



L'art. 351 TFUE e gli accordi internazionali degli Stati membri a fronte dell'espansione delle competenze dell'Unione europea

Claudia Massa*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il primato del diritto dell'Unione europea come principio non assoluto. – 3. La portata applicativa dell'art. 351 TFUE. – 3.1. L'ambito di applicazione temporale dell'art. 351 TFUE. – 3.1.1. L'applicazione dell'art. 351 TFUE agli accordi stipulati dagli Stati membri dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. – 4. La prassi applicativa dell'art. 351 TFUE nel contesto dei Trattati bilaterali di investimento extra-UE conclusi dopo il 1958 ma prima dell'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di investimenti esteri diretti. – 4.1. L'art. 351 TFUE e la politica europea globale degli investimenti internazionali. – 5. L'attuale assetto della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Tra le deroghe normative al principio del primato del diritto dell'Unione europea contenute nei Trattati dell'Unione europea, ve ne

* Ricercatrice TD-A di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

sono alcune che autorizzano una sorta di “primato orizzontale” o “primato internazionale”, vale a dire un primato sul diritto dell’Unione europea delle norme contenute in altri determinati trattati internazionali (v. *infra*, par. 2). Nell’ambito di tali deroghe vi è l’art. 351 TFUE¹, il quale, al par. 1, contiene una clausola di subordinazione per la quale, in caso di conflitto, le norme di diritto dell’Unione europea possono essere disapplicate in favore delle norme di un accordo concluso dagli Stati membri con Stati terzi anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione (di seguito, “accordi preesistenti”).

L’interpretazione dell’art. 351 TFUE offerta dalla Corte di giustizia dell’Unione europea è sempre stata restrittiva, in considerazione non solo della costante giurisprudenza secondo cui le eccezioni devono essere interpretate restrittivamente affinché le regole generali non vengano svuotate del loro contenuto², ma anche della natura *extra ordinem* della clausola contenuta in tale articolo e dell’intenzione di dare sempre maggiore rilevanza al progetto di integrazione europea e agli obiettivi dell’Unione europea.

Anche per quel che riguarda l’ambito di applicazione *ratione temporis* della norma di cui al par. 1, l’impostazione prevalente della giurisprudenza e della dottrina è quella che segue un’interpretazione strettamente letterale del testo della disposizione, che non consente di applicare la clausola ad accordi stipulati successivamente alle date in esso indicate.

¹ Art. 351 TFUE: «Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall’altra. Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta. Nell’applicazione delle convenzioni di cui al primo comma, gli Stati membri tengono conto del fatto che i vantaggi consentiti nei trattati da ciascuno degli Stati membri costituiscono parte integrante dell’instaurazione dell’Unione e sono, per ciò stesso, indissolubilmente connessi alla creazione di istituzioni comuni, all’attribuzione di competenze a favore di queste ultime e alla concessione degli stessi vantaggi da parte di tutti gli altri Stati membri».

² Cfr., *ex multis*, Corte giust. 22 aprile 2010, C-346/08, *Commissione/Regno Unito*, punto 39; 26 febbraio 2015, C-6/14, *Wucher Helicopter e Euro-Aviation Versicherung*, punto 24.

Questa giurisprudenza si contrappone ad una tendenza a voler espandere il campo di applicazione temporale dell'art. 351 TFUE, rinvenuta soprattutto nel contesto di settori interessati da un'espansione delle competenze dell'Unione europea a seguito di una revisione dei Trattati, come quello degli investimenti esteri diretti.

