2017, the jurisdictional provisions from the Matrimonial Property Regimes Regulation are not applicable *ratione temporis*. Instead, the Croatian national private international law rules apply.

The third judgment on the temporal scope of application concerns a claim raised by I.P. against P.P. before the Municipal Court in Pazin which dismissed the claim, since it had no international jurisdiction⁹. The Municipal Court in Pazin relied on Art. 6 of the Matrimonial Property Regimes Regulation which contains jurisdictional criteria applicable when the court has not already been seised with a marital dispute or succession proceedings and parties did not choose the competent court¹⁰. The Court indicated that the parties are Slovenian nationals residing in the Republic of Slovenia and therefore Slovenian courts are competent based on Art. 6 of the Matrimonial Property Regimes Regulation. The plaintiff I.P. lodged an appeal on the grounds that the matrimonial property assets were acquired before the entry into force of the Regulation and that the subject matter is excluded from the Matrimonial Property Regimes Regulation ambit. The County Court in Zagreb dismissed the plaintiff's appeal as unfounded. In response to the first ground of appeal, the Court stated that the decisive factor is the date of commencement of legal proceedings, in accordance with Art. 69(1) of the Regulation, and not the timing of property acquisition. Regarding the second ground of appeal, the Court indicated that *ratione materiae* scope of application is governed by Art. 1 of the Matrimonial Property Regimes Regulation which is for the competent court to analyse.

The fourth judgment was rendered by the Municipal Court in Novi Zagreb. In his claim filed on 26 May 2021, the plaintiff, V.B., sought from the defendant, E.B., the payment of the amount of 70.409,60 HRK (approximately 9.345,00 EUR)¹¹. He alleged that parties are former spouses who, for the purpose of building a house, borrowed a sum of 18.950,00 EUR from family members, which he repaid after the dissolution of their marriage. Consequently, he claims half of this amount from the defendant. In addition, the plaintiff seeks that his ownership of 6/11 share of an immovable property

⁹ County Court in Zagreb, decision of 1 July 2021, 40 Gž Ob-123/2021-2.

¹⁰ For more on hierarchy of rules on international jurisdiction, see I. KUNDA, A. LIMANTĚ, *Jurisdictional Provisions in the Twin Regulations*, in L. RUGGERI, A. LIMANTĚ, N. POGORELČNIK VOGRINC (eds.), *The EU Regulations on Matrimonial Property and Property of Registered Partnerships*, Cambridge, 2022, pp. 71-100.

¹¹ Municipal Court in Novi Zagreb, judgment of 17 November 2022, 51 P-495/2021-26.

located in Croatia is registered in the land registry. V.B.'s registered address is in Austria, while E.B.'s registered address is in Croatia. The Court did not establish parties' habitual residence. The borrowed sum was paid by the plaintiff in several installments in the time period from 2017 to 2021. When determining applicable law, the Court stated that for obligations arising from 29 January 2019, Arts. 26 and 27(1)(c) and (d) of the Matrimonial Property Regimes Regulation apply. The Court did not explicitly state when the marriage was concluded. However, from the wording of the judgment, it may be concluded that the plaintiff repaid the borrowed sum in installments after the marital union already ended. It does not stem from the judgment that the parties made a choice of law agreement.

The temporal scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation is regulated by Art. 69. The provision is divided into three paragraphs. The first paragraph governs the temporal scope of application of the rules on international jurisdiction, recognition and enforcement and prescribes that Regulation applies to proceedings instituted, to authentic instruments formally drawn up or registered and to court settlements approved or concluded on or after 29 January 2019.

The second paragraph represents the exception from the first paragraph and concerns solely rules on recognition and enforcement. According to it, even if the proceedings in the Member State of origin were instituted before 29 January 2019, decisions rendered after that date will be recognised and enforced according to the provisions of the Regulation, provided that the national jurisdictional rules on which the court of the Member State of origin based its jurisdiction comply with those set out in the Regulation. The provision mirrors the one from Art. 66(2)(b) of the Regulation No 44/2001 (Brussels I Regulation)¹² which is no longer in force¹³. The rationale of Art. 66(2)(b) of the Brussels I Regulation may be borrowed for finding the logic behind the exception prescribed in Art. 69(2) of the Matrimonial Property Regimes Regulation. The aim of the Brussels I provision is to ensure a sufficient level of connection between the proceedings and the court to which the jurisdiction was conferred¹⁴. The existence of such connection is the precondition for mutual trust among the Member States as a cornerstone of simplified system of the recognition and enforcement in civil and commercial matters. The requirement of compliance in Art. 69(2) of the Matrimonial Property Regimes Regulation should be interpreted as the condition that a particular jurisdictional rule, relied upon by the court of the Member State of origin, should be in accordance with the rules in the Matrimonial Property Regimes Regulation. The exact

¹² [Council Regulation \(EC\) 44/2001](#) of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

¹³ It is replaced by the [Regulation \(EU\) 1215/2012](#) of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (Brussels I bis Regulation), which does not contain a comparable provision.

¹⁴ P. MANKOWSKI, *Chapter VI, Transitional Provisions, Article 66*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pp. 727-739, at p. 735.

wording does not have to correspond, however «the purpose and the meaning of the applied rule» should be in accordance with the Regulation¹⁵.

The third paragraph of Art. 69 prescribes that Chapter III on applicable law applies only to matrimonial property regimes of spouses who marry or who specify the law applicable to the matrimonial property regime after 29 January 2019. The limitation to the temporal scope of application is justified by the legitimate expectations of the parties and legal certainty concerning the law applicable to their matrimonial property regime¹⁶. Such Regulation of the temporal ambit of rules on applicable law generates four possible scenarios. The obvious ones are the situation in which the spouses married on or after 29 January 2019 and either did not choose the applicable law or did so on or after 29 January 2019 and the situation in which the spouses married before 29 January 2019 and either did not choose the applicable law or chose it before the said date. In the former case, Chapter III will apply, while in the latter, national private international law rules on applicable law will apply. If the spouses married prior to 29 January 2019, but made the choice on applicable law on or after that date, the courts should inspect if the choice of law is valid under Matrimonial Property Regimes Regulation. If this is not the case, national private international law rules will apply. On the other hand, if the spouses married on or after 29 January 2019, but made the choice of law agreement prior to that date¹⁷, Chapter III of the Matrimonial Property Regimes Regulation should be applied¹⁸.

The outlined analysis demonstrates that the Croatian courts faced certain challenges in determining the temporal ambit of the Matrimonial Property Regimes Regulations. The County Court in Zagreb in its decision of 1 July 2021, correctly concluded that the time when the assets belonging to matrimonial property were acquired bears no relevance for assessing whether the Regulation applies. The issue whether matrimonial property comprises particular spouses' assets is a matter governed by the law applicable to matrimonial property regime. On the contrary, in the cited decision, the County Court in Novi Zagreb came to the inaccurate conclusion that the provisions of the Matrimonial Property Regimes Regulation on applicable law are relevant for obligations which have arisen from 29 January 2019, even though it is

¹⁵ J. KRAMBERGER ŠKERL, *The Application "Ratione Temporis" of the Brussels I Regulation (Recast)*, in D. DUIĆ, T. PETRAŠEVIĆ (eds.), *Procedural Aspects of EU Law, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 2017, pp. 341-363, at pp. 356-357, available [online](#).

¹⁶ G. BIAGIONI, *Article 69, Transitional Provisions*, in I. VIARENGO, P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples. A Commentary*, Cheltenham, 2020, pp. 483-492, at p. 487.

¹⁷ Art. 22 of Regulation (EU) 2016/1103, cit., allows to future spouses to choose the applicable law. For more on applicable law see N. POGORELČNIK VOGRINC, *Applicable Law in Twin Regulations*, in L. RUGGERI, A. LIMANTÉ, N. POGORELČNIK VOGRINC (eds.), *The EU Regulations*, cit., pp. 118-125.

¹⁸ See F. DOUGAN, J. KRAMBERGER ŠKERL, *Chapter 2, Model Clauses for Registered Partnerships under Regulation (EU) 2016/1104*, in M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, L. RUGGERI (eds.), *Guidelines for Practitioners in Cross-Border Family Property and Succession Law, (A collection of model acts accompanied by comments and guidelines for their drafting)*, Madrid, 2020, pp. 37-47, at p. 38.

apparent that the marriage was concluded before that date and no choice of law agreement was made after that date.

2.2. Personal scope of application.

Apart from the temporal scope of application, the Croatian courts had an opportunity to discuss the issues related to the personal scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation. The Municipal Court in Pula rendered the decision in the dispute between the plaintiff S.D. and the defendant O.D. on determination of community of spouses' assets¹⁹. The Municipal Court in Pula determined that the plaintiff is a Russian national with a registered domicile, probably in Russia and a place of residence, probably in Croatia in H. It found that the defendant is also a Russian national with a registered domicile, but no registered place of residence in the Republic of Croatia. Finally, the Municipal Court in Pula established that the property subject to the dispute is located in multiple countries²⁰, and the plaintiff has no knowledge of the defendant having any property in the Republic of Croatia. Based on these findings, the Court concluded that it lacks jurisdiction, and, in accordance with the 1982 Croatian PIL Act dismissed the claim.

Upon the plaintiff's appeal, the County Court in Zagreb repealed the decision of the Municipal Court in Pula and referred the case for a retrial²¹. In its reasoning the County Court in Zagreb, among other issues, indicated that the 1982 Croatian PIL Act was replaced by the 2017 Croatian PIL Act which entered into force on 29 January 2019. However, the Court explained that for determining international jurisdiction, neither the provisions of the 2017 Croatian PIL Act are relevant, since the Matrimonial Property Regimes Regulation takes precedence. The first-instance court, in the contested decision, stated that the Regulation applies exclusively to EU nationals. The County Court in Zagreb found this legal interpretation to be incorrect. It indicated that the first-instance court did not cite any of the provision as the basis for such understanding and that its stance does not derive from the provisions of the Regulation. The County Court in Zagreb pointed out that the Matrimonial Property Regimes Regulation applies regardless of the nationality of the spouses. It is applicable even if the spouses are not nationals of the EU and reside outside of the EU. It concluded that in cases with cross-border elements initiated before a court of a Member State applying the Matrimonial Property Regimes Regulation, the court of the Member State is obliged to apply it and determine whether it has jurisdiction according to the jurisdictional criteria prescribed by the Regulation.

¹⁹ Municipal Court in Pula, decision of 1 July 2022, Ob-129/2022-2.

²⁰ In this judgment, the names of the parties, the countries of residence and countries where the property is located have been anonymised.

²¹ County Court in Zagreb, decision of 5 September 2022, 17 Gž Ob-787/2022-2.

In another case before the County Court in Varaždin, Permanent Service in Koprivnica²², the Court applied the Matrimonial Property Regimes Regulation to matrimonial property claim raised by the plaintiff who was a national of Bosnia and Herzegovina and the defendant who was a national of Austria, but previously had nationality of Bosnia and Herzegovina. Both of them were habitually resident in Austria, so the Court declared it has no competence relying on Art. 6 of the Matrimonial Property Regime Regulation.

The Matrimonial Property Regimes Regulation, along with its twin Regulation on property Consequences of Registered Partnerships follows the example of other Regulations in the area of family and succession law which do not limit their personal scope of application²³. Since it applies regardless of the nationality, domicile or habitual residence of the spouses²⁴, the standing of the County Court in Zagreb and the County Court in Varaždin, Permanent Service in Koprivnica was correct.

2.3. Territorial scope of application.

I.Č. with the registered address in Croatia, instituted the proceedings against L.P. with the registered address in Switzerland before the Municipal Court in Pula for the determination of the community of spouses' assets²⁵. In the claim raised on 18 February 2022, I.Č. sought from the Court to establish that immovable properties located in Croatia, registered solely to the defendant's name belong to the community of spouses' assets (*bračna stečevina*)²⁶. In response to the claim, the defendant stated that parties concluded marriage on 7 May 2010, in Dielsdorf, Switzerland. The divorce was

²² County Court in Varaždin, Permanent Service in Koprivnica, decision of 7 March 2023, Gž Ob-9/2023-2.

²³ See [Council Regulation \(EC\) No 4/2009](#) of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations; [Regulation \(EU\) No 650/2012](#) of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession; [Council Regulation \(EU\) 2019/1111](#) of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast).

In fact, the only EU private international law instrument which contains a limitation of its personal scope of application is the above-cited Regulation (EU) No 1215/2012. The personal scope of application of the Brussels I-bis Regulation is limited to defendants with the domicile in the EU (Art. 4). However, there are multiple exceptions from the personal scope of application rule. See in this respect H. LITH VAN, *Jurisdiction – General Provisions*, in A. DICKINSON, E. LEIN (edited by), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, pp. 113-130, at pp. 124-126. In addition, there are scholarly debates about the suitability of extending all Brussels I-bis Regulation provisions to defendants domiciled in Third States. See T. LUTZI, E. PIOVESANI, D. ZGRABLIĆ ROTAR (edited by), *Jurisdiction Over Non-EU Defendants, Should the Brussels Ia Regulation be Extended?*, Oxford, 2023.

²⁴ M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, M. SOTO MOYA, *Main Concepts and Scope of Application of the Twin Regulations*, in L. RUGGERI, A. LIMANTÉ, N. POGORELČNIK VOGRINC (eds.), *The EU Regulations*, cit., pp. 41-70, at p. 53.

²⁵ Municipal Court in Pula, judgment of 1 June 2023, P Ob-22/22-15.

²⁶ For more on matrimonial property regimes under Croatian law, see M. BUKOVAC PUVAČA, I. KUNDA, S. WINKLER, D. VRBLJANAC, *Croatia*, cit., pp. 75-77.

finalised by the judgment of the District Court in Dielsdorf of 11 September 2019, which became final on 4 October 2019. In the judgment, it is stipulated that the parties have already been fully satisfied in terms of community of spouses' assets and retain what they currently possess from the community of property, i.e. what is registered in their names.

The Court dismissed the plaintiff's claim. In its reasoning the Court referred to Art. 5(1) of the Matrimonial Property Regimes Regulation which prescribes that where a court of a Member State is seised to rule on an application for divorce, legal separation or marriage annulment pursuant to Brussels II-*bis* Regulation (now Brussels II-*ter* Regulation), the courts of that State have jurisdiction to rule on matters of the matrimonial property regime arising in connection with that application. The Court then indicated that the court hearing the divorce case is in the country where the plaintiff has his habitual residence, and it is undisputed between the parties that they lived together in Switzerland. As for the applicable law, the Court relied on Art. 26 (1)(a) of the Matrimonial Property Regimes Regulation, and established that Swiss law was applicable as law of the country of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage, since it is evident from the parties' statements that they lived together in Switzerland, and their marital union ended 3 or 4 years after the marriage.

In addition, the Court referred to Art. 36 of the Matrimonial Property Regimes Regulation which prescribes that a decision given in a Member State is recognised in other Member States without any special procedure being required. According to the Court, this means that, in the Republic of Croatia, with respect to provisions regarding matrimonial property regimes, such a decision does not have to be recognised, but produces effects from the time when it is rendered or when it becomes final. In this specific case, as it concerns an agreement between the parties, the Court indicated that it had to interpret the intentions of the parties from the agreement in the judicial decision of the Swiss court of 11 September 2019. The Court concluded that it is clear that the spouses have divided their matrimonial property and retained assets which are currently registered in their name.

The Court's reference to Art. 5(1) of the Matrimonial Property Regimes Regulation was incorrect since, as the Court established, the divorce proceedings were concluded and the decision was final. For Art. 5(1) of the Matrimonial Property Regimes Regulation to be applicable, the divorce proceedings have to already be pending before or at the same time when the matrimonial property regime claim is being raised²⁷. Even if the divorce proceedings were still pending, Art. 5(1) of the Matrimonial Property Regimes Regulation would not have been applicable, since Switzerland is a Third State. The Matrimonial Property Regimes Regulation was

²⁷ See E. KAVOLIŪNAITĖ-RAGAUSKIENĖ, *The Twin Regulations: Development and Adoption*, in L. RUGGERI, in A. LIMANTĖ, N. POGORELČNIK VOGRINC (eds.), *The EU Regulations*, cit., pp. 25-37.

enacted as a part of the enhanced cooperation mechanism²⁸. Therefore, only Member States which decided to participate in the enhanced cooperation concerning these instruments are bound by their provisions²⁹. Art. 5(1) of the Matrimonial Property Regimes Regulation is not applicable when divorce proceedings are pending before the court of a Third State or a Member State not participating in the enhanced cooperation³⁰. Despite the fact that the Municipal Court in Pula invoked the wrong jurisdictional provision of the Matrimonial Property Regime Regulation, it could still be competent based on Art. 6(d) of the Matrimonial Property Regimes Regulation. It is clear that the parties have Croatian background and even though it is not explicitly stated in the judgment, they may have common Croatian nationality. For the reasons stated above, the reference to Art. 36 of the Matrimonial Property Regimes Regulation is inaccurate, as well. The Chapter IV of the Regulation on recognition, enforceability and enforcement of decisions is applicable only when a decision of a participating Member State is being invoked in another participating Member State³¹. Due to the universal application principle enshrined in Art. 20 of the Matrimonial Property Regimes Regulation, the Court's conclusion on applicability of the Swiss law is accurate.

2.4. Material scope of application.

2.4.1. International element.

Croatian courts had the chance to assess whether the Matrimonial Property Regimes Regulation is applicable due to (non) existence of an international element in the case before the Commercial Court in Rijeka.

The plaintiff N.D. with registered address in Italy, initiated legal proceedings before the Commercial Court in Rijeka, against her husband, M.M., with registered address in Croatia. She requested the court to confirm that both she and the defendant hold ownership of a share in the company M.M. d.o.o., registered in Croatia under N.D.'s name. The Commercial Court in Rijeka dismissed the plaintiff's claim³². Subsequently, following the plaintiff's appeal, the High Commercial Court of the

²⁸ See E. KAVOLIŪNAITĖ-RAGAUŠKIENĖ, *The Twin Regulations*, cit.

²⁹ Currently 18 Member States are participating in the enhanced cooperation. See Recital 11 of the Matrimonial Property Regimes Regulation.

³⁰ R. GARETTO, *Article 5, Jurisdiction in cases of divorce, legal separation or marriage annulment/dissolution or annulment*, in L. RUGGERI, R. GARETTO (eds.), *European Family Property Relations, Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Naples, 2021, pp. 83-90, at p. 86; R. FRIMSTON, *Jurisdiction: Articles 4-19*, in U. BERGQUIST, D. DAMASCELLI, R. FRIMSTON, P. LAGARDE, B. REINHARTZ, *The EU Regulations on Matrimonial and Patrimonial Property*, Oxford, 2019, pp. 47-94, at p. 56.

³¹ J. KRAMBERGER ŠKERL, *Recognition, Enforceability and Enforcement of Decisions under the Twin Regulations*, in L. RUGGERI, A. LIMANTĖ, N. POGORELČNIK VOGRINC (eds.), *The EU Regulations*, cit., pp. 129-155, at pp. 134-135.

³² Commercial Court in Rijeka, judgment of 16 May 2019, P-423/2018-26.

Republic of Croatia overturned the first instance decision and remanded the case for a retrial³³. It instructed the court to determine the specifics of Italian substantive law, particularly whether the chosen regime of separate property by the parties applies exclusively to property in Italy. In the retrial, the Commercial Court in Rijeka established that N.D. and M.M. chose the matrimonial regime of separate property under Art. 215 of the Italian Civil Code when they concluded marriage in Italy³⁴. Concerning the applicability of the Matrimonial Property Regimes Regulation, the Commercial Court in Rijeka reached a correct conclusion that, due to the proceedings being initiated before 29 January 2019, the Regulation does not apply. However, it is worth noting that the Commercial Court in Rijeka briefly mentioned in its reasoning that Matrimonial Property Regimes Regulation could not be applied as the parties were not considered an «international couple».

In another judgment, the plaintiff was J.K. who had registered address in Slovenia instituted the proceedings against D.K. with registered address in Slovenia for determining community of spouses' assets before the Municipal court in Pula. The Court rendered the judgment dismissing the plaintiff's claim by which she sought from the court to determine that the assets belong to the community of spouses' assets, with 3/4 belonging to her and 1/4 to the defendant. Upon the plaintiff's appeal, the County Court in Split overturned the judgment³⁵. In the reasoning of the decision, it is substantially stated that the court failed to establish the crucial facts on which its jurisdiction and applicable law depend, citing the Matrimonial Property Regimes Regulation. The Municipal Court in Pula to which the case was referred for a retrial correctly concluded that, at the time of filing the claim, the Matrimonial Property Regimes Regulation was not in force. In addition, the Court stated that since the defendant is a Croatian national and the property is located in Croatia, Matrimonial Property Regimes Regulation cannot be applied, without taking into consideration the fact that the plaintiff had Slovenian nationality, both parties had registered address in Slovenia and, based on the testimony of the witnesses, resided in Slovenia, at least for some time³⁶.

These statements underline the difficulties that courts and authorities encounter when deciding if a particular case involves an international or cross-border element and whether the Matrimonial Property Regimes Regulation, or other private international law sources, should be applied³⁷.

³³ High Commercial Court of the Republic of Croatia, decision of 1 December 2020, Pž-4707/2019-2.

³⁴ Commercial Court in Rijeka, judgment and decision of 26 November 2021, 5 P-97/2021-44.