Nel presente scritto, dopo una breve analisi del principio del primato come principio fondante di diritto dell'Unione dal carattere non assoluto, si darà conto della predetta giurisprudenza della Corte di giustizia inerente all'ambito di applicazione *ratione temporis* della deroga al primato contenuta nel par. 1 dell'art. 351 TFUE. Particolare attenzione sarà rivolta alla questione relativa alla possibilità di applicare l'art. 351 TFUE, per estensione, anche agli accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. In seguito, si passerà dal piano teorico a quello pratico, con una valutazione dell'incidenza che la suddetta giurisprudenza ha avuto nel contesto dei Trattati bilaterali di investimento extra-UE conclusi prima dell'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di investimenti esteri diretti (di seguito, "IED") ad opera del Trattato di Lisbona. In particolare, sarà data traccia di una tendenza – sviluppata soprattutto da parte di alcune istituzioni dell'Unione europea – a favore di una applicazione estensiva dell'art. 351 TFUE anche al di là delle date in esso previste. Infine, si darà risposta all'interrogativo relativo a quale sia l'attuale assetto nel campo della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

2. Il primato del diritto dell'Unione europea come principio non assoluto

Com'è noto, il principio del primato non è "assoluto"³.

³ Sul punto, v., per tutti, A. ARENA, *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *SIE*, n. 2, 2018, pp. 317-340.

Dal punto di vista normativo, tale carattere deriva dalle deroghe espresse contenute nei Trattati dell'Unione europea. Alcune di esse sottraggono una determinata fattispecie all'ambito applicativo della norma di diritto dell'Unione europea, permettendo alle norme nazionali di dettarne la disciplina. Ad esempio, l'art. 45, par. 4, TFUE, sottrae al principio della libera circolazione dei lavoratori «gli impieghi nelle pubblica amministrazione», consentendo agli Stati membri di riservare ai propri cittadini l'accesso alle forze armate, in polizia, in magistratura, in diplomazia, ecc.⁴. Altre deroghe, invece, consentono agli Stati membri di introdurre o mantenere previsioni in contrasto con una data norma europea, in nome di interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento dell'Unione. L'art. 106, par. 2, TFUE, ad esempio, consente agli Stati membri di derogare a qualsiasi norma dei Trattati, in particolare quelle in materia di concorrenza, nella misura in cui la loro applicazione alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale osti all'adempimento della «specifica missione loro affidata»⁵. Più in generale, per la salvaguardia di esigenze imperative quali l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità

⁴ Art. 45 TFUE: «1. La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata. 2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. 3. Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa importa il diritto: a) di rispondere a offerte di lavoro effettive; b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri; c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali; d) di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego. 4. Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione». V. comunicazione della Commissione, del 18 marzo 1988, Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia d'applicazione dell'articolo 48, paragrafo 4, del Trattato CEE.

⁵ Art. 106, par. 2, TFUE: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

pubblica, gli artt. 45, par. 3⁶, e 52, par. 1⁷, TFUE consentono di limitare, rispettivamente, l'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori e della libertà di stabilimento.

Alle due categorie di deroghe normative suindicate se ne aggiunge una terza, anch'essa contenuta nei Trattati dell'Unione europea, che, in sintesi, autorizza una sorta di "primato orizzontale" o di "primato internazionale", vale a dire un primato sul diritto dell'Unione europea delle norme contenute in altri trattati internazionali conclusi dagli Stati membri. Tale categoria di deroghe riposa su quanto previsto dall'art. 30, par. 2, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁸ e ha una logica diversa rispetto a quella delle precitate categorie: mentre queste ultime riposano sulla logica del mercato interno (che prende in considerazione le esigenze interne dei singoli Stati membri, anche di carattere costituzionale in senso ampio, come l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica) e, quindi, prevedono giustificazioni o esclusioni che riguardano specifiche situazioni in cui bisogna lasciare uno spazio di manovra agli Stati membri, le deroghe normative che autorizzano il "primato internazionale" si basano su una logica internazionale, appunto, e prescindono dalla materia, riferendosi in generale agli accordi internazionali. Queste ultime deroghe possono essere suddivise in due subcategorie.

La prima subcategoria riguarda gli accordi *inter se* conclusi tra gli Stati membri e ricomprende l'art. 350 TFUE⁹, che consente ai Paesi del Benelux «di mantenere in vigore, in deroga alle norme dell'Unione, le

⁶ V. nota n. 4.

⁷ Art. 52, par. 1, TFUE: «Le prescrizioni del presente capo [2 sul diritto di stabilimento] e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica».

⁸ Sul punto, sia consentito il rinvio a C. MASSA, *Gli accordi internazionali preesistenti tra Stati membri e Stati terzi nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, 2024, pp. 67-79.

⁹ Art. 350 TFUE: «Le disposizioni dei trattati non ostano all'esistenza e al perfezionamento delle unioni regionali tra il Belgio e il Lussemburgo, come pure tra il Belgio, il Lussemburgo e i Paesi Bassi, nella misura in cui gli obiettivi di tali unioni regionali non sono raggiunti in applicazione dei trattati». Per un commento all'art. 350 TFUE, v. R. MASTROIANNI, G. VITALE, *Art. 350 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 2535-2540.

norme vigenti nell'ambito della loro unione regionale, nella misura in cui detta unione regionale precorre l'attuazione del mercato interno»¹⁰.

La seconda subcategoria, invece, concerne gli accordi stipulati con Stati terzi e ricomprende due articoli, il 347 e il 351, par. 1, TFUE. L'art. 347 TFUE¹¹ «consente a uno Stato membro, in presenza di determinate circostanze eccezionali, di derogare persino a norme comunitarie fondamentali» per far fronte agli impegni internazionali assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale¹². Tale disposizione, però, non consente di derogare ai principi di libertà, di democrazia e di rispetto dei diritti dell'uomo¹³. L'art. 351, par. 1, TFUE, invece, consente che le norme di un trattato preesistente trovino applicazione in luogo delle norme di diritto dell'Unione europea, nel caso in cui vi sia un conflitto tra le stesse. La portata di questa deroga è ampia, per cui nel seguente paragrafo ne saranno brevemente disegnati i confini applicativi.

Prima, però, a fini di completezza, occorre accennare al fatto che le deroghe normative al primato del diritto dell'Unione possono essere

¹⁰ Corte giust. 14 luglio 2016, C-230/15, *Brite Strike Technologies*, punto 57.

¹¹ Art. 347 TFUE: «Gli Stati membri si consultano al fine di prendere di comune accordo le disposizioni necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato interno abbia a risentire delle misure che uno Stato membro può essere indotto a prendere nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico, in caso di guerra o di grave tensione internazionale che costituisca una minaccia di guerra ovvero per far fronte agli impegni da esso assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale».

¹² Corte giust. ord. 29 giugno 1994, C-120/94 R, *Commissione/Grecia (misure contro la Macedonia)*, punto 68. Si noti che l'art. 347 TFUE contiene anche un'altra deroga che consente l'adozione di misure volte a far fronte a «gravi agitazioni interne» ovvero a situazioni di «guerra o di grave tensione internazionale». In caso di applicazione di una delle due deroghe previste nel suddetto articolo è previsto l'avvio di una specifica procedura: gli Stati membri devono consultarsi al fine di prendere, di comune accordo, le misure necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato comune risenta delle misure adottate da uno di essi. Tale procedura, com'è evidente, non ha carattere *comunitario* bensì *intergovernativo*, non prevedendo la partecipazione della Commissione e consentendo l'adozione delle misure «di comune accordo». L'attività di consultazione prevista dall'articolo è obbligatoria ma essa non implica l'adozione, al suo termine, di un provvedimento comune. Di conseguenza, lo Stato può sempre adottare misure derogatorie unilaterali, anche se non è riuscito a trovare un accordo con i suoi pari. Per un commento all'art. 347 TFUE, v. F. SCIAUDONE, *Art. 347 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 2521-2524.

¹³ Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05 e C-415/05 P, *Kadi/Consiglio e Commissione*, punti 303-304.

contenute anche in atti di diritto derivato nonché negli accordi di adesione di Stati terzi all'Unione (o negli atti ad essi allegati). Ad esempio, la direttiva 91/498/CEE¹⁴ contenente alcune deroghe temporanee alle norme sanitarie specifiche dell'Unione in materia di produzione e immissione sul mercato di carni fresche di cui alla direttiva 64/433/CEE, all'art. 2, par. 1, consentiva agli Stati membri di autorizzare temporaneamente alcuni stabilimenti a derogare a certi requisiti previsti nell'allegato I alla direttiva 64/433/CEE stessa¹⁵. L'art. 37, par. 1 e 3, dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Croazia all'Unione, invece, prevedeva che la Croazia potesse adottare, nel termine di tre anni dall'adesione, alcune misure di salvaguardia che comportassero deroghe alle norme del TUE o del TFUE, al fine di adattare un determinato settore dell'attività economica all'economia del mercato interno¹⁶.