³⁵ County Court in Split, decision of 22 February 2018, Gž Ob-569/17.

³⁶ Municipal Court in Pula, judgment of 4 March 2019, 8 P Ob-96/2018-39.

³⁷ This observation is supported by research on the implementation of the above-cited Regulation (EU) 650/2012 in the Republic of Croatia and Slovenia, revealing that there is not always a consensus among Croatian and Slovenian practitioners regarding whether particular succession proceedings have an international element. See S. ARAS KRAMAR, M. TURK, K. VUČKO, *Završno izvješće o provedenom istraživanju o primjeni Uredbe o nasljeđivanju u Hrvatskoj i Sloveniji*, 2019, pp. 11-16, available [online](#).

The Matrimonial Property Regimes Regulation, just like its «twin», the Property Consequences of the Registered Partnerships Regulation, does not define the international or cross-border element. Twin Regulations, in this respect, align with the approach taken by most EU family and succession private international law instruments, which do not define this term³⁸. Recitals 11 and 13 mention «international couples», while Recital 14 of the Matrimonial Property Regimes Regulation explains that the Regulation should apply in the context of matrimonial property regimes having cross-border implications, without elaborating on what constitutes a cross-border element. The Proposal on twin Regulations may be used as guidance on what constitutes an international element. The Proposal indicates that Regulations are aimed at solving practical problem with which «international couples» and «couples with international dimension» are faced, explaining that international couples and couples with international dimension are those living in a Member State of which they are not nationals, owning assets in different Member States, or divorcing or dying in a country other than their own³⁹.

Scholarly discussions suggest that the cross-border aspect of a couple's property relations arises from intrinsic factors (personal, objective, and territorial elements) or external elements, i.e. when parties choose a foreign court as competent or foreign law as applicable⁴⁰. Instances of an international element encompass scenarios such as couples with different nationalities, domicile or habitual residence, property located in another country, marriage celebrated abroad or a couple living in a country different than that of their nationality⁴¹. In situations where all other factors are tied to one specific country, a cross-border aspect can still arise if there are creditors, debtors, or third parties located in different countries⁴². There are more challenging situations in which the presence of an international aspect may be debatable. This includes cases in

³⁸ The only two regulations which do provide for such definition are [Regulation \(EC\) 1896/2006](#) of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure and [Regulation \(EC\) 861/2007](#) of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure. According to Art. 3 of both Regulations, a cross-border case is the one in which at least one of the parties is domiciled or habitually resident in a Member State other than the Member State of the court seised. These definitions have limited significance in comprehending the cross-border aspects concerning the Twin Regulations, primarily because they are tailored to specific proceedings which they regulate.

³⁹ Proposal for a Council Decision authorising enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions on the property regimes of international couples, covering both matters of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships, [COM\(2016\) 108 final](#) of 2 March 2016, p. 7, para. 30.

⁴⁰ A. RODRIGUEZ BENOT, *Article 1, Scope*, in I. VIARENGO, P. FRANZINA (edited by), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples, A Commentary*, cit., pp. 17-28, at p. 20.

⁴¹ H. PEREZ, E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Paris, 2017, p. 1; M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, M. SOTO MOYA, *Main Concepts and Scope of Application of the Twin Regulations*, in L. RUGGERI, A. LIMANTÉ, N. POGORELČNIK VOGRINC (eds.), *The EU Regulations*, cit., pp. 41-70, at p. 50; F.G. VITERBO, *Article 1, Scope*, in L. RUGGERI, R. GARETTO (eds.), *European Family Property Relations*, cit., pp. 9-10.

⁴² A.M. SANCHEZ-MORALEDA, *The Questions of the Primary Matrimonial Regime and the Application of Regulation 2016/1103*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, no. 1, pp. 259-285, at p. 260, available [online](#).

which the couple owns shares in a foreign-registered company or had international ties during their time working abroad, but no longer maintain such connections⁴³.

An international or cross-border element is a necessary prerequisite for application of the private international law rules. However, not every international element will be relevant enough to trigger the application of private international law sources⁴⁴. In today's interconnected world, it's rare to come across a set of circumstances that does not include at least a minor foreign component⁴⁵. In *E.E.*, the CJEU discussed the relevance and existence of a cross-border element in a succession case⁴⁶. It clarified that the situation in which the deceased, a national of one Member State, was residing in another Member State at the date of his or her death but had not cut ties with the first of those Member States, in which the assets making up his or her estate are located, while his or her successors have their residence in both of those Member States, constitutes «succession with cross-border implications».

Another case worth noting is the case of *Hypoteční banka*⁴⁷, which pertained to the Brussels I Regulation. The case concerned a Czech bank which instituted proceedings against Mr. Lindner, a German national, seeking payment related to a mortgage loan granted to Mr. Lindner. The contract contained a prorogation clause conferring jurisdiction to «the local court of the bank». When the contract was initially concluded, Lindner was domiciled in the Czech Republic, but his domicile became unknown when the proceedings were initiated. The CJEU emphasized the distinction between the jurisdictional criteria outlined in the Brussels I Regulation and the elements that introduce a cross-border aspect into a dispute. Even if the Brussels I Regulation does not explicitly recognise a particular element as relevant for establishing international jurisdiction, that element can still be a crucial factor in characterising the dispute as international. Regarding Mr. Lindner's foreign nationality, the CJEU clarified that nationality is not among the jurisdictional criteria specified in the Brussels I Regulation. However, it could still be a factor that introduces an international nature to the dispute⁴⁸.

Based on the outlined discussion, one might deduce a minimum threshold for the relevance of the international element that would trigger the application of private international law sources. This minimum threshold conclusion would suggest that while it is not mandatory to base the assessment of the cross-border element solely on the jurisdictional criteria defined in the Brussels I-bis Regulation, it is essential to consider

⁴³ J. GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law, Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession*, Cambridge, 2021, p. 72.

⁴⁴ H. PEREZ, E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, cit., p. 1.

⁴⁵ A.D.J. CRITCHLEY, *The Application of Foreign Law in the British and German Courts*, Oxford, 2022, p. 31.

⁴⁶ Court of Justice, judgment of 20 July 2020, [case C-80/19, E.E.](#), EU:C:2020:569.

⁴⁷ Court of Justice, judgment of 17 November 2011, [case C-327/10, Hypoteční banka](#), EU:C:2011:745.

⁴⁸ Case *Hypoteční banka*, cit., paras. 31-34.

the jurisdictional criteria when determining whether the dispute is international in nature.

Applying the minimum threshold conclusion derived from the *Hypoteční banka* case into the field of property regimes of international couples would mean that in any case where a cross-border element is introduced through an element which forms the basis of jurisdictional criteria or connecting factors, the Matrimonial Property Regimes Regulation will have to be applied. It stems that both Croatian cases outlined in this chapter had a cross-border element of a sufficient level of relevance for the Matrimonial Property Regimes Regulation to be activated.

2.4.2. Delimitation between the matrimonial property regime and succession.

The Municipal Court in Pazin, Permanent Service in Buje⁴⁹ was confronted with the case in which it had to establish whether the subject matter of the dispute was covered by the material scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation.

M.L.K., with the registered address in Piran, Slovenia, raised a claim with the aim of declaring an agreement on support until death (*ugovor o dosmrtnom uzdržavanju*) as partly null and void. In addition, the plaintiff sought her co-ownership of fifty percent of the immovable property situated in Istria, Croatia to be registered in the land registry. The plaintiff's late ex-husband I.K. with registered address in Momjan, Croatia, entered with the third party S.G., whose address is registered in Piran, Slovenia, into the support-until-death agreement. Based on the agreement, immovable property located in Istria, which was registered to late I.K. was transferred to S.G., as well as the valuable paintings and works of art created by M.L.K. The plaintiff also sought the recovery of these works of art in her claim, stating that these items constituted her personal assets, and do not form part of the community of spouses' assets. In addition to S.G., who had no familial ties with any of the involved parties, the defendants included M.L.K. and I.K.'s daughters as universal heirs of the deceased I.K. L.K. with registered address in Kopar, Slovenia, and A.M. with registered address in Ljubljana, Slovenia.

The Municipal Court in Pazin, Permanent Service in Buje, characterised the claim as a matter of matrimonial property regime, citing the definition of matrimonial property regime prescribed in Art. 3(1)(a) of the Matrimonial Property Regimes Regulation. The Court explained that the defendant S.G. was a third party and a maintenance provider to whom the late I.K. allegedly transferred a part of assets which belonged to the community of spouses' assets. In Croatian law, support-until-death agreement (*ugovor o dosmrtnom uzdržavanju*), as well as the lifelong support agreement (*ugovor o doživotnom uzdržavanju*) are often used for estate planning and circumventing the rules of Croatian succession law on forced shares.

⁴⁹ Municipal Court in Pazin, Permanent Service in Buje, judgment and decision of 24 August 2020 P-1262/2019-53.

Lifelong support agreement and the support-until-death agreement are regulated by the Croatian Obligations Act⁵⁰. In both agreements, the maintenance provider undertakes to support the maintenance recipient until his or her death. In return, the maintenance recipient transfers all or a part of his or her assets to the maintenance provider. The main difference between the two agreements is that, in the case of the lifelong support agreement, the transfer of assets takes place at the moment of the recipient's death, whereas, in the case of the support-until-death agreement, the assets are transferred during recipient's life⁵¹. The lifelong support agreement was regulated by the previous Succession Act⁵², while the support-until-death agreement was first regulated in 2005 by the Obligations Act. However, it was possible to enter into such agreement even prior to the entry into force of the 2005 Obligations Act⁵³.

Given the position and the role of these agreements in Croatian law, cases such the described one, raise characterisation issues. In other words, should the claim by which the plaintiff seeks to declare the support-until-death agreement partly null and void because it concerns assets which form part of the community of spouses' assets be characterised as a matter of matrimonial property regime or an issue pertaining to succession? In the case of the former, the Matrimonial Property Regimes Regulation should be used for all private international law matters, while in the case of the latter, the Succession Regulation⁵⁴ is applicable. To address this dilemma, the autonomous interpretation of these instruments' scope of application should be inspected.

The material ambit of the Matrimonial Property Regimes Regulation is regulated by Art. 1(1) by simply stating that it encompasses matrimonial property regime. Recital 18 offers additional guidance in this respect by stating that Matrimonial Property Regimes Regulation covers all civil-law aspects of matrimonial property regimes, both the daily management of matrimonial property and the liquidation of the regime, in particular as a result of the couple's separation or the death of one of the spouses. The term «matrimonial property regime» is defined in Art. 3(1)(a) as a set of rules concerning the property relationships between the spouses and in their relations with third parties, as a result of marriage or its dissolution. Art. 27 of the Matrimonial Property Regimes Regulation may be used for further guidance on issues which are covered by its material ambit. The non-exhaustive list provided therein mentions the effects of the matrimonial property regime on a legal relationship between a spouse and

⁵⁰ Croatian Obligations Act, Official Gazette of the Republic of Croatia, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22.

⁵¹ Lifelong support agreement is regulated by Arts. 579-585 of the Croatian Obligations Act and the support-until-death agreement is regulated by Arts. 586-589.

⁵² Croatian Succession Act, Official Gazette, 52/71, 48/78, 56/00.

⁵³ D. KLASIČEK, S. ŠIMLEŠA VUČEMILOVIĆ, *Certain Issues Concerning Contracts on Support for Life and Contracts on Support until Death*, in D. DUIĆ, T. PETRAŠEVIĆ (eds.), *EU and Member States - Legal and Economic Issues, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 2019, no. 3, pp. 747-777, at p. 748, available [online](#).

⁵⁴ Regulation (EU) 650/2012, cit.

third parties in point (f). The limitation of the Matrimonial Property Regimes Regulation ambit is contained in Art. 1(2).

The Succession Regulation's ambit is defined by the concept of «succession to the estates of deceased individuals», as found in Art.1(1) of the Succession Regulation. For further understanding of the Succession Regulation's scope, the definition of the succession from Art. 3(1)(a) should be consulted. According to it, «succession» means succession to the estate of a deceased person and covers all forms of transfer of assets, rights and obligations by reason of death, whether by way of a voluntary transfer under a disposition of property upon death or a transfer through intestate succession. Again, the provision on scope of applicable law from Art. 23 may be borrowed for listing some of the matters which should be covered by the Succession Regulation. The Succession Regulation follows the example of other European private international law sources, including the Matrimonial Property Regimes Regulation, and contains a list of exclusions limiting its scope of application in Art. 1(2) such as matters related to matrimonial property regimes and property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage.

CJEU judgment in *Mahnkopf*⁵⁵ represents the most important tool for drawing the line between the material scopes of application of the twin Regulations and the Succession Regulation. In the case, the CJEU interpreted the German Civil Code rule based on which the surviving spouse's share which was one quarter, was increased by an additional quarter since both spouses were subject to the matrimonial property regime of community of accrued gains. The respective provision was characterised as a matter pertaining to succession.

The CJEU emphasised that the notions of matrimonial property and succession are to be interpreted autonomously from any national concept, and uniformly throughout the EU. This means that any interpretation according to national laws, as exemplified by the position taken by the German Government in the course of these proceedings, asserting that the Civil Code provision in question primarily addresses matrimonial property rather than succession, does not ultimately determine the legal characterisation. The CJEU, aligning with the Advocate General's viewpoint, clarified that the German Civil Code provision in question is not primarily focused on the allocation or settlement of assets within the matrimonial property regime. Instead, its primary purpose is to determine, upon the death of one of the spouses, the portion of the estate to be designated for the surviving spouse in relation to the other heirs. The provision is only applicable when the marriage comes to an end because of death of a spouse. The aim of the fixed portion is to compensate for the disadvantage that results from the statutory property regime of community of accrued assets being interrupted by the death of a spouse, and avoiding the necessity to determine the exact value of the assets at the beginning and end of the marriage disrupted by a spouse's death.

⁵⁵ Court of Justice, judgment of 1 March 2018, [case C-558/16](#), *Mahnkopf*, EU:C:2018:138.

Therefore, its main concern is succession and not the matrimonial property regime. This distinction is particularly significant in light of the provision in Art. 1(2)(d) of the Matrimonial Property Regimes Regulation, which explicitly excludes «succession to the estate of a deceased spouse» from the scope of the Matrimonial Property Regimes Regulation.

CJEU's standing in *UM (Contrat translatif de propriété mortis causa)*⁵⁶ is also relevant for the characterisation purposes of the case at hand. The case concerns a contract made in 1975 in which UM's father agreed to transfer ownership of land in Austria to UM and his wife upon his death, subject to certain conditions. The contract specified that Austrian law would apply and that all parties were residents in Germany at the time. The conditions included building a house, remaining married, and the wife staying alive. If these conditions weren't met, UM would be the sole beneficiary. In 2018, UM and his wife had divorced and she had subsequently died. After that, UM's father passed away in 2018, and UM applied to have his title registered in the land register, claiming to be the sole beneficiary. The court in Austria rejected the application, stating that Austrian law applied and that the property transfer could not be performed without proof that the house was built according to the contract.

One of the matters the CJEU analysed is whether a contract that involves the future transfer of ownership of immovable property upon death to other parties is an agreement as to succession in the sense of Art. 3(1)(b) of the Succession Regulation. The CJEU decided that such a contract falls under the definition of the agreement as to succession. The CJEU noted that the Succession Regulation excludes property rights, interests, and assets created or transferred by means other than succession from its scope of application. Agreements as to succession, as defined in Art. 3(1)(b), are dispositions of property upon death. The provision refers generally to any agreement which creates rights to the future estate or estates. It means that a contract which provides for the future transfer of ownership upon death and grants rights in the future estate to other parties falls under the definition of an agreement as to succession. Such interpretation aligns with the Regulation's objective of avoiding the fragmentation of succession and establishing a uniform regime for cross-border successions. The exclusion of assets transferred by means other than succession, like gifts, should be interpreted strictly. Therefore, contracts involving the future transfer of immovable property upon death fall within the scope of the Succession Regulation⁵⁷.

The case before the Municipal Court in Pazin, Permanent Service in Buje, concerned the claim by which the plaintiff sought the declaration that support-until-death agreement was partly null and void due to the fact that the assets belonged to the community of property. The Court correctly characterised the matter as pertaining to matrimonial property. Under the support-until-death agreement, the property is

⁵⁶ Court of Justice, judgment of 9 September 2021, [case C-277/20](#), *UM (Contrat translatif de propriété mortis causa)*, EU:C:2021:708.

⁵⁷ Case *UM*, cit., paras. 26-36.

transferred during the maintenance recipient's life. In accordance with *Mahnkopf* and *UM* formula, since such transfer does not affect estate or future estate it is quite clear that it cannot be characterised as a matter pertaining to succession, even though this agreement is often used for estate planning in Croatia. The question which poses itself is would the characterisation change if the plaintiff's claim concerned the lifelong support agreement. As it was already established, in lifelong support agreement, the transfer of property is deferred until the maintenance recipient's death. It follows that such agreements affect the future estate. In cases in which one of the spouses enters into lifelong support agreement concerning assets belonging to community of spouses' assets, such agreement will only impact the matrimonial property regime at the time of the death of a spouse. At the first glance, it may seem that such agreements should therefore fall under the definition of the agreement as to succession⁵⁸. However, the doctrine suggests that a differentiation should be made between donations due to death (*mortis causa*), on one hand, and donations in which the donor's death merely marks the starting point for the transfer, but the purpose of the contract is not planning one's future succession⁵⁹, on the other. The same principle should be extended to contracts which are not donation. The causal justification of the lifelong support agreement, as well as support-until-death agreement, lies in the need of the maintenance recipient for appropriate assistance and care, typically due to his or her age and health condition, which prevents him or her from taking care of herself. The maintenance provider is a person who can provide such assistance and care by ensuring food, clothing, medications, and expert medical care, covering bills etc. In return for such support, the recipient transfers ownership of his or her movable and/or immovable property to the maintenance provider⁶⁰. For this reason, lifelong support agreements should be understood to be covered by Art. 1(2)(g) of the Succession Regulation which excludes property rights, interests and assets created or transferred otherwise than by succession, for instance by way of gifts, joint ownership with a right of survivorship, pension plans, insurance contracts and arrangements of a similar nature from the material ambit of the Succession Regulation⁶¹.

⁵⁸ Frimston refers to the Waters report for the discussion on which disposition are covers by the Succession Regulation: see R. FRIMSTON, *Chapter I: Scope and Definitions*, in U. BERGQUIST, D. DAMASCELLI, R. FRIMSTON, P. LAGARDE, F. ODERSKY, B. REINHARTZ (eds.), *EU Regulation on Succession and Wills, Commentary*, Cologne, 2015, pp. 38-63, at p. 55; and D.M.V. WATERS, *Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons*, Hague, 1990, p. 543, para. 41, available [online](#).

⁵⁹ I. RIVA, *The Italian Perspective on the Implementation of the Private International Law of Successions*, in M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, L. RUGGERI (edited by), *Cross-Border Couples Property Regimes*, cit., pp. 185-198, at p. 196 ff.

⁶⁰ M. BUTKOVIĆ, *Ugovor o doživotnom i dosmrtnom uzdržavanju u sudskoj praksi*, in *Prilozi Hrvatske javnobilježničke komore*, 2012, no. 3, pp. 3-8, at p. 4, available [online](#).

⁶¹ The respective agreement cannot be characterised as maintenance obligations other than those arising by reason of death from Art. 1(2)(e) of the Succession Regulation. The term maintenance obligation should be interpreted as corresponding exclusions in Art. 1(2)(b) of the [Regulation \(EC\) 593/2008](#) of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), and Art. 1(2)(a) of [Regulation \(EC\) No 864/2007](#) of the European

It follows from the analysis that if the claim is raised for declaring the lifelong support agreement null and void because it concerns assets belonging to community of property, the matter should be characterised as a matter pertaining to matrimonial property regime. On the contrary, if the dispute concerning the lifelong support agreement or support-until-death agreement is unrelated to matrimonial property regime, the dispute should be characterised as a civil and commercial matter governed by Brussels I-bis Regulation for international jurisdiction and either Rome I or Rome II Regulation for applicable law, depending on whether the claim is a contractual or non-contractual one. This understanding is corroborated by the view of the Croatian authors who explain that lifelong support agreement represents an agreement which creates civil law obligations instead of legal basis for succession⁶².

3. Scope of the jurisdictional rule of Art. 6(c).

In the discussed case before the Municipal Court in Pazin, Permanent Service in Buje, the Court declared it had jurisdiction under Art. 6(c) of the Matrimonial Property Regimes Regulation given that S.G., the defendant, was habitually resident in Istria, Croatia⁶³. It was already established that the Court correctly characterised the dispute as falling under the material scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation. In this respect, it has to be noted that disputes on matrimonial property regimes, do not necessarily involve spouses. Third parties may also appear as parties to the proceedings⁶⁴. This clearly follows from the definition of «matrimonial property regimes» from Art. 3(1)(a) of the Matrimonial Property Regimes Regulation stating that the term encompasses a set of rules concerning the property relationships between the spouses and in their relations with third parties. However, the question is whether the court's jurisdiction can be established based on the habitual residence of the defendant, who is not one of the spouses, based on Art. 6(c) of the Matrimonial Property Regimes Regulation. The term «respondent» appears solely in point (c) of Art. 6 in the

Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), i.e. in the sense of the Council Regulation (EC) 4/2009, cit. See M. WELLER, *Article 1, Scope*, in A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVI, H.-P. MANSEL (edited by), *The EU Succession Regulation, A Commentary*, Cambridge, 2016, pp. 73-111, at p. 93.

⁶² N. GAVELLA, V. BELAJ, *Nasljedno pravo*, 3rd ed., Zagreb, 2008, p. 435; V. BELAJ, *Ugovor o doživotnom uzdržavanju prema novom Zakonu o nasljeđivanju*, in *Pravni vjesnik*, 2003, no. 1-2, pp. 211-224, at p. 213. As the authors point out, the differentiation between lifelong support agreement and support until death agreement, on one hand, and succession agreements and legacy agreements, on the other, is important since the latter are null and void under Croatian law (see Arts. 102 and 103 of the Croatian Succession Act).

⁶³ Moreover, the Court relied on Art. 10 of the Matrimonial Property Regimes Regulation as the legal basis for establishing jurisdiction. When it comes to determining the applicable law, the Court made a passing reference to Art. 26(3)(b) without delving into it extensively. In its ruling, the Court concluded that the provisions of Croatian and Slovenian laws governing matrimonial property regimes are essentially identical.

⁶⁴ I. KUNDA, A. LIMANTË, *Jurisdictional Provisions in the Twin Regulations*, in L. RUGGERI, A. LIMANTË, N. POGORELČNIK VOGRINC (eds.), *The EU Regulations*, cit., pp. 71-100, at p. 98.

Matrimonial Property Regimes Regulation. The situation is the same under the Property Consequences of the Registered Partnerships Regulation. Art. 6 of the Matrimonial Property Regimes Regulation contains jurisdictional rules applicable in cases where the concentration of jurisdiction rules from Arts. 4 and 5 cannot be applied, and when the spouses have not designated the competent court. Remaining jurisdictional criteria in Art. 6 mention either both spouses or one of the spouses.

Jurisdictional criteria in Art. 6 of the Matrimonial Property Regimes Regulation mirror the jurisdictional criteria from Art. 3 of the Regulation 2019/1111 (hereinafter, the Brussels II-*ter* Regulation), which represents a jurisdictional rule for marital disputes. An Art. 6(c) Matrimonial Property Regimes Regulation counterpart may be found in the provision of Art. 3(1)(a), third indent of the Brussels II-*ter* Regulation, which confers jurisdiction to the court of the Member State in which the respondent is habitually resident. Proposal for the Brussels II-*ter* Regulation⁶⁵, its predecessors⁶⁶, as well as the Proposal for the twin Regulations⁶⁷ are silent on whether the respondent refers solely to spouses. The CJEU did not have an opportunity of clarifying this matter. It did, however interpret the term «applicant» from the fifth and sixth indents of the Brussels II-*bis* Regulation. In *Mikołajczyk*⁶⁸, the third party instituted the proceedings for the annulment of the marriage based on the jurisdictional rule found in Art. 3(1)(a), fifth indent of the Brussels II-*bis* Regulation, the predecessor of the Brussels II-*ter* Regulation. The CJEU clarified that a person other than one of the spouses who brings an action for annulment of marriage may not rely on the grounds of jurisdiction set out in those provisions. The rationale behind this decision rested on the purpose of the relevant jurisdictional rules. These rules aim to safeguard the interests of spouses and create an adaptable framework for addressing the mobility of spouses, especially in cases where one spouse relocates from the Member State of their common habitual residence. Simultaneously, these rules ensure that there exists a genuine connection between the party concerned and the competent court⁶⁹. The CJEU's decision was met with a certain extent of criticism⁷⁰.

⁶⁵ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), [COM\(2016\) 411 final](#) of 30 June 2016.

⁶⁶ Proposal for a Council Regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility repealing Regulation (EC) No 1347/2000 and amending Regulation (EC) No 44/2001 in matters relating to maintenance, [COM\(2002\) 222 final](#) of 27 August 2002; and Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for joint children, [COM\(1999\) 220 final](#) of 31 August 1999.

⁶⁷ COM(2016) 108 final, cit.

⁶⁸ Court of Justice, judgment of 13 October 2016, [case C-294/15](#), *Mikołajczyk*, EU:C:2016:772.

⁶⁹ Case *Mikołajczyk*, cit., paras. 49-50. For more on the aim and the purpose of the fifth and sixth indent of the Art. 3(1)(a) of the Brussels II-*ter* Regulation, see V. TOMLJENVIĆ, I. KUNDA, *Uredba Rim III: treba li Hrvatskoj*, in I. KUNDA (ed.), *Obitelj i djeca: europska očekivanja i hrvatska stvarnost/Family and children: European expectations and national reality*, Rijeka, 2014, pp. 207-247, at p. 225.

⁷⁰ A. BORRÁS, *Article 3*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels IIbis Regulation*, Cologne, 2017, pp. 89-98, at p. 95.

The aim and the purpose of jurisdictional rules in Art. 6 of the Matrimonial Property Regimes Regulation may be found in the Explanatory Memorandum of the Proposal for the twin Regulations. There, it is stated that the proposed criteria include the habitual residence of the spouses, their last habitual residence if one of them still resides there or the habitual residence of the respondent and that these widely used criteria frequently coincide with the location of the spouses' property⁷¹. In addition, Recital 35 which contains a clarification on jurisdictional criteria in the Matrimonial Property Regimes Regulation, does not provide any indication as to whether Art. 6 pertains to individuals beyond the spouses. A part of the doctrine has suggested that the interpretation of Art. 6(c) of the Matrimonial Property Regimes Regulation should be interpreted in the manner that it refers only to spouses, not third parties, invoking the requirements of proximity and certainty, as well as the risk of multiplication of competent courts in case of multiple defendants⁷². On the other hand, there are opposing perspectives which are based on the argument that the Matrimonial Property Regimes Regulation ambit covers also proceedings initiated by or directed against third parties and therefore Art. 6(c) extends beyond just spouses⁷³. Perhaps the most convincing argument tipping the scale towards more extensive interpretation of Art. 6(c) of the Matrimonial Property Regimes Regulation is the fact that it embodies the maxim *actor sequitur forum rei*, a widely accepted and reasonable jurisdictional principle. In any case, in the dispute before the Municipal Court in Pazin, Permanent Service in Buje, expanding the application of Art. 6(c) to include defendants who are not spouses did not yield adverse outcomes in terms of establishing a satisfactory link between the court and the dispute.

4. Conclusion.

The Matrimonial Property Regimes Regulation, in conjunction with its counterpart, the Property Consequences of the Registered Partnerships Regulation, marks a significant addition to the legal landscape of EU private international law sources pertaining to family and succession matters. While the volume of Croatian case law on the Matrimonial Property Regimes Regulation is still modest, at least the portion that is publicly available, certain issues on application of the Matrimonial Property Regimes Regulation emerged before Croatian courts. These instances provided opportunities to delve into various matters on the private international law dimensions

⁷¹ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, [COM\(2016\) 106 final](#) of 2 March 2016.

⁷² A. BONOMI, *Article 6, Autres compétences*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (eds.), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple: commentaire des Règlements (UE) nos 2016/1103 et 2016/1104*, Bruxelles, 2021, pp. 411-428, at p. 426.

⁷³ M. MAKOWSKY, *Artikel 6, Zuständigkeit in anderen Fällen*, in R. HÜRTEGE, H.-P. MANSEL (eds.), *BGB, Vol. 6, Rom-Verordnungen - EuErbVO – HUP*, Baden-Baden, 3rd ed., 2019, pp. 893-899, at p. 898.

of matrimonial property regimes. Predominantly, these challenges pertain to the scope of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation, and that includes all four aspects of the scope of application: territorial, personal, material, and temporal.

Given the relative novelty of the Regulation, Croatian case law has generally exhibited a sound interpretation and application of this legal instruments. It will be interesting to monitor future judicial developments, especially concerning issues which have been addressed.

ABSTRACT: Regulation 2016/1103 on Matrimonial Property Regimes has entered into force on 29 January 2019 along with its twin, Regulation 2016/1104 on Property Consequences of Registered Partnerships. The Republic of Croatia is one of the Member States participating to the enhanced cooperation in the framework of which the twin Regulations have been enacted. Since the date which marks the five years of application of the Matrimonial Property Regimes Regulation is approaching, the paper inspects the challenges which Croatian courts have faced in applying this new addition to EU private international law, with a special focus on all four aspects of its scope of application: territorial, personal, material, and temporal.

KEYWORDS: cross-border couples; EU family and succession law; matrimonial property regimes; twin Regulations.

Alcune riflessioni a margine della sentenza *Unilever Italia*, con particolare riferimento alla nozione di singola entità economica: un'estensione del principio anche al di là dell'art. 101 TFUE?

Michele Migliori*

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria e i motivi del rinvio. – 2. La nozione di unica entità economica. – 2.1. *Segue.* L'unità economica in presenza di vincoli di natura esclusivamente contrattuale. – 3. Il parametro del concorrente altrettanto efficiente. – 4. Riflessioni finali.

1. La vicenda giudiziaria e i motivi del rinvio.

La sentenza in esame¹ si esprime in merito ad un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano², con il quale i giudici amministrativi hanno sottoposto alla Corte di giustizia questioni interpretative vertenti sugli artt. 101 e 102 TFUE.

Il giudizio riguarda un caso di abuso di posizione dominante, per il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nel 2017 ha sanzionato l'impresa Unilever Italia Mkt. Operations s.r.l., imputandole una serie di condotte poste in essere da società facenti parte della sua rete di distribuzione italiana³.

La Unilever Italia Mkt. Operations s.r.l. (di seguito, Unilever) è una società del Gruppo Unilever, impresa multinazionale operante in molteplici mercati, tra cui quello della produzione di gelati. In Italia, Unilever produce e, tramite i marchi «Algida» e «Carte d'Or», commercializza gelati in confezione individuale, destinati ad essere consumati «OOH – *out of home*», ossia al di fuori del domicilio del consumatore, presso i cc.dd. punti vendita. La distribuzione su vasta scala è affidata ad una rete di numerosi distributori, i quali agiscono in tal senso esclusivamente in forza di un vincolo di natura contrattuale con la suddetta impresa (non vi sono infatti rapporti societari né di partecipazione nel capitale né che attribuiscono a Unilever diritti di voto all'interno delle società distributrici).

*Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche europee ed internazionali, Università degli Studi di Verona.

¹ Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 2023, [causa C-680/20](#), *Unilever Mkt. Operations Srl c. AGCM*, EU:C:2023:33.

² Consiglio di Stato, [ordinanza del 7 dicembre 2020, n. 7713](#).

³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, [decisione del 6 dicembre 2017, n. 26822](#).

Il 3 aprile 2013, una società concorrente, denominata La Bomba s.n.c., presentava presso l'AGCM una denuncia per abuso di posizione dominante da parte di Unilever, sulla base della quale l'Autorità avviava un'indagine.

Con decisione del 31 ottobre 2017, l'AGCM sanzionava *ex art. 102 TFUE* l'impresa Unilever per abuso di posizione dominante, comminandole un'ammenda pari a 60.668.580 euro. All'esito dell'attività istruttoria, l'Autorità rilevava infatti che l'impresa in questione avesse posto in essere una strategia di esclusione idonea ad ostacolare la crescita delle sue concorrenti. La condotta contestata si sostanziava nell'imposizione di clausole di esclusiva ai gestori dei punti vendita, operata non già dall'impresa Unilever, ma dai suoi distributori: di fatto le clausole di esclusiva in commento inducevano i gestori dei punti vendita a rifornirsi di gelati in confezione individuale esclusivamente presso Unilever, ricevendo, quale corrispettivo, vantaggiosi sconti e commissioni, attribuiti sulla base del raggiungimento di un determinato volume di fatturato o grazie alla commercializzazione di una precisa gamma di prodotti Unilever.

La strategia, risultante dal combinato disposto delle clausole di esclusiva e del sistema di pratiche di sconto, di fatto induceva i gestori dei punti vendita a continuare a rifornirsi esclusivamente presso Unilever, preferendola sistematicamente rispetto alle imprese concorrenti.

Nel merito, ai fini della successiva trattazione, occorre focalizzare l'attenzione su due specifici aspetti della decisione dell'AGCM: *in primis*, l'Autorità ha ritenuto di poter imputare a Unilever atti effettivamente posti in essere dai suoi distributori. L'AGCM ritiene infatti che l'impresa in parola e la sua rete di distributori costituiscano un'unica entità economica, nell'ambito della quale Unilever avrebbe ampi poteri di interferenza sull'impostazione della politica commerciale dei suoi distributori; questi, dunque, nell'imposizione delle clausole di esclusiva, non avrebbero agito in modo indipendente, ma, al contrario, la loro condotta risponderebbe ad un preciso impulso dell'impresa sanzionata. *In secundis*, secondo l'Autorità, Unilever tramite i suoi comportamenti avrebbe escluso, o quantomeno limitato, la possibilità per le imprese avversarie di esercitare una concorrenza basata sui meriti dei loro prodotti. L'AGCM è giunta a questa conclusione a partire da un'analisi delle caratteristiche specifiche del mercato considerato: l'esiguità dello spazio che i punti vendita dedicano ai gelati in confezione singola e il peso determinante che esercita l'offerta presente *in loco* sulla scelta finale del consumatore hanno spinto l'Autorità a ritenere che la condotta contestata risponda ad una logica anticoncorrenziale.

Avverso tale decisione, Unilever presentava ricorso innanzi al TAR del Lazio, che il 23 maggio 2018 respingeva integralmente il ricorso⁴. Unilever, dunque, impugnava tale sentenza innanzi al Consiglio di Stato, sostenendo l'esistenza di vizi inficianti la decisione

⁴ TAR del Lazio, [sentenza del 23 maggio 2018, n. 6080](#).

dell'AGCM quali, da un lato, l'impossibilità di imputare all'impresa comportamenti posti in essere da terzi e, dall'altro, l'inidoneità a produrre effetti anticoncorrenziali delle condotte contestate.

Il Consiglio di Stato, in merito al gravame innanzi ad esso pendente, decideva di sollevare due questioni pregiudiziali innanzi alla Corte di giustizia. Da un lato, il giudice *a quo* si chiede, ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, quali siano i criteri rilevanti al fine di ricondurre nell'alveo della nozione di «unica entità economica» una situazione, come quella in commento, nella quale esiste un coordinamento contrattuale tra due operatori economici formalmente indipendenti ed autonomi. In particolare, il giudice del rinvio si domanda se a tale fine sia sufficiente l'esistenza di un certo livello di ingerenza sulle scelte commerciali dell'altra impresa o se sia necessario dimostrare l'esistenza di un collegamento gerarchico, stabilito in un contratto, in forza del quale più imprese si assoggettano alla direzione e al coordinamento di una di esse⁵.

Dall'altro lato, con la seconda questione pregiudiziale, il giudice *a quo* si chiede se, al fine di rilevare la presenza di un abuso di posizione dominante attuato mediante clausole di esclusiva, l'art. 102 TFUE vada interpretato nel senso che l'autorità di concorrenza abbia l'obbligo di verificare se tali clausole abbiano avuto come effetto l'esclusione di altri concorrenti parimenti efficienti e se, ancora, l'autorità abbia l'obbligo di esaminare le analisi economiche prodotte a discarico dall'impresa accusata, oppure se non vi sia alcun obbligo per l'AGCM di fondare la contestazione del suddetto illecito sul criterio del concorrente altrettanto efficiente⁶.

2. La nozione di unica entità economica.

Il tema della nozione di «unica entità economica» (o di «unità economica») viene in gioco a seguito del suo esplicito richiamo operato dal giudice del rinvio in sede di formulazione delle questioni pregiudiziali e dell'ampia trattazione che l'Avvocato generale riserva al tema nelle sue conclusioni⁷.

Il portato innovativo del caso *Unilever Italia* risiede proprio nel fatto che il giudice del rinvio domanda esplicitamente quali siano i presupposti necessari ai fini dell'applicazione «al di fuori dei casi di controllo societario» della teoria dell'unità economica.

⁵ La differenza tra i due regimi ha importanti riverberi anche sugli oneri probatori gravanti in capo all'autorità *antitrust*: qualora fosse necessario un rapporto gerarchico tra le imprese, allora l'AGCM sarebbe chiamata a produrre la prova di una pluralità sistematica di atti di indirizzo idonei a incidere sull'autonomia della politica commerciale dell'impresa «servente».

⁶ Consiglio di Stato, ordinanza n. 7713/2020, cit.

⁷ Avvocato generale Rantos, conclusioni del 14 luglio 2022, [causa C-680/20](#), *Unilever Mkt. Operations Srl c. AGCM*, EU:C:2022:586, punti 24-55.

Il ricorso a tale nozione permetterebbe, infatti, di far sorgere *ipso iure* una responsabilità solidale tra Unilever e i suoi distributori; appare dunque opportuno, senza pretese di esaustività, approfondirne la portata e l'utilizzo nel tempo.

La teoria dell'unica entità economica, o *single economic entity*, di derivazione giurisprudenziale, ha visto la luce, ai fini *antitrust*, nell'ambito dei rapporti tra gruppi societari, e costituisce un corollario della nozione europea di «impresa», a sua volta di derivazione pretoria, non rinvenendosi nel diritto dell'Unione una definizione circoscritta di ciò che è impresa⁸. La ricostruzione di tale nozione può essere operata volgendo lo sguardo alla prassi della Commissione europea e soprattutto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha optato per una formulazione molto più ampia ed elastica rispetto a quella di matrice civilistica: nella sentenza *Höfner*, infatti, la Corte qualifica come impresa, ai fini *antitrust*, «qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento»⁹, laddove per attività economica si deve intendere «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»¹⁰.

Ai fini della trattazione del caso *Unilever Italia*, è opportuno notare che il ricorso ad una nozione tanto elastica di impresa è funzionalmente dovuto alla particolare attenzione che la Corte rivolge alle dinamiche concorrenziali che si sviluppano sul mercato: si vuole con ciò evitare che le imprese si sottraggano all'applicazione delle norme *antitrust*, facendo ricorso al mutamento delle forme giuridiche che esse possono

⁸ Sul concetto di *single economic entity* si rinvia a VAN BAELE, BELLIS, *Competition Law of the European Union*, 6th ed., Alphen aan den Rijn, 2021, p. 37; A. EZRACHI, *Eu Competition Law, An analytical Guide to the leading cases*, Oxford, 2016, pp. 20-32; H. BOLATOGLU, *The concept of single economic entity in merger cases: lifting the corporate veil*, in *European Competition Law Review*, 2009, pp. 362-370, spec. p. 362.

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1991, [causa C-41/90](#), *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, EU:C:1991:161, punto 21. Per un approfondimento riguardo la nozione europea di impresa si rinvia a, *ex plurimis*, R. CAFARI PANICO, F. DI BENEDETTO, *La nozione di gruppo di imprese nel prisma del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in J. MOSCIANESE, R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le operazioni di M&A fra regolamentazione e concorrenza*, Torino, 2022, pp. 219-251, spec. p. 220; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 10th ed., Oxford, 2021, p. 100 s.; P. MANZINI, *Casi e materiali di diritto antitrust europeo*, Torino, 2021, p. 85 s.; E. FOX, D. GERARD, *Eu Competition Law, Cases Texts and Contexts*, Northampton, 2017, pp. 18-20; G. ALPA, *Diritto Privato Europeo*, Milano, 2016, pp. 501-514; A. EZRACHI, *Eu Competition Law*, cit., pp. 1-33; F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, pp. 85-92; L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, pp. 47-58, spec. pp. 55-58; A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella Ue*, Padova, 2012, pp. 83-86; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza, profili sostanziali*, Milano, 2007, pp. 54-64; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, pp. 82-86. Invece, per un'analisi più approfondita della sentenza, si rinvia a: K. LASOK, *When is an Undertaking not an Undertaking?*, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 383-385; P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1995, pp. 379-396.

¹⁰ Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 2000, [cause riunite C-180/98 a C-184/98](#), *Pavel Pavlov e a. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, EU:C:2000:428, punto 74.

di volta in volta vestire¹¹. Attraverso l'elaborazione della *single entity theory*, la Corte di giustizia vuole dunque escludere che l'applicazione delle regole sulla concorrenza venga minata da una separazione tra due imprese aventi sul piano formale distinta personalità giuridica, le quali però nella sostanza si contraddistinguano per un'unità di comportamento sul mercato¹².

Il ricorso al concetto di unità economica ha storicamente assolto ad una duplice funzione: da un lato, ha permesso di escludere l'applicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi intercorsi tra soggetti appartenenti alla medesima impresa¹³. La Corte ritiene infatti che la nozione di «unica entità economica» sia riferibile ad un'impresa, benché costituita da una pluralità di persone fisiche o giuridiche, solo quando sul mercato vi sia unità di comportamento¹⁴. Da questo punto di vista, è importante sottolineare come in questo caso la nozione in parola debba essere interpretata in senso restrittivo, ciò in quanto, altrimenti, verrebbe eccessivamente limitato l'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE.

Dall'altro lato, più rilevante ai fini della trattazione del caso in commento, l'applicazione della nozione di unità economica ha permesso di imputare la responsabilità per la violazione di una norma *antitrust* posta in essere da una società del gruppo anche alle altre, configurandosi così il ricorso a tale nozione come «un'arma a doppio taglio»¹⁵.