Inoltre, anche dal punto di vista giurisprudenziale emerge il carattere non assoluto del principio del primato. Infatti, non solo la Corte di giustizia ha individuato dei limiti "interni" all'applicazione di tale principio (ossia la «tutela dei diritti fondamentali» informata alle

¹⁴ Direttiva 91/498/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa alla concessione di deroghe temporanee e limitate alle norme sanitarie specifiche della Comunità in materia di produzione e immissione sul mercato di carni fresche.

¹⁵ Art. 2, par. 1, della direttiva 91/498/CEE: «Fino al 31 dicembre 1995, ad eccezione della Svezia, per le quali la data è quella del 31 dicembre 1996, e dell'Austria e della Finlandia, per le quali la data è quella del 31 dicembre 1997, gli Stati membri possono autorizzare gli stabilimenti che alla data di notifica della presente direttiva non siano stati giudicati conformi ai requisiti previsti dalla direttiva 64/433/CEE ai fini del loro riconoscimento, a derogare ad alcuni requisiti previsti ai punti da 1 a 14 dell'allegato I della direttiva 64/433/CEE sempreché le carni provenienti da detti stabilimenti siano munite del marchio nazionale».

¹⁶ Art 37 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Croazia all'Unione, allegato al Trattato di adesione della Croazia all'Unione, del 24 aprile 2012: «1. Entro la fine di un periodo massimo di tre anni dalla data di adesione, in caso di difficoltà gravi di un settore dell'attività economica che siano suscettibili di protrarsi, come anche in caso di difficoltà che possano determinare grave perturbazione nella situazione economica di una data area, la Croazia può chiedere di essere autorizzata ad adottare misure di salvaguardia che consentano di ristabilire la situazione e di adattare il settore interessato all'economia del mercato interno. [...] 3. Le misure autorizzate ai sensi del presente articolo possono comportare deroghe alle norme del TUE, del TFUE e del presente atto, nei limiti e nei termini strettamente necessari per raggiungere gli scopi di tale salvaguardia. È accordata la precedenza alle misure che turbano il meno possibile il funzionamento del mercato interno».

«tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri»¹⁷ ma alcune giurisdizioni nazionali – Corti costituzionali italiana e tedesca *in primis* – hanno anche cercato di apporre ulteriori limiti “esterni”¹⁸. Sebbene questi ultimi non siano formalmente suscettibili di condurre ad un temperamento del principio del primato nella prospettiva del diritto dell’Unione europea, posto che la prassi successiva degli Stati membri non assume rilievo ai fini dell’interpretazione delle norme di diritto dell’Unione europea, i moniti posti dai giudici costituzionali nazionali sono comunque atti ad influenzare la Corte di giustizia nell’interpretazione dei limiti “interni” al principio del primato, al fine di evitare l’insorgenza di conflitti interordinamentali¹⁹.

3. La portata applicativa dell’art. 351 TFUE

Come visto, l’art. 351, par. 1, TFUE contiene una cosiddetta “clausola di subordinazione”, che si traduce in una deroga al principio del primato del diritto dell’Unione²⁰, in quanto consente che tale diritto

¹⁷ Corte giust. 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3.