Nella prassi, questo secondo profilo si è più di frequente manifestato attraverso l'estensione della responsabilità alla società controllante per un illecito anticoncorrenziale commesso dalla controllata c.d. estensione della responsabilità in senso ascendente. Ciò determina risvolti economicamente rilevanti anche dal punto di vista del calcolo dell'ammenda; secondo le norme europee¹⁶, infatti, in questi casi il computo del massimo

¹¹ In tal senso si veda F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Rivista delle società*, 2014, pp. 1060-1123.

¹² Corte di giustizia, sentenze del 27 aprile 2017, [causa C-516/15 P](#), *Akzo Nobel NV e a. c. Commissione*, EU:C:2017:314, punto 48; 10 settembre 2009, [causa C-97/08](#), *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, EU:C:2009:536, punto 58. Per un commento a tali sentenze, *ex plurimis*, si vedano, rispettivamente: J.P. SCHMIDT, *Akzo Nobel and Others v Commission: When Can Parent Companies be Liable for the Acts of Subsidiaries Even if Action Against the Subsidiary is Time-barred?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, pp. 31-33; A. REINSTADLER, A. REINALTER, *Imputabilità della responsabilità per la violazione dell'art. 101, comma 1, t.f.u.e. ad una società capogruppo per il comportamento illecito della propria controllata: una presunzione davvero confutabile?*, in *Rivista di diritto societario*, 2012, pp. 523-529.

¹³ Per un approfondimento si rinvia a P. MANZINI, *Casi e materiali di diritto antitrust europeo*, cit., pp. 23-29; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, pp. 311-320.

¹⁴ Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, [causa 48/69](#), *ICI c. Commissione*, EU:C:1972:70, punto 140.

¹⁵ In questa direzione, M. CASORIA, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, pp. 365-405.

¹⁶ [Regolamento \(CE\) n. 1/2003](#) del Consiglio, del 16 dicembre 2002, relativo all'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Per un approfondimento, si veda B. NASCIBENE, *Applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato*, in A. ADINOLFI, S. AMADEO, D. LUIGI, B. NASCIBENE (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, pp. 11-28.

dell'ammenda (10%)¹⁷ assume come base di calcolo il fatturato di tutte le entità che compongono l'unità economica (non viene quindi considerato unicamente il fatturato della società che ha effettivamente posto in essere la violazione, con un conseguente ed esponenziale aumento del *quantum debeatur*)¹⁸.

L'attribuzione in senso ascendente della responsabilità non si sostanzia in un automatismo, basato *sic et simpliciter* sul fatto che una società partecipi allo stesso gruppo dell'altra; al contrario essa è subordinata alla dimostrazione del fatto che il comportamento sul mercato della società figlia non sia autonomo, ma determinato dal controllo che la società madre esercita su di essa¹⁹.

Ai fini della dimostrazione dell'esistenza di tale controllo, in presenza di rapporti di partecipazione in capitale tra le imprese coinvolte, la Corte ha infatti stabilito che le azioni poste in essere dalla società figlia (la controllata) possono essere imputate alla società madre (la controllante) qualora «tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società madre in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche»²⁰.

Nel caso in cui tra due imprese sussistano vincoli derivanti dalla partecipazione in capitale, si può tuttavia essere in presenza di due ipotesi alternative: il caso in cui la società controllante detenga la totalità o quasi totalità del capitale della controllata oppure la fattispecie nella quale la società madre detenga una partecipazione minore (che non le garantisce lo stesso livello di controllo) del capitale della società figlia.

Nel primo caso la società madre è nelle condizioni di esercitare il controllo sulla società figlia *ipso facto* e, ai fini della dimostrazione dell'esercizio effettivo di tale controllo, opera una presunzione *iuris tantum*²¹. Si assiste quindi ad un'inversione dell'onere probatorio, in cui per confutare la presunzione (c.d. *parental responsibility presumption*) e dunque riportare l'onere in capo all'autorità procedente, l'impresa è ammessa a presentare le proprie difese²². Inoltre, secondo un recente pronunciamento della Corte, che ha ulteriormente esteso la portata della teoria dell'unità economica, viene assimilata a quest'ultima fattispecie l'ipotesi in cui, pur non detenendo una partecipazione

¹⁷ Art. 23 del regolamento n. 1/2003, cit.

¹⁸ Ancora, come conseguenza dell'estensione della responsabilità in senso ascendente, si deve considerare il fatto che la società madre potrà essere considerata in recidiva anche qualora il precedente illecito sia stato accertato solamente nei confronti della società figlia, con cui però già al momento del primo illecito essa costituiva un'unica entità economica.

¹⁹ Per un approfondimento, si rinvia a P. MANZINI, *Rethinking the Parental Liability for Antitrust Infringements*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 709-739.

²⁰ Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 58. Nello stesso senso, si veda Corte di giustizia, sentenza del 25 marzo 2021, [causa C-152/19](#), *Deutsche Telekom AG c. Commissione Europea*, EU:C:2021:238, punto 74.

²¹ Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 61.

²² Secondo la dottrina, la presunzione *iuris tantum*, e dunque l'inversione dell'onere probatorio, pongono l'impresa nella situazione di dover produrre una *probatio diabolica*. In questo senso, si veda M. CASORIA, *L'imputabilità infragruppo*, cit., p. 370.

totalitaria, la società madre possa esercitare la totalità dei diritti di voto nell'assemblea dei soci della società figlia; anche in questo caso, quindi, l'esercizio effettivo del controllo determinante viene presunto *iuris tantum*²³.

La Corte, tuttavia, ha ritenuto che, quand'anche la controllante detenga l'intero capitale della controllata, ipotesi in cui, come anticipato, sussisterebbe la presunzione relativa di influenza determinante²⁴, le autorità garanti della concorrenza rimangono comunque libere di provare l'influenza determinante attraverso altri mezzi di prova²⁵.

Fuori dai casi in cui la società controllante detenga la totalità o la quasi totalità delle azioni della controllata, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, l'influenza determinante può essere dimostrata prendendo in considerazione l'insieme dei vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti tra la società madre e la sua società figlia. Allora, in queste ipotesi, non vengono unicamente in rilievo le partecipazioni di capitale della controllante sulla controllata, ma possono essere presentati come mezzi di prova anche elementi *uti singuli* insufficienti, ma nel loro complesso idonei a dimostrare l'esistenza del controllo della prima sulla seconda²⁶.

Da ultimo, è necessario riportare una rilevante novità, che costituisce l'ultimo tassello della progressiva costruzione della teoria dell'unica entità economica: è possibile affermare l'applicabilità di tale teoria anche in senso discendente, ossia chiamare in responsabilità la società figlia per un illecito *antitrust* commesso dalla controllante²⁷.

La nozione di unità economica può dunque essere oggetto di un'interpretazione ampia o restrittiva a seconda della finalità perseguita. Il portato interpretativo di tale teoria conosce infatti un perimetro più ampio quando esso è teso a potenziare l'effetto preventivo e dissuasivo delle norme anticoncorrenza²⁸, tuttavia rimane fermo il fatto che, sia ai fini dell'imputazione del comportamento, sia ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, il criterio decisivo rimane la rilevazione di una un'unità di comportamento sul mercato²⁹.

²³ Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2021, [causa C-595/18 P](#), *Goldman Sachs Group Inc. c. Commissione*, EU:C:2021:73.

²⁴ Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 61.

²⁵ Sentenza *Goldman Sachs c. Commissione*, cit., punto 40.

²⁶ Tribunale dell'Unione europea, sentenze del 12 dicembre 2007, [causa T-112/05](#), *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, EU:T:2007:381, punto 64 ss.; 12 gennaio 1995, [causa T-102/92](#), *Viho Europe BV c. Commissione*, EU:T:1995:3, punto 48; e Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 1974, [cause riunite 6 e 7/73](#), EU:C:1974:18, punti 39-41. Da questo punto di vista, vi sono alcuni elementi indiziari che la Commissione prende in considerazione in modo ricorsivo: si può parlare, ad esempio, dell'esistenza di accordi infragruppo, della presenza di medesimi soggetti che cumulano su di sé cariche apicali sia nell'una che nell'altra società, dell'esistenza di semplici legami personali tra chi ricopre cariche apicali all'interno esse, della possibilità per la controllante di nominare e revocare alcuni amministratori della controllata, ecc.

²⁷ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, [causa C-882/19](#), *Sumal S.L. c. Mercedes Benz Trucks España S.L.*, EU:C:2021:18.

²⁸ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 100 s.

²⁹ Conclusioni Avvocato generale Rantos, *Unilever Italia*, cit, punto 33.

L'effetto dissuasivo che la teoria dell'unità economica determina in capo alle imprese, circa la commissione di fatti anticoncorrenziali, è inoltre evidente anche da un punto di vista di *private enforcement*³⁰: la vittima di una pratica anticoncorrenziale potrà proporre un'azione di risarcimento del danno nei confronti di una qualsiasi impresa costituente l'unità economica responsabile della violazione³¹.

Il caso *Unilever Italia* rappresenterebbe un passaggio ulteriore nell'evoluzione del concetto di *single entity theory*, poiché la sua applicabilità verrebbe estesa anche al di fuori delle ipotesi in cui sussista un controllo societario.

Qui vengono in gioco i rapporti tra Unilever e la sua rete di distributori, rapporti basati infatti non su partecipazioni in capitale, bensì che si sviluppano sulla base di reciproci vincoli di natura esclusivamente contrattuale. Nonostante la sostanziale differenza con i casi in cui vi siano in gioco una società controllante e una controllata, come affermato dal Tribunale dell'Unione europea, non è esclusa la configurabilità dell'«unità economica» nei rapporti (ancora, di natura esclusivamente contrattuale) tra un committente e il suo commissionario³².

Sulla base delle pronunce della giurisprudenza in merito ai casi in cui la società madre abbia una partecipazione minore (e dunque un minore livello di controllo) nel capitale della società figlia, o i casi riguardanti i rapporti tra committente e commissionario, si possono trarre elementi utili e applicabili alla causa principale.

2.1. Segue. L'unità economica in presenza di vincoli di natura esclusivamente contrattuale.

La Corte di giustizia ha più volte avuto cognizione di controversie nelle quali sorgevano dubbi in merito al soggetto cui imputare una determinata condotta, posta in essere da un commissionario per conto del suo committente. In questi casi, è utile sottolinearlo, il ragionamento della Corte si è sviluppato al di fuori del perimetro delle

³⁰ Riguardo la sfera del *private enforcement*, un ulteriore passo in avanti è stato compiuto dalla giurisprudenza europea con la pronuncia sul caso *Skanska*: Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2019, [causa C-724/17](#), *Vantaan kaupunki Skanska Industrial Solutions Oy e a.*, EU:C:2019:204, punti 46 e 49-50. In questo caso, la Corte ha affermato la piena e diretta efficacia dell'art. 101 TFUE ai fini della determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento del danno; anche in sede privatistica viene dunque data applicazione della nozione europeistica di «impresa», così come di tutti i principi sviluppatisi a riguardo, compresa la responsabilità dei successori economici per i fatti anticoncorrenziali posti in essere dai loro predecessori. Per un commento si rimanda a A. LEITCH, *Skanska: are jurisdiction challenges now an impossible undertaking?*, in *Competition Law Journal*, 2019, pp. 97-103.

³¹ In tal senso si veda: Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, [cause riunite C-231/11 P a C-233/11 P](#), *Commissione Siemens AG Österreich e a.*, EU:C:2014:256, punto 45: «in determinate circostanze, una persona giuridica che non abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza può nondimeno essere sanzionata per il comportamento illecito di un'altra persona giuridica allorché tali persone facciano tutte e due parte della stessa entità economica e formino così l'impresa».

³² Tribunale dell'Unione europea, sentenza dell'11 dicembre 2003, [causa T-66/99](#), *Minoan Lines SA c. Commissione*, EU:T:2003:337, punti 125-128.

partecipazioni in capitale tra le due entità coinvolte, sussistendo tra esse un vincolo esclusivamente contrattuale. L'approfondimento di tali fattispecie ha permesso alla Corte di elaborare alcuni parametri di riferimento per accertare quando si sia in presenza di un'unità economica o, più in generale, parametri utili a chiamare in causa il committente.

Il primo di tali parametri è costituito dal vantaggio che l'azione del commissionario determina in capo al committente; secondo la Corte, infatti, quando l'intermediario svolge un'attività a vantaggio del dante causa, egli può essere considerato come un organo ausiliario afferente all'impresa di quest'ultimo³³.

La valutazione del grado di indipendenza di un operatore economico sul mercato di riferimento può essere effettuata prendendo in considerazione altri due parametri, ossia l'assunzione del rischio economico e l'esclusività dei servizi offerti³⁴. Il Tribunale dell'Unione, nella sentenza *Suiker Unie*, ha infatti affermato che un'impresa non può essere considerata parte di un'unità economica con il suo committente qualora, sulla base del contratto stipulato, essa assuma rischi finanziari inerenti alla vendita o all'esecuzione di contratti stipulati con terzi e dunque eserciti funzioni analoghe a quelle di un operatore indipendente. Quanto all'esclusività dei servizi offerti, la Corte, confermando una precedente pronuncia³⁵, ha affermato che può difficilmente rientrare nel concetto di unità economica un prestatore che sul mercato di riferimento effettui, quale operatore indipendente, operazioni di notevole entità economica. Procedendo *a contrariis*, si può affermare che un operatore può perdere la qualità di «operatore economico indipendente» nel momento in cui non sopporti alcuno dei rischi finanziari e commerciali conseguenti all'attività del committente, dipendendo interamente da questo³⁶. La nozione di unità economica, nel quadro di rapporti contrattuali tra committente e prestatore, è stata affrontata in ottica più generale dalla sentenza *Remonts*³⁷, caso in cui la Corte, pur pronunciandosi in merito ad un caso di *bid-rigging*³⁸, dunque un contesto di fatto diverso da quello della causa principale, ha elaborato una serie di criteri utili e che in parte si sovrappongono a quelli precedentemente enucleati.

Nello specifico, la Corte ha affermato che un'impresa può essere considerata responsabile di una pratica anticoncorrenziale posta in essere da un suo commissionario solo se ricorre una delle seguenti condizioni: (i) il prestatore in realtà operava sotto la

³³ Corte di giustizia, sentenza del 16 dicembre 1975, [cause riunite 40-48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73](#), *Suiker Unie e a. c. Commissione*, EU:C:1975:74, punti 480-483.

³⁴ Sentenza *Minoan Lines SA c. Commissione*, cit., punti 125-128.

³⁵ Corte di giustizia, sentenza del 14 dicembre 2006, [causa C-217/05](#), *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio Compañía Española de Petróleos SA*, EU:C:2006:784, punto 43 s.

³⁶ Sentenza *Suiker Unie*, cit., punto 544.

³⁷ Corte di giustizia, sentenza del 21 luglio 2016, [causa C-542/14](#), *VM Remonts e a.*, EU:C:2016:578.

³⁸ Tale concetto si riferisce all'ipotesi in cui imprese, altrimenti in concorrenza tra loro, si alleino segretamente per aumentare il prezzo o diminuire la qualità dei servizi destinati ai committenti che hanno indetto la procedura di gara. Per un approfondimento si rinvia a P. SABBATINI, *La tutela della concorrenza negli appalti pubblici*, in *L'industria, Rivista di economia e politica industriale*, 2014, pp. 697-720.

direzione o il controllo dell'impresa³⁹, (ii) tale impresa era a conoscenza degli obiettivi anticoncorrenziali del suo prestatore e intendeva contribuirvi con il suo comportamento⁴⁰, (iii) detta impresa poteva ragionevolmente prevedere l'operato anticoncorrenziale dei suoi concorrenti e del medesimo prestatore ed era pronta ad accettarne il rischio⁴¹.

In una fattispecie nella quale il comportamento abusivo recante benefici economici al produttore dominante viene posto in essere dai suoi distributori terzi, qualora sia dimostrato che tali distributori agivano sulla base di istruzioni specifiche del produttore, il comportamento dovrebbe essere imputato all'impresa dominante. Qualora questo non fosse possibile, si genererebbe una situazione nella quale l'impresa dominante potrebbe facilmente aggirare il divieto di cui all'art. 102 TFUE, delegando l'attuazione di pratiche anticoncorrenziali ai suoi intermediari indipendenti.

Come rilevato dall'Avvocato generale Rantos nelle sue conclusioni, è indubbio che la valutazione circa l'esistenza di un'unità economica non possa essere svolta *in abstracto*; al contrario, sono necessarie numerose valutazioni circa la situazione concreta. Infatti, si deve constatare che, in linea generale, tutti i rapporti verticali, *ipso facto*, consegnano al committente una posizione privilegiata rispetto al commissionario, posizione di privilegio che può estendersi a molteplici aspetti dell'attività oggetto del contratto stipulato. Tuttavia, è necessario valutare in concreto i vincoli economici, organizzativi e giuridici esistenti, perché il mero coordinamento contrattuale non può di per sé indicare che il distributore o commissionario non agisce autonomamente⁴².

Il richiamo, operato dall'Avvocato generale, ai vincoli di natura economica, organizzativa e giuridica che legano committente e commissionario (nel caso di specie produttore e distributore) rispecchia la linea assunta dalla Corte nella giurisprudenza richiamata in materia di valutazione della presenza di un'unità economica e funge da base alla prima delle conclusioni dell'Avvocato generale stesso circa uno dei quesiti del giudice del rinvio: infatti, dato che la sussistenza di un'unità economica deve essere valutata in concreto, allora non è necessario, a questo fine, accertare la sussistenza di un collegamento gerarchico tra l'impresa dominante e i suoi distributori, poiché ciò che conta è verificare la libertà del commissionario nella sostanza, anche al di là dei vincoli formalizzati in atti di indirizzo⁴³.

Nelle sue conclusioni in merito al primo motivo di rinvio, la Corte non fa menzione del concetto di unità economica, preferendo percorrere un'altra via, segnalata ma non percorsa dall'Avvocato generale Rantos⁴⁴, utile ad imputare al produttore dominante i comportamenti posti in essere dai suoi distributori.

³⁹ Sentenza *VM Remonts e a.*, cit., punto 25.

⁴⁰ *Ivi*, punti 29-30.

⁴¹ *Ivi*, punto 31.

⁴² Conclusioni Avvocato generale Rantos, *Unilever Italia*, cit., punti 48 e 54.

⁴³ *Ivi*, punto 53.

⁴⁴ *Ivi*, punto 48.

La Corte ricorda infatti che incombe sull'impresa in posizione dominante la particolare responsabilità di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno; la portata di tale responsabilità non investe solo i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere direttamente dall'impresa dominante, ma determina in capo ad essa l'obbligo di vigilare anche sulle condotte da lei delegate a soggetti giuridici indipendenti, tenuti ad eseguire le sue istruzioni.

Pertanto, qualora il comportamento anticoncorrenziale sia realizzato da un intermediario indipendente, tenuto però ad eseguire la politica commerciale unilateralmente elaborata dall'impresa dominante, allora quella condotta potrà essere imputata all'impresa stessa. Il responsabile di quel comportamento è l'impresa dominante, poiché i suoi distributori hanno agito come strumento di ramificazione territoriale di una politica commerciale – anticoncorrenziale – decisa a monte.

Nella sentenza *Unilever Italia*, la Corte individua tre specifiche condizioni al ricorrere delle quali la responsabilità per il comportamento controverso, contestato all'intermediario indipendente, può essere imputato all'impresa dominante: (i) l'impresa dominante ha impartito specifiche istruzioni, (ii) il comportamento rilevante è stato unilateralmente deciso, (iii) i soggetti indipendenti che attuano il comportamento sono tenuti a conformarvisi⁴⁵.

Ciò vale, *a fortiori*, nel momento in cui il distributore agisca sulla base di contratti tipo, interamente redatti dal produttore e contenenti clausole di esclusiva che i distributori sono obbligati a far accettare ai punti vendita senza poter apportarvi alcuna modifica in mancanza del consenso del produttore. In tale contesto, il produttore è ragionevolmente consapevole del fatto che i distributori attuino una politica commerciale da egli unilateralmente decisa, di cui deve assumersi i rischi e la conseguente responsabilità⁴⁶. La responsabilità dell'impresa dominante non è dunque subordinata né alla dimostrazione del fatto che i distributori facciano parte dell'impresa, né alla dimostrazione dell'esistenza di un vincolo gerarchico risultante da una pluralità sistematica di atti di indirizzo.

L'attribuzione della responsabilità al produttore dominante, per una condotta anticoncorrenziale da egli indirettamente attuata per mezzo dei suoi distributori, appare del tutto opportuna nella misura in cui impedisce al produttore di eludere il divieto di cui all'art. 102 TFUE.

La Corte, scegliendo di impostare il suo ragionamento al di fuori del perimetro semantico della nozione di unità economica (che non viene esplicitamente richiamata), giunge sostanzialmente al medesimo risultato, ciononostante la soluzione tracciata potrebbe apparire più sfavorevole dal punto di vista della vittima della pratica anticoncorrenziale, dal momento che ella potrà esercitare il suo diritto al risarcimento solo nei confronti del produttore, non potendo contare sulla ben più rassicurante

⁴⁵ Sentenza *Unilever Italia*, cit., punto 29.

⁴⁶ *Ivi*, punto 31.

responsabilità solidale tra produttore e distributori. Si tratta però di una conclusione *prima facie*, come emergerà in sede di riflessioni finali.