¹⁸ V., ad esempio, le sentenze *Frontini* (Corte cost. sent. 18 dicembre 1973, n. 183, punto 9 della parte in diritto, in cui si afferma che le limitazioni di sovranità concesse a favore della Comunità non possono «comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»). Tale limite “esterno” era già stato delineato nella precedente sentenza della Corte cost. sent. 16 dicembre 1965, n. 98, *Acciaierie San Michele*, punto 2, in cui si legge che gli «effetti interni» del diritto comunitario «vanno determinati senza pregiudizio (...) dei diritti inviolabili dell’uomo») e *M.A.S.* (Corte cost. ord. 26 gennaio 2017, n. 24) in Italia; *Solange I* (Corte cost. sent. 29 maggio 1974, BvL 52/71) e *Gauweiler* (Corte cost. sent. 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13) in Germania; *Houlbec* (Corte cost. sent. 31 gennaio 2012, Pl.U.s 5/12) in Repubblica Ceca; *Ajos* (Corte cost. sent. 6 dicembre 2016, 15/2014) in Danimarca.

¹⁹ A. ARENA, *op. cit.*, p. 339.

²⁰ V., sul punto, la recente sentenza della Corte giust. 28 ottobre 2022, C-435/22 PPU, *Procedimento penale a carico di HF*, punto 119, in cui si legge che «l’articolo 351, primo comma, TFUE è una norma che, ove siano soddisfatte le sue condizioni di applicazione, può consentire deroghe all’applicazione del diritto dell’Unione, ivi compreso il diritto primario», nonché la più risalente sentenza della Corte giust. 14 gennaio 1997, C-124/95, *Centro-Com*, punti 56-61 e *Kadi/Consiglio e Commissione*, sopra citata, punto 301. In dottrina, cfr. R. SCHÜTZE, *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2007, pp. 387-440, il quale parla di «suspended primacy»; A. ROSAS, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 34, n.

possa essere disapplicato nel caso in cui contrasti con accordi preesistenti.

Così, nell'ipotesi in cui uno Stato membro emani delle disposizioni interne in contrasto con il diritto dell'Unione, allo scopo di adempiere agli obblighi scaturenti da un accordo preesistente, qualunque disposizione del diritto dell'Unione, sia primario²¹ che derivato²², ancorché dotata di efficacia diretta²³, non potrà trovare applicazione all'interno di detto Stato²⁴. La sola eccezione all'applicazione della deroga di cui all'art. 351, par. 1, TFUE riguarda i «principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario», quali i principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che non possono in alcun caso essere messi in discussione²⁵.

Per comprendere a fondo i termini di questa deroga al primato, occorre fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che in più occasioni ha dovuto interpretare l'art. 351 TFUE. Atteso che una ricostruzione dell'intera giurisprudenza sul punto esula dall'obiettivo del presente scritto, di seguito ci si soffermerà sugli aspetti relativi all'ambito di applicazione temporale di tale articolo²⁶.

5, 2011, p. 1321; K. VON PAPP, *Solving Conflicts with International Investment Treaty Law from an EU Law Perspective: Article 351 TFEU Revisited*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, p. 327.

²¹ *Centro-Com*, sopra citata, punto 61; *HF*, sopra citata, punto 119.

²² Corte giust. 1° febbraio 2005, C-203/03, *Commissione/Austria*, punto 60.

²³ Corte giust. 2 agosto 1993, C-158/91, *Procedimento penale contro Jean-Claude Levy*, punti 9 e 22. Per un commento, v. J. R. BARBERO, *Una revision del articulo 234 del TCE: la sentencia Levy dictada por el TJCE el 2 agosto de 1993*, in *Revista de Instituciones europeas*, vol. 21, n. 1, 1994, pp. 481-498.

²⁴ Corte giust. 3 febbraio 1994, C-13/93, *Office national de l'emploi (Onem)/Madeleine Minne*, punti 17 e 19. Pur se nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, non spetterà alla Corte, ma al giudice nazionale, accertare il contenuto degli obblighi imposti da un accordo anteriore e stabilire, di conseguenza, i termini in cui tali obblighi ostino all'applicazione di norme di diritto dell'Unione eventualmente in rilievo.

²⁵ *Kadi/Consiglio e Commissione*, sopra citata, punti 301, 303-304.

²⁶ Per una ricostruzione dell'intera giurisprudenza sul punto, sia consentito rinviare a C. MASSA, *op. cit.*, pp. 102-153.

3.1. *L’ambito di applicazione temporale dell’art. 351 TFUE*

L’analisi dell’ambito di applicazione *ratione temporis* dell’art. 351 TFUE può essere affrontata da diversi punti di vista²⁷.

In primo luogo, ci si può focalizzare sull’utilizzo, nel testo del TFUE, della parola “conclude” con riferimento alle convenzioni anteriori al 1° gennaio 1958 o alla data della loro adesione. In dottrina²⁸ è stato rilevato che un’interpretazione letterale del testo potrebbe indurre a pensare che il TFUE non ostacoli i diritti e gli obblighi derivanti da accordi “firmati” prima delle suddette date, anche se tali accordi sono entrati in vigore successivamente ad esse²⁹. La Corte è stata vaga su questo punto. In alcuni casi ha specificato che l’accordo preesistente dovesse essere stato sia firmato che ratificato prima dell’entrata in vigore dei Trattati dell’Unione europea³⁰; in altri casi ha semplicemente ignorato la differenza giuridica tra i due atti³¹. Tuttavia,

²⁷ Per ragioni di spazio, non saranno prese in considerazione questioni più specifiche attinenti all’ambito di applicazione temporale dell’art. 351 TFUE, quali quella della successiva revisione di accordi preesistenti e della successiva adesione ad accordi multilaterali preesistenti, che pure sono state affrontate dalla Corte di giustizia (cfr., per la questione della revisione, le conclusioni dell’Avv. gen. Tizzano, del 31 gennaio 2002, C-466/98, *Commissione/Regno Unito*, punto 135, nonché le sentenze della Corte giust. 5 novembre 2002, C-467/98, *Commissione/Danimarca*, punto 39; 5 novembre 2002, C-468/98, *Commissione/Svezia*, punto 37; 5 novembre 2002, C-469/98, *Commissione Finlandia*, punto 39; 5 novembre 2002, C-471/98, *Commissione/Belgio*, punto 50; 5 novembre 2002, C-472/98, *Commissione/Lussemburgo*, punto 45; 5 novembre 2002, C-475/98, *Commissione/Austria*, punto 48; 5 novembre 2002, C-476/98, *Commissione/Germania*, punto 69; per la questione della successiva adesione, cfr. Corte giust. 18 novembre 2003, C-216/01, *Budvar*, punti 149-173). In dottrina, cfr. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Hacia una política transatlántica de cielos abiertos*, in *RDCE*, n. 14, 2003 pp. 241-264; L. SICO, *Il diritto comunitario del trasporto aereo e gli accordi Open Sky individualmente conclusi con gli Stati Uniti da alcuni Stati membri*, in *DPCE*, 2003 pp. 475-481; C. TUO, *Il trasporto aereo nell’Unione europea tra libertà fondamentali e relazioni esterne*, Torino, 2008.

²⁸ P. MANZINI, *The Priority of Pre-existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *EJIL*, n. 12, 2001, p. 785.

²⁹ Si ricordi che, ai sensi dell’art. 2, lettera b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il consenso a essere vincolati a un trattato è espresso dai termini «ratifica», «accettazione», «approvazione» o «adesione». D’altra parte, il termine “conclusione” è utilizzato nell’art. 6 della Convenzione per indicare in generale la capacità degli Stati.

³⁰ Corte giust. 14 ottobre 1980, 812/79, *Burgoa*, punto 7.

³¹ *Centro-Com*, sopra citata, punto 61.

si può propendere per un'interpretazione della norma nel senso di un riferimento agli accordi "entrati in vigore" prima dei Trattati dell'Unione europea, e non a quelli semplicemente "firmati" prima, sulla base di un riferimento all'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: tale articolo, infatti, nel regolare l'applicazione di trattati successivi relativi allo stesso oggetto, si riferisce sempre a trattati di cui gli Stati "sono parti", vale a dire a trattati in vigore tra di loro.