3. Il parametro del concorrente altrettanto efficiente.

Con il secondo motivo di rinvio, il giudice si chiede se, nel caso di utilizzo da parte di un'impresa dominante di clausole di esclusiva o di condotte composte da una molteplicità di pratiche (segnatamente l'apposizione di clausole di esclusiva accompagnate da pratiche di sconto), un'autorità garante della concorrenza sia obbligata a fondare la contestazione della violazione dell'art. 102 TFUE sul criterio del «concorrente altrettanto efficiente». Ancora, il giudice chiede alla Corte se l'autorità sia poi obbligata ad esaminare in modo puntuale le analisi economiche, eventualmente prodotte dall'impresa dominante, riguardanti la concreta possibilità delle suddette misure di restringere la concorrenza.

Nel corso della sua istruttoria, infatti, l'AGCM aveva ritenuto di non dover analizzare gli studi economici prodotti da Unilever con l'obiettivo di dimostrare che le condotte controverse non erano idonee ad escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti; il TAR aveva confermato l'impostazione assunta dall'autorità, rilevando che i principi contenuti nella sentenza *Intel*⁴⁷ fossero applicabili solo in presenza di sconti legati ad obblighi di esclusiva o quasi esclusiva e non in caso di obblighi in esclusiva combinati con sconti di altra natura.

Come rilevato dall'Avvocato generale⁴⁸, la questione pregiudiziale sollevata dal giudice italiano costituisce il «diretto prolungamento» della terza questione pregiudiziale sorta nell'ambito del caso *SEN*⁴⁹. Il quesito aveva un respiro più generale, poiché in quel caso il giudice del rinvio si chiedeva se, al fine di qualificare come abusiva la condotta di un'impresa in posizione dominante, l'autorità avesse l'obbligo di esaminare gli elementi addotti da tale impresa al fine di dimostrare che la condotta posta in essere non avesse prodotto effetti anticoncorrenziali, pur essendo astrattamente idonea a provarli. Il contributo apportato dal caso *SEN* è utile in questa sede a inquadrare la questione sollevata nel presente giudizio entro i confini dell'art. 102 TFUE: la natura preventiva e prospettica di questo articolo consente infatti di affermare che un'autorità garante della concorrenza, al fine di classificare come abusivo un comportamento, non ha necessità di dimostrare che questo abbia sortito effetti anticoncorrenziali in concreto, al contrario è sufficiente che fosse potenzialmente idoneo a provarli⁵⁰.

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza del 6 settembre 2017, [causa C-413/14 P](#), *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, EU:C:2017:632.

⁴⁸ Conclusioni Avvocato generale Rantos, *Unilever Italia*, cit., punto 59.

⁴⁹ Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 2022, [causa C-377/20](#), *SEN*, EU:C:2022:379.

⁵⁰ Avvocato generale Rantos, conclusioni del 9 dicembre 2021, [causa C-377/20](#), *SEN*, EU:C:2021:998, punti 110 e 112.

Sgomberato il campo da questo interrogativo preliminare, per meglio comprendere i dubbi del giudice del rinvio nella presente causa, è utile rammentare brevemente i principi esplicitati dalla Corte nella sentenza *Intel*⁵¹; il secondo motivo di rinvio della causa in rassegna, infatti, deriva dai dubbi interpretativi del Consiglio di Stato circa la loro estendibilità al caso *Unilever Italia*.

In *Intel* la Corte aveva dichiarato che, qualora nel corso del procedimento amministrativo l'impresa dominante presenti elementi di prova utili a dimostrare che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza, l'autorità procedente è tenuta a verificare se le pratiche controverse fossero in concreto idonee ad escludere dal mercato concorrenti quantomeno altrettanto efficienti⁵².

Ci si chiede, a questo punto, se lo stesso principio enucleato dalla Corte abbia una portata generale e valga quindi a prescindere dal tipo di restrizione posta in essere dall'impresa. A suffragare questa ipotesi pare essere il tenore letterale della stessa sentenza: la Corte qualifica entrambe le restrizioni come «potenzialmente abusive», di fatto ponendo sullo stesso piano gli obblighi di esclusiva e gli sconti subordinati ad un obbligo di esclusiva⁵³.

La stessa sentenza precisa la precedente giurisprudenza della Corte con riguardo all'ipotesi in cui l'impresa convenuta si difenda producendo materiale utile a dimostrare la non abusività della condotta posta in essere⁵⁴.

In tal caso, la Commissione è tenuta a «valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci»⁵⁵; ciò si applica sia agli obblighi di esclusiva, sia agli sconti subordinati agli obblighi di esclusiva, poiché la precisazione appena richiamata riguarda qualunque impresa che nel corso del procedimento amministrativo opponga all'autorità procedente materiale difensivo utile a dimostrare l'incapacità della condotta di restringere il mercato, qualunque sia il comportamento all'origine della controversia.

La centralità del parametro del concorrente altrettanto efficiente è confermata anche da un altro rilievo più generale, che riguarda direttamente l'art. 102 TFUE: le pratiche di sconto, in linea generale rientranti nel divieto di cui allo stesso articolo, potrebbero essere oggettivamente giustificate qualora determinassero vantaggi in termini di efficienza e di

⁵¹ In quel caso, la Corte annullava la precedente sentenza del Tribunale dell'Unione europea, del 12 giugno 2014, [causa T-286/09](#), *Intel c. Commissione*, EU:T:2014:547.

⁵² Sentenza *Intel c. Commissione*, causa C-413/14 P, cit., punti 138 e 139.

⁵³ *Ivi*, punto 137: «[p]er un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare taluni acquirenti attraverso l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso di essa costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, tanto se l'obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti».

⁵⁴ Corte di giustizia, sentenza del 13 febbraio 1979, [causa 85/76](#), *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, EU:C:1979:36, punto 89.

⁵⁵ Sentenza *Intel c. Commissione*, causa C-413/14 P, cit., punto 139.

beneficio ai consumatori; lo stesso vale per le clausole di esclusiva, come richiamato da un documento della stessa Commissione europea⁵⁶.

Può dunque accadere che, sulla base di una ponderazione dei loro effetti, gli sconti siano giudicati compatibili con l'art. 102 TFUE. Una ponderazione degli interessi in gioco può essere svolta solo valutando gli effetti che le scontistiche avrebbero sui concorrenti altrettanto efficienti⁵⁷. In *Intel*, la Corte, fornendo tale precisazione, aveva richiamato solo i sistemi di scontistiche e non già anche le clausole di esclusione, ma essendo anche queste ultime oggettivamente giustificabili al ricorrere di determinati presupposti, si può concludere che la precisazione di cui sopra, e dunque la centralità del parametro in esame, sia valida per entrambe le prassi⁵⁸.

Tutto ciò premesso, non si può concludere che il parametro del concorrente altrettanto efficiente costituisca un *benchmark* obbligatorio. Come rilevato dalla Corte, esistono casi in cui il criterio in esame non è adeguato (casi in cui, evidentemente, l'autorità *antitrust* procedente non può essere obbligata ad assumerlo come parametro) a valutare la legittimità o meno della condotta e ciò vale in particolare in presenza di comportamenti abusivi non tariffari, come il rifiuto a contrarre. Rimane comunque ferma la centralità di questo parametro dal momento che, pur in presenza di prassi non tariffarie, questo *test* può rivelarsi utile nel fornire quantomeno un indizio sulla legittimità o illegittimità delle condotte analizzate, nel momento in cui l'impresa contesti all'autorità procedente l'assenza di effetti anticoncorrenziali⁵⁹.

Dalla centralità del criterio del concorrente altrettanto efficiente discende un precipitato logico utile a rispondere al secondo quesito del giudice del rinvio: l'autorità amministrativa procedente è obbligata ad esaminare il materiale difensivo prodotto dall'impresa nel corso del procedimento e ciò non solo in linea generale, nel rispetto del diritto ad essere ascoltato (che costituisce un diritto fondamentale⁶⁰), ma *a fortiori* se detto materiale difensivo si prefigge di dimostrare la non abusività della condotta sulla base del parametro del concorrente altrettanto efficiente.

Nelle sue conclusioni riguardo il secondo motivo di rinvio, la Corte afferma dunque che l'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, in presenza di clausole di esclusiva, l'Autorità garante della concorrenza, al fine di dimostrare l'abuso di posizione dominante, deve accertare che tali clausole abbiano la capacità di limitare la concorrenza

⁵⁶ [Orientamenti](#) sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, 24 febbraio 2009, par. 36. Sull'approccio interpretativo dell'art. 102 TFUE, elaborato dalla Commissione tramite questi orientamenti, si veda P. MANZINI, *Le mobili frontiere dell'abuso di posizione dominante*, in C. FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Bari, 2019, pp. 51-64, spec. p. 58.

⁵⁷ Sentenza *Intel c. Commissione*, causa C-413/14 P, cit., punto 140.

⁵⁸ Sentenza *Unilever Italia*, cit., punto 50.

⁵⁹ *Ivi*, punto 61.

⁶⁰ Sentenza *SEN*, cit., punto 52. A questo proposito si veda anche G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, 2008, pp. 352-360.

e il ricorso al criterio del concorrente altrettanto efficiente ha natura facoltativa. Tuttavia, se i risultati di un siffatto criterio sono prodotti dall'impresa nel corso del procedimento, allora l'autorità ha l'obbligo di esaminarne il valore probatorio⁶¹.

4. Riflessioni finali.

L'elaborazione di qualche riflessione finale circa il portato e gli effetti della sentenza in commento non può che concentrarsi sul punto più innovativo, nonché foriero di possibili evoluzioni future, ossia il primo dei quesiti sottoposti alla Corte.

È anzitutto opportuno notare che la Corte non si spinge fino ad affermare esplicitamente che l'attuazione di un comportamento anticoncorrenziale da parte di un'entità giuridica autonoma renda tale entità parte dell'unità economica con l'impresa dominante. Al contrario, una prima impressione è che la Corte, evitando il ricorso a tale nozione, abbia voluto concentrare il suo ragionamento sull'obiettivo finale, e cioè l'imputazione della responsabilità all'impresa dominante, di fatto eludendo la risposta al quesito posto dal Consiglio di Stato, esplicito nel domandare un chiarimento su quali fossero i criteri rilevanti al fine di poter parlare di unità economica in presenza di un coordinamento esclusivamente contrattuale.

Nella formulazione della risposta nel merito, tuttavia, vi è da sottolineare che la Corte si concentra sull'elaborazione di tre condizioni in presenza delle quali si può parlare di influenza determinante e quindi di imputazione della responsabilità tra soggetti giuridici indipendenti. Secondo i giudici, infatti, la particolare responsabilità gravante sulle imprese dominanti va al di là dei comportamenti posti in essere direttamente, estendendosi anche alle condotte da essa delegate a operatori giuridici formalmente indipendenti.

Nonostante il suo mancato richiamo, la sentenza *Unilever Italia* sembra operare comunque un'estensione del concetto di unità economica al di là dei confini sino ad oggi conosciuti (rappresentati dall'ipotesi di controllo societario tra le imprese considerate): la Corte, per il tramite di questo caso, chiarisce le condizioni alle quali un'impresa dominante possa essere chiamata in responsabilità per il fatto di un operatore indipendente, ad essa legato tramite coordinamento contrattuale; sulla base dei principi enucleati, i giudici attribuiscono la responsabilità della condotta a Unilever, giungendo al medesimo risultato che si sarebbe conseguito applicando la nozione di unità economica.

Infatti, se la responsabilità cui è chiamata l'impresa dominante non fosse ricondotta, a livello sistematico, nell'alveo della nozione di unità economica, si dovrebbe concludere che la responsabilità di Unilever rappresenti una sorta di responsabilità oggettiva.

⁶¹ Sentenza *Unilever Italia*, cit., punto 62.

Ci si interroga allora su quale sia il motivo per cui la Corte non abbia optato per un esplicito richiamo della teoria dell'unità economica, formalizzando così esplicitamente una sua estensione anche ai casi in cui tra le imprese non sussistano partecipazioni in capitale. Sebbene il quesito non possa trovare risposta in questa sede, si può tuttavia formulare l'ipotesi per cui i giudici abbiano voluto optare per un'estensione graduale della nozione di unità economica anche ai casi richiamati.

Nonostante a livello di *public enforcement* la Corte arrivi al medesimo traguardo che si sarebbe raggiunto tramite il richiamo esplicito alla nozione di unità economica, le implicazioni di tale scelta, a livello di applicazione privata, sono significative. Come già detto *supra*⁶², il privato vittima della pratica anticoncorrenziale vedrà restringersi la rosa dei mezzi di tutela dal momento che, non potendo giovare della responsabilità solidale tra committente e commissionario che deriverebbe dall'applicazione della teoria dell'unità economica, egli potrà unicamente rivalersi sull'impresa dominante. La scelta della Corte, dunque, sembra voler accordare maggiore tutela a quell'operatore economico formalmente indipendente (nel caso di specie il distributore), ma sostanzialmente alle dipendenze dell'impresa dominante: applicare la teoria dell'unità economica significherebbe riconoscerlo solidalmente responsabile di una condotta anticoncorrenziale su cui, seguendo il ragionamento della Corte, egli non aveva il minimo controllo e di cui allora non può rispondere.

Ciò premesso, è necessario considerare il problema anche da un ulteriore punto di vista: essendo Unilever un'impresa dominante nel mercato di riferimento, sarebbe risultato complesso inquadrare la fattispecie in esame nell'alveo dell'art. 101 TFUE (e dei relativi mezzi di tutela); viceversa, però, senza l'estensione di responsabilità operata dalla Corte tramite la presente pronuncia, per il danneggiato sarebbe risultato ugualmente complesso giovare di quelli previsti *ex art.* 102 TFUE. Dall'argomentazione della Corte, infatti, si può dedurre un riferimento al vuoto normativo che potrebbe crearsi nel momento in cui un'impresa dominante, ricorrendo all'ausilio di operatori terzi compiacenti, eluda i divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE; al medesimo vuoto normativo ha fatto riferimento l'Avvocato generale Rantos, citandolo come una delle ragioni per far rientrare il caso di specie nella teoria dell'unità economica. Si potrebbe allora immaginare che, con la sua pronuncia, la Corte abbia voluto optare per il «male minore», anzitutto offrendo un valido mezzo di tutela al danneggiato, senza però operare una formale estensione della teoria dell'unità economica.

⁶² Si veda *supra*, par. 2.1.

ABSTRACT: La sentenza *Unilever Italia* nasce da un rinvio pregiudiziale sollevato dal Consiglio di Stato italiano sull'interpretazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Ai fini dell'approfondimento delle questioni in esame, viene effettuato un *excursus* circa la teoria della singola entità economica. In particolare, l'articolo si sofferma sulla configurabilità di una singola entità economica in presenza di un mero coordinamento contrattuale tra le imprese considerate e sulle possibili conseguenze che la sentenza *Unilever* avrà circa l'evoluzione della teoria in parola.

PAROLE CHIAVE: concorrenza; abuso di posizione dominante; singola entità economica; accordi di distribuzione; test del concorrente altrettanto efficiente.

Some considerations concerning the Unilever Italia case, with particular regard to the notion of single economic entity: an extension of the principle even beyond the scope of Art. 101 TFEU?

ABSTRACT: *The judgment Unilever Italia stems from a reference for a preliminary ruling made by the Italian Council of State on the interpretation of Articles 101 and 102 TFEU. For the purposes of an in-depth examination of the issues at hand, an excursus is made on the theory of the single economic entity. In particular, the article dwells on the configurability of a single economic entity in the presence of mere contractual coordination between the undertakings in question and on the possible consequences that the Unilever judgment will have on the evolution of that theory.*

KEYWORDS: *competition law; abuse of dominant position; single economic entity; distribution agreements; as efficient competitor test (AEC).*

Il DMA nel prisma della strategia digitale dell'UE: la scelta europea e la competizione fra sistemi

Ruggiero Cafari Panico*

SOMMARIO: 1. La scelta europea nella disciplina del mercato e dei servizi digitali: il ruolo dei valori fondanti dell'UE. – 2. Motivi ispiratori del DMA nel contesto della strategia globale dell'Unione. Connotazioni innovative e interessi giuridici tutelati: il coordinamento con le diverse regolamentazioni di settore. – 3. Il continuo confronto con gli Stati Uniti in una prospettiva di cooperazione. – 4. Prospettive evolutive.

1. La scelta europea nella disciplina del mercato e dei servizi digitali: il ruolo dei valori fondanti dell'UE.

Sono da poco trascorsi cinque anni da quando, il 25 maggio 2018, è entrato in vigore il regolamento generale sulla protezione dei dati (RGPD, anche GDPR nell'acronimo inglese)¹; il 2 maggio 2023 è iniziata l'applicazione del *Digital Markets Act* (DMA)², decorsi sei mesi dal 1° novembre 2022, data della sua entrata in vigore. Il *Digital Services Act* (DSA) è in vigore dal 16 novembre 2022, ma attende di divenire applicabile³, mentre l'*iter* di approvazione della proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale⁴ pare

Il presente contributo rielabora, con gli opportuni aggiornamenti e le necessarie modifiche, la relazione presentata il 9 giugno 2023 in occasione della conferenza «Concorrenza e regolamentazione nei mercati digitali. Lo stato dell'arte dopo l'entrata in vigore del *Digital Market Act*», organizzata dall'Università Bocconi e da ICC Italia.

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

¹ [Regolamento \(UE\) 2016/679](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

² [Regolamento \(UE\) 2022/1925](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

³ [Regolamento \(UE\) 2022/2065](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), entrato in vigore il 16 novembre 2022, ma applicabile decorsi quindici mesi (17 febbraio 2024). Il regolamento va a ridefinire le regole delle piattaforme *online* in particolare modificando la direttiva *e-commerce* ([direttiva 2000/31/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno), principale riferimento per la responsabilità dei fornitori di servizi digitali. Si tratta di una disciplina orizzontale incentrata appunto su questioni quali la responsabilità degli intermediari *online* per i contenuti di terze parti, la sicurezza degli utenti *online* o gli obblighi asimmetrici in materia di dovere di diligenza per i diversi fornitori di servizi della società dell'informazione, in funzione dei rischi che tali servizi rappresentano per la società.

⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, [COM\(2021\) 206 final](#) del 21 aprile 2021.

prossimo alla conclusione. Intanto il livello di scontro con le grandi piattaforme tecnologiche statunitensi sul trasferimento dei dati in quel paese si è nuovamente innalzato e, soprattutto, i fronti di battaglia si moltiplicano, investendo l'ambito fiscale, e si surriscaldano, anche per la recente decisione, di fine maggio, di Twitter di non aderire più al codice di condotta contro la disinformazione, in linea con gli obiettivi del DSA. Incerte erano divenute così le prospettive di accordo, ora infine raggiunto, tra l'Unione e l'amministrazione Biden in un contesto mondiale dove il declino definitivo dell'idea di globalizzazione rende ancora più arduo il conseguimento della sovranità digitale europea e sempre più serrato invece il confronto fra regolamentazione ed *enforcement*, tra competenze accentrate nella Commissione e autonomia delle autorità nazionali, fra diritti (e valori) del cittadino dell'Unione e interessi (economici) del mercato.

L'odierna giornata di studio offre pertanto la possibilità di una riflessione sulla disciplina complessiva del mercato digitale quale si è venuto delineando in questi anni a seguito dell'intervento del legislatore europeo. Lo sviluppo di iniziative legislative dell'Unione europea in settori nello spazio digitale propri della vita di relazione reale pone degli interrogativi in ordine alle risposte giuridiche che provengono dalla stessa Unione, sul piano sia internazionale sia interno all'Unione stessa. Quanto al primo, da tempo l'Unione sta propugnando una strategia volta all'affermazione della propria sovranità digitale, intesa come capacità di determinare autonomamente le proprie norme e la capacità di agire di conseguenza⁵. Le conseguenze del COVID-19 hanno contribuito a rendere centrale il tema della dipendenza dai dati, dalla stabilità dei *network* e, più in generale, dalla digitalizzazione. Posta dalla presidente Ursula von der Leyen fra i temi qualificanti l'azione della Commissione⁶, la sovranità tecnologica nel settore digitale è oggetto di un vivace dibattito, che ha avuto come oggetto i diversi interventi legislativi nel settore digitale, tra cui, da ultimo, il DSA e DMA. Ci si chiede, dunque, in particolare, se trattasi di mera regolamentazione o del profilarsi di un diverso disegno ordinamentale destinato a divenire uno degli assi portanti della sempre più stretta integrazione fra gli Stati membri, con l'adozione di soluzioni in linea con i principi e i valori fondanti dell'Unione. Diversi indicatori inducono a ritenere che la dichiarata sovranità digitale rappresenti non una mera regolamentazione, ma una configurazione identitaria, volutamente diversa da quella degli altri Stati della comunità internazionale, che sottende un modello europeo di *Internet governance*⁷, risultato di un diverso modo di atteggiarsi dell'Unione nei rapporti sia con gli Stati membri sia con i paesi terzi, dove sempre più

⁵ C. POLITO, *La governance globale dei dati e la sovranità digitale europea*, in *IAI Papers*, marzo 2021, pp. 1-11, reperibile [online](#).

⁶ U. VON DER LEYEN, *Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa*, p. 14 ss., reperibile [online](#); e, da ultimo, discorso della Presidente von der Leyen sullo stato dell'Unione, 13 settembre 2023, reperibile [online](#).

⁷ M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, n. 1, pp. 47-51, reperibile [online](#).

marcata appare la configurazione identitaria europea. Nel nuovo ecosistema che si è sviluppato nel mondo digitale si assiste, peraltro, ad una progressiva erosione della sovranità degli Stati a favore, da un lato, in specie dell'UE, e, dall'altro dei c.d. «baroni del web». In questa sorta di neofeudalesimo digitale la sfida diviene quella sulle regole in cui i valori fondanti dell'Unione si traducono⁸. In tale spazio l'Unione europea svolge, o almeno aspirerebbe a svolgere, il ruolo di regolatore universale⁹, quale portatore dei valori fondamentali¹⁰, la cui promozione e conseguente tutela vengono poste al centro di una regolamentazione che, per effetto del suo riconosciuto carattere extraterritoriale¹¹.

Nel promuovere questo cambiamento sistemico l'Unione si scontra sul piano operativo con evidenti problematicità quali, da un lato, la dipendenza europea da tecnologie e servizi esteri e l'inadeguatezza degli investimenti finora effettuati e, dall'altro, il potere negoziale di cui godono i giganti statunitensi e cinesi del *high tech*. Il mercato digitale, nelle sue diverse declinazioni, è il terreno di scontro e le grandi piattaforme digitali sono ancora una volta, con il DMA, le controparti con cui fare i conti.

La sfida è a tutto campo e se il *soft power*, inteso quale forza dell'esempio (c.d. effetto *Brussels*), è lo strumento principale¹² col quale l'Europa intende far valere i suoi valori, l'efficacia extraterritoriale delle sue norme ne è il necessario corollario. Ancora una volta, peraltro, il parametro della protezione dei dati personali (genericamente *privacy*)¹³ assurge ad elemento di differenziazione fra i diversi approcci, anche se sullo sfondo, come avrò modo ancora di osservare, assume una rilevanza sempre maggiore la spinta alla ricerca di forme di cooperazione transatlantica nei confronti del problema rappresentato dalla presenza cinese in un mercato digitale che risente, al pari di altri, della crisi della idea di globalizzazione.

⁸ R. CAFARI PANICO, *Le imprese multinazionali, la protezione dei dati nello spazio cibernetico e l'efficacia extraterritoriale del diritto dell'Unione europea*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, n. 1, pp. 7-44, reperibile [online](#).

⁹ Ivi, p. 9. Vedi anche R. CAFARI PANICO, *L'identità digitale quale diritto del cittadino dell'Unione, fra tutela dei dati personali e concorrenza*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 815-840.

¹⁰ In tal senso, Parlamento europeo, Consiglio, Commissione europea, [Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale](#), 23 gennaio 2023. Sulla interazione tra l'evoluzione dello spazio digitale dell'Unione e l'art. 2 TUE, F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, pp. 277-326.

¹¹ Da intendersi, alla luce della giurisprudenza *Schrems* formatasi nell'ambito della pronuncia della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 6 ottobre 2015, [causa C-362/14](#), EU:C:2015:650, sia come applicazione anche al di fuori dei confini territoriali dell'Unione, ogniqualvolta sussista un possibile nesso che lo giustifichi sia come valutazione dell'adeguatezza del livello di protezione previsto dalla legislazione e dalle pratiche in vigore in un paese terzo: R. CAFARI PANICO, *Le imprese multinazionali*, cit., p. 34 ss.; C. PERARO, *Protezione extraterritoriale dei diritti: il trasferimento dei dati personali dall'Unione europea verso Paesi terzi*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 666- 691, reperibile [online](#).

¹² R. CAFARI PANICO, *Le imprese multinazionali*, cit., p. 11.

¹³ C. PERARO, *Quando la violazione della privacy costituisce un illecito antitrust: quali rimedi nell'ordinamento UE?*, in *Eurojus*, 2023, n. 3, pp. 50-79, p. 50, reperibile [online](#).

La narrativa della sovranità digitale europea acquista così connotazioni nuove in un mutato quadro internazionale, facendo sorgere interrogativi sulla presunta ambiguità della politica digitale dell'UE, sospesa tra regolamentazione ed *enforcement*, tra una normativa sviluppata in maniera trasparente ed equamente applicata e un approccio centrato su azioni legali e coercitive, tra la garanzia del buon funzionamento del mercato interno e la promozione della crescita delle sue imprese e la tutela dei valori sanciti nei trattati. Il DMA è la più recente, ma non certamente l'ultima, manifestazione di questo sforzo di conciliare la affermazione dei valori e la salvaguardia del mercato e delle sue regole. Di qui l'ambiguità dell'azione del legislatore europeo incerto nel definire le modalità con cui i due piani di tutela si intersecano e concorrono tra loro in un rapporto di apparente reciproca complementarità.

Ambiguità che emergerebbero in tutta la loro evidenza ove si considerasse il piano interno, ovvero la disciplina del mercato digitale tra i paesi membri, arricchitosi dei due strumenti DSA e DMA, ma ancora lungi dal trovare un assetto definitivo. È vero, infatti, che con l'accrescersi degli interventi di regolamentazione crescono parimenti i dubbi sull'approccio finora tenuto, largamente dipendente dalle soluzioni accolte in ambito concorrenziale, soggette ora di certo ad una rivisitazione, anche importante, ma rimaste immutate nella visione sottostante. Il cambiamento di prospettiva da *ex post* a *ex ante* e altre novità importanti introdotte, come l'accentramento del potere di *enforcement* in capo alla Commissione, si pongono sicuramente in una linea di mutamento, ma non risolvono la questione di fondo dei rapporti fra le diverse autorità competenti sia a livello europeo e nazionale sia in relazione ai diversi ambiti materiali di competenza in relazione al concorrere dei diversi interessi giuridici tutelati. Il tentativo di alcune autorità della concorrenza di rivendicare spazi di intervento, apparentemente loro sottratti col DMA, non fa che sottolineare un disagio di fondo che non potrà non riverberarsi, temo, in sede di attuazione delle nuove misure.

In realtà, in tutta la regolamentazione europea vi è una linea di coerenza, che la rende diversa da ogni altro sistema, rintracciabile proprio nella persistente ricerca di salvaguardare i valori identitari anche nel mercato digitale introducendo, come si avrà modo di rilevare, l'obbligo di rispetto della *privacy* come elemento specifico di valutazione del comportamento delle piattaforme al di là di quello che può essere l'effetto anticoncorrenziale.

Vi è sicuramente il rischio, cui accennavo con riguardo alla supposta ambiguità della strategia digitale dell'Unione, che la cifra valoriale accompagnandosi a quella concorrenziale finisca per creare per le imprese europee problemi concorrenziali, anziché eliminarli, segnando la loro debolezza in un mercato mondiale dove la crisi della globalizzazione pare favorire rapporti fondati più sulla forza economica, che su quella delle regole. Si può condividere o meno la scelta europea, che peraltro trova già correttivi nella crescente valutazione degli interessi strategici, ma quella dei diritti fondamentali

rappresenta e, a mio avviso, è opportuno continui a rappresentare la vera cifra distintiva dell'Unione quale comunità appunto di valori, senza ovviamente cadere nell'eccesso opposto di quello che Oreste Pollicino battezza come «novismo tecnologico»: vale a dire che lo «strumentario giuridico, anche quello relativo alla protezione dei diritti, debba essere rinnovato, se non stravolto, tutte le volte in cui una nuova tecnologia si affaccia all'orizzonte»¹⁴.

Alla base di tutto il percorso compiuto e ancora da compiere per l'Unione vi è la configurazione della identità digitale del cittadino dell'Unione che nasce dalla consapevolezza dell'Unione di come «il processo digitale non si può presentare circoscritto al solo ambito del mercato»¹⁵. In questa prospettiva anche il DMA si rivela come un superamento di un approccio che guardi all'utente come mero portatore di interessi economici e la cui tutela è circoscritta ai comportamenti abusivi sul piano concorrenziale, bensì quale titolare di situazioni giuridiche ben più ampie di cui l'identità digitale è il contenitore e che meritano un livello di protezione «per il solo fatto di entrare in contatto con il mondo virtuale»¹⁶. Più in generale, le iniziative legislative dell'Unione in tema di digitale, il DSA, il DMA e, in prospettiva, l'AIA (*Artificial Intelligence Act*) testimoniano il processo di ibridazione del mercato interno e dei valori: «essi muovono dalla premessa comune della necessità di proteggere i diritti fondamentali dei cittadini dell'UE e i principi di governance delle istituzioni europee». Su tali fondamenta viene costruita «una complessa architettura di poteri di controllo e sanzione che rende effettivi e azionabili le garanzie poste a difesa dei diritti e le limitazioni all'esercizio del potere digitale da parte di organismi statali e di corporation private»¹⁷. Quello cui si è assistito negli ultimi anni è un progressivo spostamento da una prospettiva economica di impronta liberale ad una più «costituzionale», con al centro i valori dell'Unione¹⁸. Il tutto non senza frizioni fra la protezione di tali valori e la libertà di mercato declinata in termini di concorrenza. Se dunque è vero, come evidenziato da Gabriella Muscolo nella sua odierna relazione, che senza *l'enforcement antitrust* non ci sarebbe stato il DMA e che senza di esso il DMA non potrebbe operare, è anche vero che dopo oltre cinque miliardi di sanzioni comminate, senza venire apparentemente a capo del problema, qualche domanda dobbiamo porcela.

¹⁴ G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *La Costituzione ci tutela dalle novità della digitalizzazione. Diritto & Intelligenza artificiale*, in *IlSole24ore*, 6 maggio 2023, p. 13, reperibile [online](#).

¹⁵ F. BUONOMENNA, *Verso la «cittadinanza digitale» dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, pp. 595-613, spec. p. 613.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali*, cit., p. 49.

¹⁸ O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *The Quest for Balancing Rights in the Digital age: Perspective from the Metaverse*, 27 aprile 2023, reperibile [online](#).

2. Motivi ispiratori del DMA nel contesto della strategia globale dell'Unione. Connotazioni innovative e interessi giuridici tutelati: il coordinamento con le diverse regolamentazioni di settore.

A tutti è noto quali siano le caratteristiche del mercato digitale, *species* del *genus* mercato interno e dunque specificazione del processo di integrazione, e quali siano le conseguenze della presenza di talune piattaforme, che si pongono come veri e propri *gatekeepers*, nel senso che stabiliscono esse stesse le condizioni per accedere a quel particolare mercato¹⁹. Altrettanto noto è il fatto che il fondamento del potere di mercato delle *Big Tech* sia il possesso di un numero sterminato di dati. È parso perciò naturale che nell'affrontare il problema si sia fatto riferimento alla disciplina della concorrenza, quale strumento potenzialmente idoneo a contrastare gli oligopoli. Si è però affermata ben presto la generale convinzione che le forze di mercato non siano in grado di correggere da sole i problemi di scarsa contendibilità e pratiche sleali nei mercati digitali e che occorresse rivedere le legislazioni esistenti, in particolare *antitrust*, o introdurre, come avvenuto, nuove regole che nell'affrontare tali fallimenti e nel limitare le conseguenze negative del potere economico e sociale delle grandi piattaforme *online* tenessero conto dei valori che costituiscono l'asse portante dell'Unione²⁰. Il DMA si pone così in una posizione di complementarità con gli artt. 101-102 TFUE e con il regolamento in materia di concentrazioni²¹, mirando a superare gli esistenti squilibri commerciali, le pratiche commerciali sleali dei *gatekeepers* e gli effetti negativi che ne conseguono, come la minore contendibilità dei mercati delle piattaforme²².

Tuttavia, una risposta meramente anticoncorrenziale ai problemi posti a diversi livelli e in differenti ambiti dalla attività delle piattaforme *online* è parsa subito insoddisfacente. Vi sono peculiarità, infatti, che rendono difficile già la mera trasposizione delle usuali categorie. Basti osservare che nell'economia digitale i servizi sono offerti con modalità gratuite, in quanto la concorrenza fra le imprese operanti nel settore non avviene sui prezzi, ma sui servizi offerti, in modo da acquisire il maggior numero di dati per poterli elaborare secondo le preferenze degli utenti. Lo stesso potremmo dire per la determinazione del mercato rilevante, per sua natura senza limiti territoriali e tendenzialmente mondiale, come pure, per la natura dinamica del mercato, per la stessa nozione di posizione dominante. Soprattutto, lo stesso intervenire *a posteriori*, proprio dei rimedi *antitrust*, è difficilmente compatibile con il funzionamento

¹⁹ G. CONTALDI, *Il DMA (Digital Market Act) può contribuire alla protezione dei dati degli utenti online?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, pp. 77-93, spec. p. 79.

²⁰ ASSONIME, *Circolare 9/2023 – Le nuove regole per le piattaforme 'gatekeeper': il Digital Markets Act*, 31 marzo 2023, pp. 1-75, p. 6 ss., reperibile [online](#).

²¹ [Regolamento \(CE\) n. 139/2004](#) del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

²² F. BUONOMENNA, *Lo spazio digitale nell'Unione europea: verso un federalismo digitale dell'Unione europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2023, pp. 313- 332, spec. p. 327.

del mercato digitale, risultando non solo comunque tardivo, ma anche di fatto inidoneo ad incidere su di esso e a modificarne l'andamento.

Con queste premesse, il legislatore europeo, di fronte alla necessità di intervenire nel funzionamento dei mercati digitali, ha dovuto prendere atto della impossibilità di pervenire agli obiettivi prefissati tramite gli strumenti tradizionali di controllo e i *tools* propri della disciplina concorrenziale.

In quest'ottica, la finalità del regolamento²³ non si limita ad evitare gli abusi anticoncorrenziali e a proteggere il benessere del consumatore (vale a dire, contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme *online* e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee, di minori dimensioni e con ridotto potere di mercato, possano partecipare al mercato dei dati, ovvero dare vita ad una effettiva sovranità digitale europea), ma mira a tutelare ulteriori beni, quali i dati personali e la vita privata *online*, in stretta connessione con gli altri atti di regolamentazione del settore. L'idea sembra essere quella²⁴ di imporre *ex ante* obblighi aggiuntivi che in qualche modo possano tenere conto anche della tutela di valori ulteriori rispetto al mero divieto di situazioni di tradizionale rilevanza concorrenziale. Il risultato è una nozione più ampia di benessere del consumatore, che comprende, oltre la fornitura di servizi ad un prezzo basso, anche il rispetto dei diritti fondamentali, *in primis* della *privacy online*, con l'imposizione di relativi obblighi al *gatekeeper*.

Vengono in considerazione, anzitutto, il considerando n. 12, dove si precisa che il regolamento non intende pregiudicare la normativa derivante «da altri atti di diritto dell'Unione che disciplinano», in via generale, il rispetto della *privacy*, e soprattutto, l'art. 8, par. 1. Quest'ultima disposizione stabilisce, con riferimento agli obblighi declinati nelle norme precedenti, che «[i]l *gatekeeper* garantisce che l'attuazione di tali misure sia conforme al diritto applicabile, in particolare, al regolamento (UE) 2016/679, alla direttiva 2002/58/CE, alla legislazione in materia di cibersecurity, protezione dei consumatori e sicurezza dei prodotti, nonché ai requisiti di accessibilità». Dal che la dottrina²⁵ ha tratto il convincimento che, da un lato, svariati obblighi imposti dal regolamento al *gatekeeper* «si configurano, in realtà, come specificazioni di determinate prerogative degli utenti già previste dal GDPR», cui si accompagna, con riguardo all'obbligo di garantire un'effettiva portabilità dei dati, ci cui all'art. 6, par. 9, anche un incremento di tutela rispetto al RPGD, garantendo il legislatore europeo «non solo un mero diritto astratto di portabilità», ma anche «un vero e proprio accesso *in-situ*, in modo da mantenere integro il valore economico e l'attualità delle informazioni acquisite, laddove questo si renda necessario per l'esercizio effettivo del diritto»²⁶. La *ratio* è rinvenibile proprio in quella volontà, non espressa così chiaramente, ma presente, di dare

²³ G. CONTALDI, *Il DMA*, cit., p. 77.

²⁴ *Ivi*, p. 84.

²⁵ *Ivi*, p. 90.

²⁶ *Ivi*, p. 91.

maggiore spazio alla tutela dei valori legati alla identità digitale, facendo rientrare nella «speciale responsabilità» in capo al *gatekeeper*, di derivazione prettamente concorrenziale, «anche il rispetto delle norme poste a presidio della privacy degli utenti»²⁷. Questa commistione fra obblighi legislativi e valori conferisce a questi ultimi una concretezza tale da incidere sulle grandi piattaforme, in specie di derivazione extraeuropea, «riducendone il margine di azione ed elevandone gli *standard* di responsabilità», potenziando «quella che può essere vista come la dimensione più interna della sovranità digitale europea»²⁸

In altri termini, il DMA, vale la pena sottolinearlo, non appartiene propriamente al (solo) diritto della concorrenza. Come evidenziato nel considerando n. 11, il regolamento non persegue, a differenza delle norme europee e nazionali in materia di concorrenza, quale obiettivo, «la protezione della concorrenza non falsata sul mercato»; esso si prefigge un obiettivo «diverso», anche se «complementare», ovvero quello di «garantire che i mercati in cui sono presenti gatekeeper rimangano equi e contendibili», a prescindere dagli «effetti (...) sulla concorrenza in un dato mercato derivanti dal comportamento di un dato gatekeeper contemplato dal presente regolamento». Proprio in ragione dell'interesse giuridico protetto, diverso appunto da quello che si prefiggono le norme sulla concorrenza, l'applicazione del DMA deve avvenire senza pregiudizio per tali norme. Di conseguenza, la sua base giuridica è rappresentata dall'art. 114 TFUE e non dall'art. 103 TFUE relativo alla implementazione delle misure di cui agli artt. 101-102 TFUE, in un distacco da una visione meramente concorrenziale che, sul piano istituzionale, si traduce in un accentramento dei poteri di *enforcement* in capo alla Commissione²⁹, a fronte del tradizionale decentramento a favore della concorrente competenza delle autorità nazionali. Il diverso approccio *ex ante* della nuova regolamentazione si concretizza in una significativa lista di «dos and don't's», e richiama inevitabilmente l'attenzione dell'interprete sulle interrelazioni con la normativa *antitrust* in tema di (*public*) *enforcement*; a ciò aggiungerei un ulteriore elemento di natura testuale, che ben dimostra, da un lato, forse una certa fretta nell'adozione dell'atto, tanto da attribuirgli, ad avviso del moderatore di questa sessione del convegno, una qualifica «emergenziale», e, dall'altro, una intrinseca vaghezza che denota la volontà di superare le usuali categorie concorrenziali. Mi riferisco, ad esempio, all'uso della nozione di «equità» e alle conseguenze che ne derivano sul piano della ripartizione degli obblighi per gli operatori³⁰. È vero che le nozioni di equità (e trasparenza) compare, ad esempio,

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione*, cit., p. 324.

²⁹ Sulla (difficile) relazione fra DMA e normativa sulla concorrenza, vedi G. COLANGELO, *The European Digital Markets Act and antitrust enforcement: a liaison dangereuse*, in *European Law Review*, 2022, pp. 597-621; nonché G. CONTALDI, *La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, n. 1, pp. 73-78, p. 76 ss., reperibile [online](#).

³⁰ L.J. HOFFMANN, *Fairness in the Digital Market Act*, in *European Papers*, 2023, n. 1, pp. 17-23, reperibile [online](#).

già nella stessa intitolazione del regolamento 2019/1150 sui servizi di intermediazione online³¹, ma è nel DMA che si pone prepotentemente il problema del significato da attribuire a tale nozione. Nella versione inglese il termine «fair», o sue declinazioni, compare, come è stato rilevato, ben 90 volte, di cui 23 nei considerando. La domanda da porsi è se, sul piano del contenuto sostanziale delle norme, ad esso debba essere attribuito un significato specifico, oppure esso abbia una valenza generica. Il dubbio è avvalorato dal fatto che nella traduzione italiana i termini «equo» e «leale» sono utilizzati senza una apparente ragione che ne giustifichi l'uso nelle diverse disposizioni, non fosse, a mio avviso, per una naturale inclinazione a ricondurre la previsione nell'alveo della terminologia corrente in ambito concorrenziale, perdendo così la possibile valenza innovativa della terminologia accolta nel regolamento. Esempi di tale uso non sincronico del termine «fair» sono i considerando n. 11 e n. 33. Nel primo, già ricordato, si prevede che i mercati in cui sono presenti i *gatekeepers* «siano e rimangano equi e contendibili»³², nel secondo, dovendosi specificare il significato da attribuire, ai fini del regolamento, allo stesso vocabolo, lo si traduce con «carattere sleale», riferito ad «squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali in cui il gatekeeper trae un vantaggio sproporzionato», quando al precedente considerando n. 31 compare ancora una volta il termine «equità». Mi sembra evidente che l'intenzione del legislatore comunitario fosse quella di ragionare in tutti i casi, ed altri esempi potrebbero farsi, con riguardo ad un mercato in cui l'equilibrio fra i diversi operatori non è riducibile al contenimento delle pratiche sleali, ma è frutto di un suo riassetto mediante l'adozione di misure che lo riconducano ad «equità», concetto tutto da declinare nella futura prassi applicativa, ma premessa indispensabile per una esatta comprensione della portata innovativa, anche se spesso ancora «indefinita» del nuovo regolamento. Come è stato scritto, «[f]airness in the DMA is about equity» e «[f]airness in the DMA means that firms receive different entitlement according to their market power»³³. Vale a dire che diritti e obblighi dovrebbero essere equamente declinati anche secondo la posizione sul mercato delle imprese interessate.