In secondo luogo, l'analisi dell'ambito di applicazione *ratione temporis* dell'art. 351 TFUE può essere affrontata soffermandosi sulle date indicate nel testo della disposizione e interrogandosi sulla possibilità di estendere il campo di applicazione della norma al di là di tali date.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, può affermarsi che gli accordi che possono prevalere sul diritto dell'Unione europea a norma dell'art. 351, par. 1, TFUE sono esclusivamente quelli conclusi prima del 1° gennaio 1958 (data di entrata in vigore del Trattato di Roma) o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione. Qualsiasi accordo successivo a dette date è escluso dal campo di applicazione di suddetta norma³², anche se concluso anteriormente alla data in cui l'Unione è divenuta competente nel

³² In dottrina, v., P. MANZINI, *op. cit.*, p. 786, il quale ha escluso espressamente l'applicabilità dell'art. 351 TFUE agli accordi conclusi «after the entry into force of the EC Treaty but before the full exercise by the Community of its functions in the matter», in primo luogo, sulla base della «literal interpretation of paragraph 1» e, in secondo luogo, perché in tale situazione gli Stati membri avevano comunque l'obbligo di non ostacolare il futuro esercizio dei poteri comunitari. V. anche A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011, pp. 306-307, il quale afferma che: «an expansion of the scope of Article 351 TFEU in order to cover post-accession agreements concluded before EU competence became exclusive in a specific field goes against the narrow scope of Article 351 TFEU [...] In that regard, Member States BITs are incompatible with EU law to the extent that they regulate FDI». In senso contrario, v. L. PANTALEO, *Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 19, n. 2, 2014, pp. 307-324; J. P. TERHECHTE, *Art. 351 TFEU, the Principle of Loyalty and the Future Role of the Member States' Bilateral Investment Treaties*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2011, p. 85; T. EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *CMLR*, n. 46, 2009, pp. 383-429; K. M. MEESSEN, *The Application of Rules of Public International Law within Community Law*, in *CMLR*, n. 13, 1976, p. 491.

settore interessato dalla convenzione in questione. Quest’ultimo aspetto è stato chiarito dalla Corte di giustizia di recente, nella sentenza *HF*³³. In effetti, secondo la Corte, gli Stati membri hanno deliberatamente escluso la possibilità di far prevalere tali accordi sul diritto dell’Unione europea in virtù dell’art. 351, par. 1, TFUE in quanto, pur avendone occasione al momento dell’adozione dei Trattati di Nizza e di Lisbona, essi non hanno modificato le date fissate dal Trattato di Amsterdam (i. e. il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, la data della loro adesione), pur consapevoli del fatto che le competenze dell’Unione evolvono in modo significativo nel tempo, anche in settori oggetto di convenzioni concluse con Stati terzi. Pertanto, secondo la Corte, «[la] disposizione derogatoria [dell’art. 351, par. 1, TFUE] deve essere interpretata nel senso che essa riguarda solo le convenzioni concluse anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione»³⁴.

Atteso che si tratta della prima volta in cui la Corte si esprime in termini così espliciti sul punto, pur avendone avuto occasione in precedenti sentenze, e considerato il contesto specifico in cui si inserisce la sopracitata frase della Corte (*v. infra*, par. 3.1.1. (i) a)), al fine di poter ritenere definitivamente chiarita la questione, sarebbe opportuno disporre di una riconferma di questa giurisprudenza in altre future sentenze. Nel mentre, si è spinti ad approfondire la questione relativa alla possibilità di applicare l’art. 351 TFUE, per estensione, all’ipotesi di accordi stipulati dopo le date in esso fissate ma prima che l’Unione diventi competente nella materia oggetto dell’accordo.

³³ *HF*, sopra citata, punti 115-127. Per un commento a questa sentenza, v. S. MONTALDO, *Three (r)evolutions in a row: ne bis in idem, extradition agreements and the temporal scope of Article 351(1) TFEU: Generalstaatsanwaltschaft München vs HF (C-435/22 PPU)*, in *EU Law Live*, 17 November 2022, reperibile online; L. PANTALEO, *The Court of Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU: End of the Story?*, in *EP*, vol. 7, n. 3, 2022, pp. 1005-1011.

³⁴ *HF*, sopra citata, punto 126.