Non vi è dubbio che l'utilizzo di una nozione di così ampio spettro introduca un elemento di forte discrezionalità sul piano regolamentare, ma mi sia consentito non essere così critico nei confronti di tale scelta. Mi sbaglierò, ma non condivido l'opinione di chi ritiene di fatto, a differenza di quanto accade in altri settori del diritto dove il ricorso al metro qualitativo e di equità è usuale, lo stesso non appartenga propriamente alla concorrenza. Si tratterebbe non già di un «legal standard, but a gut feeling»³⁴. Non penso che il continuo riferimento a elementi equitativi sia solo una sorta di «reazione istintiva

³¹ [Regolamento \(UE\) 2019/1150](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

³² Vedi anche considerando n. 5 del regolamento.

³³ L.J. HOFFMANN, *Fairness in the Digital Market Act*, cit., p. 20.

³⁴ *Ivi*, p. 22.

di pancia», priva di un reale fondamento in diritto. In effetti, come già osservato, il DMA non è solo concorrenza, attingendo esso ad altri principi e perseguendo anche altri obiettivi. In questa prospettiva anche il ricorso a principi di equità, che si rifanno ad una più vasta cornice di valori, non appare fuori luogo, ponendo semmai nuove sfide, consapevoli che i diritti fondamentali non sono assoluti nel loro contenuto, ma declinati nei diversi Stati, e che un loro bilanciamento non è contrario alle finalità del Trattato, anzi può favorire l'uguaglianza nella diversità. Se ciò vale tra gli Stati dell'Unione può ben valere anche nei rapporti fra l'Unione e gli Stati terzi, ove vi sia, come con gli Stati Uniti, una condivisione dei valori di base di democrazia.

Semmai va osservato che l'intera regolamentazione tradisce a volte la difficoltà di far coesistere le diverse anime, quella di disciplinare i profili concorrenziali e quello di dettare regole più ampie volte a far funzionare l'economia digitale in futuro nel rispetto dei più ampi principi dell'Unione³⁵. La sovrapposizione dei diversi regimi e discipline è peraltro ben evidente³⁶, concorrendo tra loro il mercato unico digitale, la concorrenza, la tutela dei consumatori, la *privacy*, con la conseguenza che istituti tratti da un settore finiscono per essere riletti in contesti molto differenti, come accade allo stesso concetto di «consumatore» digitale che deve adattarsi alle peculiarità dello specifico contesto.

Volendo riassumere le connotazioni del disegno istituzionale del DMA, al fine di garantire un'applicazione armonizzata e coerente in tutta l'Unione, esso delinea, come già osservato, un modello di applicazione ed enforcement delle sue disposizioni centralizzato in capo alla Commissione europea, cui è attribuita la competenza esclusiva in merito alla designazione dei *gatekeepers*³⁷. Essa adotta anche le decisioni con cui vengono specificate, ove occorra, le misure che i *gatekeepers* devono attuare per garantire l'osservanza degli obblighi regolatori, nonché ogni altro provvedimento, anche sanzionatorio, che si rendesse necessario³⁸.

Non sorprende perciò che nel corso dell'iter legislativo che ha portato all'adozione del DMA da più parti sia stato invocato un maggior coinvolgimento degli Stati membri e

³⁵ European Parliament, *Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choices for users*, press release 24 March 2022, reperibile [online](#).

³⁶ G.M. RUOTOLO, *Mercati e servizi digitali in Europa: valori fondanti e 'regimi' in competizione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, pp. 71-75, spec. p. 75.

³⁷ Il 6 settembre 2023 la Commissione europea ha così designato sei *gatekeepers*, ossia Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft. I *gatekeepers* hanno sei mesi di tempo per garantire la piena osservanza degli obblighi sanciti dal regolamento sui mercati digitali per ciascuno dei loro servizi di piattaforma di base designati. In totale i servizi di piattaforma di base designati sono 22. Il 9 ottobre 2023 la Commissione ha pubblicato il modello per la relazione sulla conformità ai sensi del regolamento sui mercati digitali: *Template Form for Reporting Pursuant To Article 11 Of Regulation (EU) 2022/1925 (Digital Markets Act) (Compliance Report)*, reperibile [online](#). In merito al contenzioso insorto con riguardo alla designazione di *gatekeeper*, vedi, con riferimento alla posizione assunta da Amazon, M. MIDIRI, *I Signori del Tech e la sfida sulle regole: il caso Amazon*, in *federalismi.it*, 2023, n. 28, pp. 100-119, spec. p. 104 s., reperibile [online](#).

³⁸ ASSONIME, *Le nuove regole*, cit., p. 62 ss.

delle autorità nazionali nell'attuazione del DMA, specie avvalendosi dei meccanismi già esistenti di cooperazione tra la DG Concorrenza e le autorità nazionali *antitrust*.

Queste istanze sono state in parte recepite nel testo finale del regolamento, senza però mutare l'impianto centralizzato del nuovo sistema, ma introducendo meccanismi di cooperazione e coordinamento, che lasciano tuttavia impregiudicata la possibilità di imporre ai *gatekeepers*, in via parallela o complementare, il rispetto di strumenti normativi diversi. In particolare, per quanto riguarda i rimedi sanzionatori, il considerando n. 86 espressamente richiede che la Commissione e le autorità nazionali competenti coordinino i loro sforzi di applicazione per garantire il rispetto dei principi di proporzionalità e *ne bis in idem*³⁹. Alla stessa stregua, più in generale, il considerando n. 109 stabilisce che il DMA deve essere interpretato e applicato nel rispetto di una serie di principi della Carta, tra cui quello del *ne bis in idem*, nella accezione accolta dalla Corte di giustizia. Ad imporre del resto la coerenza fra i diversi istituti del diritto UE, e di conseguenza sulla loro attuazione a livello nazionale, è lo stesso TFUE (art. 7) che impone appunto che l'Unione assicuri detta coerenza «fra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze», rimettendo ovviamente tale compito alla Corte di giustizia che sicuramente troverà nel DMA ampio spazio di intervento, a partire, come ricordato da chi mi ha preceduto, dalla stessa qualificazione di *gatekeepers*.

Nel prossimo futuro, dunque, le grandi piattaforme digitali saranno sottoposte a diverse cornici normative potenzialmente sovrapponibili⁴⁰ all'interno del mercato digitale, vale a dire, da un lato, il diritto *antitrust* europeo in rapporto di complementarietà con le norme nazionali in materia di concorrenza, incluse quelle poste specificamente a tutela della concorrenza nei mercati digitali; dall'altro, le normative di settore a protezione e tutela dell'identità digitale dei consumatori, *in primis*, ma non solo il RGPD, ma anche, ad esempio, la direttiva *copyright*⁴¹ o quella sulle pratiche commerciali sleali⁴², e così via; e infine, come raccordo e punto di intersezione fra le diverse componenti, ecco intervenire

³⁹ *Ivi*, p. 65. Il considerando n. 86 prevede che la Commissione e le pertinenti autorità nazionali coordinino i loro sforzi di applicazione al fine di garantire il rispetto dei «principi di proporzionalità e *ne bis in idem*». In particolare, la Commissione «dovrebbe tenere conto di eventuali ammende e penalità irrogate alla stessa persona giuridica per gli stessi fatti mediante una decisione definitiva nei procedimenti relativi a una violazione di altre norme dell'Unione o nazionali, in modo da garantire che l'importo complessivo delle ammende e delle penalità irrogate corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse».

⁴⁰ N.M.F. FARAONE, *Della serie «a volte ritornano» (o non sono mai veramente andati): il principio del ne bis in idem alla prova delle piattaforme digitali*, in *federalismi.it*, 2023, n. 6, pp. 68-97, spec. p. 91, reperibile [online](#).

⁴¹ [Direttiva \(UE\) 2019/790](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

⁴² [Direttiva 2005/29/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

il DMA che non si sostituisce ma concorre con tutti gli strumenti che costituiscono la cassetta degli attrezzi dell'Unione. Lo stesso art. 1, par. 5 precisa che il DMA non impedisce agli Stati membri di imporre obblighi alle imprese, comprese quelle che forniscono servizi di piattaforma di base, per questioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento, purché tali obblighi siano compatibili con il diritto dell'Unione e non derivino dal fatto che le imprese hanno lo *status* di *gatekeeper* ai sensi del regolamento stesso⁴³. Un esempio di questa moltiplicazione di fonti, in specie concorrenziali, che ci riguarda da vicino è, sempre in via esemplificativa, la recente modifica dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica, a seguito dell'approvazione dell'art. 33 del d.d.l. concorrenza⁴⁴, relativo appunto ai mercati digitali, che sicuramente persegue fini diversi da quelli del DMA e si completa con esso, ma che altrettanto sicuramente può far immaginare scenari di potenziale conflitto. Si potrebbe «ipotizzare che, se una piattaforma digitale che ha acquisito un concorrente il quale, nel proprio “patrimonio”, possiede un'estesa massa di dati, procedesse ad incrociare i dati presenti su entrambi i network, senza avere previamente avvisato gli utenti dell'una e dell'altra piattaforma, essa potrebbe verosimilmente porre in essere (i) sia un comportamento anticoncorrenziale, (ii) sia una violazione della normativa posta a protezione della privacy, (iii) sia, infine, una violazione del DMA»⁴⁵. Un unico comportamento esporrebbe così l'impresa che ha così violato tutti e tre i settori normativi alle possibili sanzioni, nei limiti dei rispettivi regolamenti, da parte delle autorità rispettivamente competenti. Il tutto ovviamente limitandoci ai rimedi di *public enforcement*, per tacere di quelli di *private enforcement* con i quali i titolari dei dati possono agire per far valere il proprio diritto alla protezione dei dati personali, richiedendo la cessazione della condotta illegittima nonché il risarcimento dei danni, pur mancando nel DMA un riferimento ai rimedi giurisdizionali o almeno una disposizione che imponga agli Stati di prevedere mezzi di tutela effettivi⁴⁶.

Stante dunque l'impostazione seguita dal DMA, con il sovrapporsi di diversi piani e livelli di regolamentazione, il rischio del sovrapporsi anche di differenti procedimenti sanzionatori della medesima condotta, anche su diverse basi giuridiche, pare inevitabile e in un certo senso, ritengo, già messo in conto, essendosi preferita una applicazione la più ampia possibile del regolamento e quindi ammettere la possibilità di procedimenti

⁴³ ASSONIME, *Le nuove regole*, cit., p. 63.

⁴⁴ [Legge 5 agosto 2022, n. 118](#), Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, che modifica l'art. 9 della [legge 18 giugno 1998, n. 192](#), Disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Per una applicazione della nuova disciplina sull'abuso di dipendenza economica, vedi AGCM, A559 – *Avviata istruttoria per presunto abuso di dipendenza economica da parte di Meta nei confronti di Siae*, comunicato stampa 5 aprile 2023, reperibile [online](#).

⁴⁵ In merito, ampiamente, C. PERARO, *Quando la violazione*, cit., p. 54; nonché, P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in *I Post di AISDUE*, 15 settembre 2023, pp. 196-220, reperibile [online](#).

⁴⁶ C. PERARO, *Quando la violazione*, cit., p. 69 ss.

paralleli per scopi diversi. A questo riguardo a soccorrere ancora una volta è la giurisprudenza della Corte di giustizia in merito al principio *ne bis in idem*, con tutte le criticità legate alla sua applicazione al mondo digitale, quando si tratti di allocare i diversi casi tra DMA, legislazione nazionale ispirata ad esso e diritto della concorrenza, al fine di scongiurare una proliferazione di indagini parallele e/o di sovrapposizioni di istruttorie relative alla stessa condotta. La Corte (Grande Sezione), infatti, ha elaborato nelle sentenze, del 22 marzo 2022, *bpost*⁴⁷ e *Nordzucker*⁴⁸ un test basato su un duplice criterio che sicuramente non sarà di agevole applicazione, ma non scoprirei nulla di nuovo evidenziando come la convivenza all'interno del DMA di finalità e scopi anche tra loro eterogenei sarà certamente fonte di difficoltà sul piano operativo. La due sentenze, che hanno ispirato l'introduzione nella versione finale del DMA di uno specifico considerando (n. 86) riferito al principio del *ne bis in idem*, rappresentano effettivamente un punto di svolta nell'interpretazione giurisprudenziale dei presupposti per applicare di detto principio⁴⁹. Esso è destinato ad operare non solo nel caso in cui i procedimenti sanzionatori relativi alla stessa fattispecie siano condotti da due autorità di concorrenza di Stati membri diversi, che applicano in parallelo il diritto *antitrust* europeo e le corrispondenti regole di concorrenza previste dal proprio ordinamento nazionale, come nel citato caso *Nordzucker*, ma anche e soprattutto, con riguardo al tema che ci interessa in questa sede, in tutti quei casi in cui, più in generale, può comunque configurarsi un cumulo di procedimenti e sanzioni incompatibile con l'art. 50 della Carta. La sentenza *bpost*, sopra richiamata, riguarda appunto una condotta consistente in un particolare sistema di tariffazione ritenuta sia discriminatoria, ai sensi della direttiva 97/67/CE⁵⁰ e delle corrispondenti norme nazionali di recepimento, sia anticoncorrenziale e come tale oggetto rispettivamente di sanzione, formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, da parte, rispettivamente, della Autorità belga di regolamentazione del settore postale e di quella garante della concorrenza. Alla Corte di giustizia venne così chiesto di chiarire se fosse compatibile con il principio del *ne bis in idem* imporre ad una impresa una sanzione per una violazione del diritto europeo della concorrenza qualora, per quegli stessi fatti (o, forse, anche per fatti analoghi⁵¹), l'impresa sia stata oggetto di una decisione definitiva emessa, previa valutazione nel merito della causa, al termine di un procedimento relativo ad una infrazione di un settore distinto da quello della concorrenza.

⁴⁷ [Causa C-117/20](#), EU:C:2022:202.

⁴⁸ [Causa C-151/20](#), EU:C:2022:203. Per un commento, v. M. CAPPAL, G. COLANGELO, *Applying ne bis in idem in the Aftermath of bpost and Nordzucker: the Case of EU Competition Policy in Digital Markets*, in *Common Market Law Review*, 2023, pp. 431-456.

⁴⁹ ASSONIME, *Il ne bis in idem e i procedimenti sanzionatori in materia antitrust: le sentenze bpost e Nordzucker della Corte di giustizia*, Note e Studi 5/2022, pp. 1-15, reperibile [online](#).

⁵⁰ [Direttiva 97/67/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento nella qualità del servizio.

⁵¹ Lo esclude l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle conclusioni del 30 marzo 2023, [causa C-27/22](#), *Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft*, EU:C:2023:265, punto 71.

Se su questo secondo elemento costitutivo del principio («bis»), non occorre soffermarsi in questa sede, maggiore interesse desta l'«idem», riguardo al quale la Corte precisa che i fatti materiali vanno intesi come esistenza di un insieme di circostanza concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna dell'interessato. Non assumono invece rilevanza ai fini della dell'«identità» la qualificazione giuridica dei fatti nel diritto nazionale e l'interesse giuridico tutelato, in quanto la portata della tutela conferita dall'art. 50 della Carta non può variare da un paese all'altro⁵². L'obiettivo della Corte di giustizia è di assicurare una applicazione omogenea del principio in tutti i settori del diritto europeo, estendendo anche al diritto della concorrenza l'approccio per il quale occorre guardare all'identità dell'autore e del fatto, prescindendo dall'interesse giuridico tutelato, che peraltro, introducendo sicuramente un elemento di incertezza, riemerge quando si passa a considerare le limitazioni ammesse dal par. 1 dell'art. 52 della Carta. Limitazione che può ricorrere quando, in particolare, essa risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione ed è necessaria e proporzionata per perseguire tale finalità.

Di tutta evidenza procedimenti su fatti identici potranno verificarsi in ragione del sovrapporsi degli ambiti di intervento delle varie autorità e dei corrispondenti diversi plessi normativi che concorrono tra loro nel completare la disciplina del DMA. Troverà dunque in tal caso una (non agevole) applicazione il principio sancito nella sentenza *bpost*, secondo cui il cumulo può risultare giustificato in base all'art. 52, par. 1 della Carta, nella misura in cui, come osservato, sia strettamente necessario e proporzionato rispetto ad una finalità di interesse generale riconosciuta dal diritto dell'Unione europea. Difficile prevedere l'esito in concreto delle valutazioni della Corte nella ponderazione degli interessi in gioco⁵³, fermo restando che la prevalenza dei diritti valoriali dell'utente non può essere discussa. Soprattutto, l'applicazione dei criteri indicati dalla Corte rischierebbe di divenire oltremodo riduttiva se si seguisse l'opinione espressa dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nella causa *Volkswagen*, dove, nell'interpretare il requisito del carattere strettamente necessario del cumulo, lo riconduce all'accertamento della circostanza che «i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo e se la sanzione eventualmente inflitta in occasione del primo procedimento sul piano cronologico sia stata presa in considerazione al momento della valutazione della seconda sanzione»⁵⁴. Indagine che, nel caso di specie, conduce l'Avvocato generale ad escludere che tra le procedure sanzionatorie italiana e tedesca sussista un «sufficiente» coordinamento⁵⁵, con la conseguenza, tra l'altro, di

⁵² ASSONIME, *Il ne bis in idem*, cit. p. 6.

⁵³ Vedi al riguardo M. MESSINA, *Il ne bis in idem nel diritto europeo della concorrenza: segnali di uniformità applicativa nell'Unione?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 170-182, spec. p. 182, reperibile [online](#).

⁵⁴ Conclusioni Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, *Volkswagen*, cit., punto 91.

⁵⁵ *Ivi*, punto 115.

incentivare, nel caso di danni verificatisi in più paesi, un fenomeno di *forum shopping*⁵⁶, alla ricerca della giurisdizione meno «punitiva».

In realtà, i timori espressi hanno trovato conferma in quanto le considerazioni dell'Avvocato generale sono state accolte dalla Corte di giustizia nella sentenza del 14 settembre 2023⁵⁷, ove viene statuito che l'art. 52, par. 1, della Carta deve essere interpretato nel senso che esso autorizza la limitazione dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 50 della stessa Carta, «in modo da consentire un cumulo di procedimenti o di sanzioni per gli stessi fatti»⁵⁸, purché siano soddisfatte le condizioni previste al successivo art. 52, come precisate dalla giurisprudenza. In particolare, occorre che ricorrano tre condizioni, vale a dire che, «in primo luogo, tale cumulo non rappresenti un onere eccessivo per l'interessato, in secondo luogo, esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e omissioni possano essere oggetto di cumulo e, in terzo luogo, i procedimenti di cui trattasi siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo»⁵⁹. A quest'ultimo riguardo la Corte mostra di essere consapevole del rischio evocato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte «che un singolo cerchi di ottenere una condanna penale in uno Stato membro al solo fine di premunirsi da procedimenti e da sanzioni relativi agli stessi fatti in un altro Stato membro»⁶⁰. I giudici di Lussemburgo si limitano però a rilevare che nessun elemento portato a conoscenza della Corte «consente di affermare che un siffatto rischio possa concretizzarsi nell'ambito della controversia di cui trattasi nel procedimento principale»⁶¹, lasciando così la porta aperta ad una diversa soluzione laddove possa ravvisarsi nel comportamento del soggetto interessato un abuso del diritto comunitario, con tutte le incertezze che ciò può comportare.

Le conseguenze nel mondo del digitale di una tale applicazione del principio in oggetto sono di immediata evidenza. Ma non è tutto. Sempre l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle conclusioni presentate il 27 aprile 2023 in relazione alla nozione di responsabilità del titolare del trattamento dei dati personali ai sensi dell'RGPD si è posto, seppure in via ipotetica, la questione del carattere oggettivo della violazione, che prescinderebbe così dall'accertamento del dolo o colpa⁶². L'opinione dell'Avvocato generale è che quando si tratti di applicare l'RGPD gli Stati membri devono adottare una soluzione unitaria, per rispettare il principio per cui le violazioni devono essere punite

⁵⁶ M. BARENNE, *Why the CJEU should not follow the AG Opinion on the application of ne bis in idem in the pending Volkswagen case*, in *European Law Blog*, 18 May 2023, reperibile [online](#).

⁵⁷ [Causa C-27/22, Volkswagen](#), EU:C:2023:663.

⁵⁸ *Ivi*, punto 106.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, punto 105.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, conclusioni del 27 aprile 2023, [causa C-807/21, Deutsche Wohnen](#), EU:C:2023:360, punto 64 ss., specie punto 65.

con sanzioni equivalenti⁶³. La conclusione è che per l'imposizione delle sanzioni occorrerebbe che sia accertato «il carattere doloso o colposo nella condotta che costituisce la violazione sanzionata»⁶⁴.

Non si può che condividere l'auspicio, ma al contempo occorre chiedersi come può incidere questa lettura del regime sanzionatorio non già e non solo con riguardo al medesimo ambito regolamentare, ma quando a porsi il problema è quello del concorso di sanzioni proprie di più ambiti, come accadrebbe per le sanzioni inflitte in base all'RGPD, alla normativa *antitrust* o al DMA. Quale nozione è destinata a prevalere ai fini di una soluzione «equa»?

3. Il continuo confronto con gli Stati Uniti in una prospettiva di cooperazione.

Il confronto tra distinti plessi normativi non è interno unicamente al mercato unico, ma è destinato ovviamente a ripetersi a livello interstatuale in ragione delle differenze esistenti fra i principi accolti nei diversi ordinamenti. Della inclinazione europea a porsi come regolatore universale già si è detto, va ora precisato che le possibilità di soluzioni divergenti sono nella pratica frequenti quando le piattaforme tecnologiche statunitensi operino nel nostro continente, tanto da rendere, a mio avviso, non solo opportuna ma anche inevitabile la ricerca di un punto di incontro che almeno riduca le antinomie esistenti. Con l'amministrazione Biden è divenuto più serrato il confronto con gli Stati Uniti sulla regolamentazione in particolare delle attività *online* delle piattaforme di grandi dimensioni. Già si è osservato come il parametro della *privacy* assurga, ancora una volta, anche nel DMA, ad elemento di differenziazione, rendendo più complicata la convergenza con gli USA su politiche condivise. Come noto, il Congresso statunitense sta dibattendo la proposta di introduzione di una normativa che regolamenti le attività *online* delle piattaforme di grandi dimensioni. Le posizioni all'interno del fronte statunitense rimangono peraltro diversificate, anche perché gli strascichi della saga *Schrems*, con le bocciature operate dalla Corte di giustizia, hanno lasciato tracce ben visibili. Nel frattempo, però, un segnale di distensione era intervenuto con il terzo tentativo di trovare un accordo transatlantico per il trasferimento dei dati dei cittadini europei negli Stati Uniti, con l'ordinanza esecutiva (*executive order*) n. 14086 sul rafforzamento delle salvaguardie per le attività di intelligence dei segnali statunitensi, firmata dal Presidente USA il 7 ottobre 2022⁶⁵. Come suggeriva Oreste Pollicino⁶⁶,

⁶³ *Ivi*, punto 86.

⁶⁴ *Ivi*, punto 87.

⁶⁵ *Executive Order 14086 of October 7, 2022, Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities*, reperibile [online](#).

⁶⁶ G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *Le aperture americane meritano un approccio più realista della UE. L'accordo transatlantico sulla privacy*, in *IlSole24ore*, 27 ottobre 2022, p. 16. Per quanto riguarda questo e i successivi riferimenti ad articoli pubblicati ne *IlSole24ore* non liberamente accessibili *online*, si rinvia alla banca dati [My Desk 24](#).

all'indomani di quell'atto, il segnale avrebbe dovuto essere colto, specie ora che il DMA è destinato a riproporre prepotentemente la questione, alla luce anche del recente attivismo delle autorità nazionali europee nei confronti dei giganti tecnologici americani, come dimostra il caso italiano. Due sono fundamentalmente le critiche⁶⁷ mosse anche dalla amministrazione Biden nei confronti dell'Unione: un certo lassismo nei confronti della minaccia cinese e un antiamericanismo della idea di sovranità digitale europea, dal momento che quasi tutte le principali piattaforme *online* occidentali sono americane (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft: i c.d. GAFAM). L'iniziativa statunitense non era però parsa sufficiente al Parlamento europeo che, ricordando come i trasferimenti dei dati «dovrebbero essere effettuati nel pieno rispetto del diritto» alla loro protezione e «del diritto alla riservatezza», ai fini della protezione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta⁶⁸, ha concluso che i meccanismi di ricorso giurisdizionale introdotti con l'ordinanza in oggetto non soddisfano le condizioni necessarie per assicurare la tutela dei diritti dei cittadini dell'UE e che pertanto «il quadro UE-USA in materia di privacy non crea un'equivalenza essenziale del livello di protezione»⁶⁹. La Commissione era pertanto invitata a proseguire le trattative e a non adottare alcuna decisione di adeguatezza fino a quando non saranno state pienamente attuate tutte le raccomandazioni così formulate dallo stesso Parlamento nella sua risoluzione. A sbloccare la vicenda è finalmente intervenuta la conclusione, in data 10 luglio 2023, delle negoziazioni basate sul c.d. *Transatlantic Data Privacy Framework*. In quella data la Commissione ha infatti adottato l'attesa decisione di adeguatezza, volta a consentire il trasferimento legittimo dei dati dall'Unione agli Stati Uniti⁷⁰.

Al di là delle evidenti incomprensioni e degli interessi contrastanti che dividono le due sponde del «*pond*» e che hanno ritardato il raggiungimento di un accordo, la posizione europea si rivela ancora una volta ambigua. La necessità di arginare l'avanzata cinese (fra gli otto maggiori operatori del mercato digitale, che ne controllano l'80%, sei sono statunitensi e due cinesi) ha giustificato il moltiplicarsi degli sforzi della Commissione

⁶⁷ M. VELLIET, *Digital Sovereignty: European Policies, American Dilemmas, Notes de l'IFri*, January 2023, pp. 1-26, reperibile [online](#).

⁶⁸ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 maggio 2023 sull'adeguatezza della protezione offerta dal quadro UE-USA in materia di privacy dei dati ([2023/2501\(RSP\)](#)), considerando F.

⁶⁹ *Ivi*, punto 19. In senso altrettanto critico si era espresso, il 28 febbraio 2023, il Comitato europeo per la protezione dei dati, che riunisce i garanti dei paesi UE (EDPB), pur accogliendo con favore i miglioramenti sostanziali presenti nel nuovo quadro di accordo: European Data Protection Board, *Opinion 5/2023 on the European Commission Draft Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework*, reperibile [online](#).

⁷⁰ [Decisione di esecuzione \(UE\) 2023/1795](#) della Commissione, del 10 luglio 2023, a norma del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio sul livello di protezione adeguato dei dati personali nell'ambito del quadro UE-USA per la protezione dei dati personali, notificata con il numero C(2023)4745. Con ordinanza del 12 ottobre 2023, il presidente del Tribunale ha rigettato, per l'assenza della prova di un rischio di danno grave e irreparabile pendente in capo al ricorrente, la domanda di sospensione, ai sensi degli artt. 278 e 279 TFUE, dell'esecuzione della decisione, senza quindi che si rendesse necessario procedere all'esame del *fumus* e al bilanciamento degli interessi in gioco: [causa T-553/23 R](#), *Latombe*, EU:T:2023:621.

per convergere su una soluzione di compromesso, infine raggiunta, che apra la strada verso una possibile alleanza digitale transatlantica; d'altro canto, la posizione intransigente del Parlamento europeo rispetto al progetto di decisione di adeguatezza sul *Data Privacy Framework* pubblicato dalla Commissione il 13 dicembre 2022 pareva invece spingere verso un ennesimo nulla di fatto che avrebbe avuto come risultato l'aumentare del contenzioso con le imprese americane e la debolezza della risposta europea alla minaccia cinese. Gli Stati Uniti, «sinora meno sensibili all'approccio regolatorio, sembrano muoversi nella direzione di un maggiore allineamento con l'Europa», osservava in una sua recente analisi Gabriella Muscolo⁷¹, oggi relatrice al convegno, traendone il convincimento che un punto di incontro fosse non solo raggiungibile ma anche auspicabile nel contesto attuale dei rapporti economici internazionali.

Da un esame delle varie proposte formulate negli Stati Uniti per giungere ad una riforma della legislazione ivi vigente, se raffrontate alla regolamentazione europea, la prima osservazione che se ne può trarre è che se sul piano dei comportamenti vietati vi è una sostanziale analogia fra le due impostazioni. A fare la differenza sono ancora una volta i valori che, come rilevato, l'Unione ha voluto tutelare anche nel DMA, introducendo il ricordato riferimento agli obblighi previsti nel RGPD a tutela dei diritti digitali degli utenti, mentre l'iniziativa legislativa statunitense si focalizza, come per tradizione, sulla tutela della concorrenza. Le conseguenze non sono sicuramente trascurabili, in quanto nella prospettiva d'oltre oceano taluni comportamenti che determinino una lesione dei dati personali assumono rilevanza solo quando «arrechino, al contempo, un pregiudizio all'assetto concorrenziale del mercato»⁷², mentre nel contesto europeo le violazioni nell'utilizzo dei dati degli utenti commesse dalle piattaforme sono sanzionate a «prescindere da quello che è il loro impatto anticoncorrenziale»⁷³.

A imporre la ricerca di un dialogo tra le parti potrebbe aver concorso la vicenda relativa alla sanzione irrogata, il 22 maggio 2023, dalla *Irish Data Protection Commission* (DPC)⁷⁴ a Meta Platforms Ireland di 1.200 milioni di euro per la violazione dell'art. 46, par. 1, del RGDP. A giocare un ruolo potrebbe essere infatti la coincidenza dei tempi. Sei mesi di tempo sono stati concessi a Meta (in realtà, all'intero gruppo inclusa Meta Platforms Inc.) perché trovi una soluzione che ponga termine alle irregolarità rilevate che

⁷¹ *Biden's antitrust: verso una nuova alleanza transatlantica? Cenni di comparazione tra Stati Uniti e Europa*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Politiche di concorrenza e politica industriale, sinergia o conflitto?*, in *Eurojus*, fascicolo speciale, 3 aprile 2023, pp. 108-127, spec. p. 127, reperibile [online](#).

⁷² G. CONTALDI, *Il DMA*, cit., p. 93.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Decision of the Data Protection Commission pursuant to Section 111 of the Data Protection Act, 2018 and Articles 60 e 65 of the General Data Protection Regulation*, reperibile [online](#).

comprendono il trattamento dei dati negli USA⁷⁵. Nel frattempo, però, l'Unione ha deciso di accogliere la proposta di accordo formulata dalla amministrazione Biden. Non può perciò escludersi che, proprio per la sua rilevanza, il caso irlandese di Meta possa aver contribuito ad accrescere gli sforzi per la ricerca di un accordo, favorendo così il raggiungimento di una soluzione che, auspicabilmente, assicuri la stabilità delle attività delle imprese e al contempo una sostanziale equivalenza dei livelli di protezione, ferma restando l'eventualità, più che probabile, che il sig. Schrems si attivi per contestare la legittimità anche della nuova intesa. Non si dimentichi però che ad essere in gioco è forse la stessa capacità delle imprese di utilizzare le nuove tecnologie.

4. Prospettive evolutive.

L'indagine svolta induce a riflessioni sul modello di regolamentazione seguito da ultimo con l'adozione del DMA, avendo comunque come termine principale, ma non esclusivo, di riferimento l'*enforcement antitrust*, e sulla opportunità di accompagnare questo processo con l'introduzione di altri strumenti, nella consapevolezza che la disciplina introdotta dallo stesso DMA presenta profili di incertezza e che la difesa dei valori dell'Unione non può prescindere dalla ricerca di un più ampio consenso a livello internazionale e soprattutto dalla salvaguardia sul piano economico delle imprese europee in un contesto in cui, come pure osservava Oreste Pollicino, «le insidie potrebbero arrivare – più che da una democrazia comunque liberale come quella americana, seppure con una stella cometa diversa dal modello europeo (libertà di espressione vs *privacy*)- da una parte dal modello cinese, sempre più incombente e che per definizione sacrifica le libertà individuali (*privacy* compresa) all'interesse collettivo e dall'altra, paradossalmente, dalla stessa UE»⁷⁶, dove il riferimento è alla deriva presa anche sotto questo profilo dalle democrazie illiberali dell'est Europa. Il tema dell'*antitrust*, e non sono certo io a doverlo ricordare, è talmente complesso e dinamico che le stesse categorie tradizionali della disciplina concorrenziale vengono poste in dubbio. Si ragiona in termini di quote di mercato e di prezzi dei prodotti, quando invece in gioco è la libertà di innovare e di poter ottenere servizi migliori. L'effetto rete, è stato osservato⁷⁷, «genera un gigantismo organico dei servizi di maggior successo», ma questo, a sua volta, può «rallentare l'innovazione, impedendo alle *startup* e alle piccole imprese di competere con le *BigTech*.

⁷⁵ Nella decisione non si esclude, infatti, che «new measures, not currently in operation, may yet be capable of being developed and implemented by Meta Ireland and/or Meta US to compensate for the deficiencies» (par. 9.46).

⁷⁶ G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *Le aperture americane*, cit., p. 16.

⁷⁷ L. DE BIASE, *UE alla ricerca di un patto tra mercato, diritto e innovazione*, in *Il Sole24ore*, 12 maggio 2023, p. 8.

In questo contesto quale ruolo può svolgere la singola autorità nazionale competente? La risposta, a riprova di come di fronte ai nuovi, continui e repentini progressi tecnologici si imponga la ricerca di strade sempre nuove, nel rispetto comunque di quei valori che sono alla base della integrazione europea, può giungere dalla recente vicenda della piattaforma ChatGPT. In un ambito quindi, quello dell'intelligenza artificiale, in pieno divenire e in cui è in discussione una proposta di regolamentazione, il Garante per la protezione dei dati è intervenuto per riaffermare i principi della *privacy*. E poi, nel giro di pochi giorni, ecco intervenire un'altra *authority* italiana, l'*Antitrust*, prima aprendo un'istruttoria, l'11 maggio 2023, nei confronti di Apple⁷⁸, cui è contestata la dominanza restrittiva del mercato delle *app*, ed avviando così una vertenza che potrà probabilmente trovare una soluzione con le nuove regole del DMA, e poi, in rapida successione, aprendo un'altra istruttoria, cui già si è fatto cenno, sulla base dell'asserito abuso da parte di Meta di dipendenza economica⁷⁹.

Ciò che importa invece ora sottolineare è che ben venga l'attivismo delle *authority* italiane, ma non va dimenticato che la difesa dei valori deve rimanere centrale anche quando la tecnologia è innovativa e gli stessi principi devono ispirare il mercato digitale. Da un lato dunque, la regolamentazione, intesa anche come ricerca di soluzioni condivise a livello internazionale, deve svolgere una funzione che va al di là del mero fatto repressivo, proprio della regolamentazione *antitrust* con la sua connotazione di strumento *ex post*, dall'altro, di certo la singola autorità nazionale non può essere lasciata sola, novella *Don Chisciotte*⁸⁰, nel pretendere il rispetto delle regole (concorrenziali, ma non solo) europee. In attesa che venga dipanato il nodo del sovrapporsi delle competenze⁸¹,

⁷⁸ AGCM, A561 – *Avviata istruttoria nei confronti di Apple per presunto abuso di posizione dominante nel mercato delle app*, comunicato stampa 11 maggio 2023, reperibile [online](#) con annesso testo del provvedimento.

⁷⁹ AGCM, [provvedimento 4 aprile 2023, n. 30570](#), A559 – Meta/Siae.

⁸⁰ Così, C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La sfida di far convivere i nostri principi con le regole di domani. I nodi della privacy*, in *IlSole24 Ore*, 8 aprile 2023, p. 11.

⁸¹ Si veda al riguardo quanto deciso dalla Corte di giustizia (Grande Sezione) nella sentenza del 4 luglio 2023, [causa C-252/21](#), *Meta Platforms e a. (Condizioni generali d'uso di un social network)*, EU:C:2023:537. La Corte ha ritenuto che, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato possa, ove risulti necessario, esaminare anche la conformità del comportamento della stessa impresa a norme diverse da quelle sulla concorrenza, quali le norme previste dal RGPD (punto 43 ss., spec. punto 48). Tuttavia, nel caso tale autorità ravvisi una violazione del RGPD, essa non si sostituisce alle autorità di controllo istituite da detto regolamento, limitandosi la sua valutazione al solo scopo di constatare un abuso di posizione dominante e di imporre misure volte a far cessare tale abuso secondo le norme del diritto della concorrenza (punto 49). Per una applicazione coerente del RGPD (punto 52), le autorità nazionali della concorrenza devono comunque concertarsi e cooperare lealmente con le autorità che garantiscono il rispetto del regolamento, fermo restando che le prime non possono discostarsi da eventuali decisioni già adottate da parte dell'autorità di controllo competente, pur restando libere di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto della concorrenza (punto 56). Per un commento, I. GRAEF, *The European Court of Justice in Meta Platforms leaves competition and data protection authorities with an assignment*, in *European Law Blog*, 19 July 2023, reperibile [online](#); e A. RIBERA MARTÍNEZ, *The Appropriation of Article 5(2) DMA: Google's Commitments under Section 19a of the German Competition Act*, in *Kluwer*

solo una collaborazione forte fra le diverse autorità dei paesi membri⁸² e un coordinamento delle loro operazioni *antitrust*⁸³ possono assicurare che in nome del progresso non vengano superati i limiti invalicabili del nostro modo di essere europei, in attesa che, da un lato, la sovranità digitale europea e la connessa identità digitale del cittadino europeo si consolidino, e, dall'altro, finalmente si pervenga, se non ad una governance mondiale, fondata su regole comuni, almeno ad un rafforzamento dell'intesa faticosamente raggiunta con gli Stati Uniti per una proficua collaborazione, che superi le antinomie esistenti.

Tornando, per concludere, al contesto europea, l'accesso alla rete, la tutela dei dati personali, il diritto ai servizi digitali, lo sviluppo di un mercato digitale non solo concorrenziale ma anche imperniato sulla tutela dei dati personali sono tutti divenuti pilastri di una regolamentazione che da settoriale è divenuta ordinamentale, mediante l'affermazione, fortemente «politica», della centralità, da un lato, della sovranità digitale europea, e dall'altro, come sua prima manifestazione, della identità digitale dei cittadini dell'Unione. Assume dunque una sua concretezza la proposta di adozione di una Carta dei diritti digitali dell'Unione europea⁸⁴ che tratteggi in maniera organica i diritti ed i doveri digitali di questo nuovo ordinamento digitale, complementare ed autonomo rispetto al sistema concorrenziale e soggetto unicamente al sistema valoriale dell'Unione. Spetterebbe poi al legislatore europeo intervenire per risolvere le aporie create dall'affastellarsi di strumenti normativi in parte sovrapponibili, mentre le relative competenze sono esercitate a diversi livelli, nazionale e sovranazionale, per la tutela di interessi giuridici distinti, con il rischio, da un lato, di una «inflazione di diritti», evocata da Oreste Pollicino, che aumenterebbe la possibilità di conflitti fra le giurisdizioni competenti, e, dall'altro, di concomitanti e paralleli procedimenti sanzionatori, che il ricorso al solo principio del *ne bis in idem* non può evitare.

Per concludere, la tutela dei diritti fondamentali nell'innovazione tecnologica impone a mio avviso una riflessione sul rapporto con gli Stati Uniti. Se gli algoritmi hanno bisogno di una massa sterminata di dati per «allenarsi» e se l'estrazione di tali dati, anche sensibili, presenti sul *web* avviene senza ovviamente chiedere il consenso, peraltro impossibile, la questione cruciale è che neppure è garantita la necessaria trasparenza sulle modalità di tale raccolta⁸⁵. In tali circostanze, nel momento in cui iniziamo ad interrogarci sulla adeguatezza della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, la vera domanda è se una strategia di difesa basata sulla regolamentazione, sicuramente figlia di

Competition Law Blog, 9 October 2023, reperibile [online](#), anche per ulteriori indicazioni in merito alla vicenda davanti al *Bundeskartellamt*.

⁸² Sulle forme di collaborazione fra le varie autorità, vedi, anche per gli opportuni riferimenti, C. PERARO, *Quando la violazione*, cit., p. 59 ss.

⁸³ C. FERNÁNDEZ, *A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with DMA?* in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, pp. 271-272.

⁸⁴ F. BUONOMENNA, *Lo spazio digitale*, cit., p. 315.

⁸⁵ C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La sfida di far convivere i nostri principi*, cit.

una illusione di globalizzazione, è idonea a tenere il passo ai repentini progressi tecnologici. Di certo la ricerca di soluzioni condivise con i nostri principali *partner* tecnologici, fra questi includo non solo i governi ma anche i giganti del *web* ormai assurti ad un ruolo planetario, diviene essenziale, ma il modo a mio avviso più corretto per affrontare le sfide del futuro non può essere solo quello di imporre divieti ed ostacoli. Se, infatti, non può ammettersi la pretesa di qualcuno di agire al di fuori di ogni quadro normativo, in una sorta di immunità del *web*, allo stesso tempo la ricerca di nuove regole, anche di necessario compromesso, deve avvenire senza tradire i principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, accettandone semmai una declinazione che rifletta il divenire continuo degli strumenti tecnologici. In una fase in cui le alleanze geopolitiche si riconfigurano a livello globale, la relazione di fiducia tra i partner occidentali ha una rilevanza sicuramente strategica, ma il rispetto dei diritti «costituzionali» della persona assume e mantiene un'importanza identitaria⁸⁶ per l'Unione. Ho perciò sempre ritenuto inimmaginabile che non si riuscisse a trovare un terreno comune di condivisione con gli Stati Uniti cui ci unisce la adesione ai principi di democrazia. Se su questo i fatti paiono avermi dato ragione, le questioni da risolvere rimangono però ancora numerose e certamente di non facile soluzione.

⁸⁶ G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *La Costituzione ci tutela dalle novità della digitalizzazione*, cit., dove si dà atto che la missione dell'Unione è di «tenere alto il vessillo della protezione dei dati europei come stella cometa del costituzionalismo europeo, non disponibile ad alcuna opzione al ribasso».