3.1.1. *L'applicazione dell'art. 351 TFUE agli accordi stipulati dagli Stati membri dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo*

La riflessione sulla possibilità di applicare la clausola di subordinazione di cui all'art. 351, par. 1, TFUE ad accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima dell'attribuzione della competenza oggetto dell'accordo all'Unione, deve essere affrontata distinguendo le ipotesi in cui tale attribuzione sia poi avvenuta (i) *espressamente*, a) per revisione del diritto primario o b) attraverso l'utilizzo della clausola di flessibilità *ex art. 352 TFUE*³⁵, o (ii) *implicitamente*, sulla base della cosiddetta “teoria dei poteri impliciti”³⁶.

(i) a) *Espansione delle competenze dell'Unione europea a seguito di revisione del diritto primario*

Il caso degli accordi internazionali conclusi dopo le date di cui all'art. 351, par. 1, TFUE ma prima dell'attribuzione espressa per revisione del diritto primario di una competenza all'Unione è particolarmente simile (ma, beninteso, non uguale) alla fattispecie

³⁵ Art. 352 TFUE: «Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo». Sul punto, v. *ex multis*, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea – parte istituzionale*, Torino, 2023, pp. 83 e 84.

³⁶ Sul punto, v. *ex multis*, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 84. In estrema sintesi, la cosiddetta “teoria dei poteri impliciti” è stata formulata dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza e comporta la possibilità di riconoscere all'Unione poteri non espressamente conferiti dai Trattati ma che risultino indispensabili per un esercizio efficace ed appropriato delle competenze già attribuite. Cfr. *ex multis*, Corte giust. 9 luglio 1987, 281/85, 283/85, 285/85, 287/85, *Germania/Commissione*; 12 luglio 1973, 8-73, *Hauptzollamt Bremerhaven/Massey-Ferguson*; 17 dicembre 1970, 11/70, *Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

effettivamente regolata dal TFUE all’art. 351. In effetti, il conferimento di una nuova competenza all’Unione europea mediante una riforma del diritto primario crea una situazione che, dal punto di vista della libertà negoziale internazionale degli Stati membri, è paragonabile alla creazione della Comunità o all’adesione all’Unione³⁷. Infatti, così come gli Stati membri sono stati liberi di stipulare accordi internazionali prima della creazione della Comunità o prima di aderire alle Comunità o all’Unione, così sono liberi di farlo fino a quando una competenza non è formalmente attribuita all’Unione, al netto del rispetto dei principi, valori e obiettivi da tener presente in quanto già membri dell’organizzazione internazionale dell’Unione. La similitudine tra le suddette fattispecie è tale da poter valutare una possibile “applicazione *per analogia*” dell’art. 351, par. 1, TFUE ai succitati accordi piuttosto che una “applicazione *per estensione*”, sulla base della logica “*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*”³⁸.

In effetti, l’Avvocato generale Sharpston, nell’ambito del procedimento relativo al parere sull’Accordo di libero scambio tra Unione europea e Singapore, ha manifestato un’apertura verso quella che potrebbe esser definita “teoria dell’applicazione analogica” dell’art. 351 TFUE. Partendo dal presupposto che nessuna disposizione del Trattato contiene un elenco degli obblighi incombenti agli Stati membri che concludono accordi internazionali con Paesi terzi (o con organizzazioni internazionali) dopo la loro adesione all’Unione europea, e che, dunque, essi possono agire in tal senso solo nei settori che rientrano nelle loro competenze e a condizione di rispettare il diritto dell’Unione, l’Avvocato generale Sharpston afferma che: «[s]e successivamente intervenissero mutamenti nella ripartizione delle competenze tra l’Unione europea e gli Stati membri, e la prima acquisisse ulteriori competenze di natura esclusiva, non vedo perché non si dovrebbero più applicare le regole stabilite dall’articolo 351 TFUE. Gli Stati membri sarebbero comunque tenuti ad adottare tutte le misure atte a garantire che gli accordi esistenti nel settore considerato,

³⁷ S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell’Unione europea e Stati terzi*, Torino, 2018, pp. 309-314; L. PANTALEO, *Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence*, cit., pp. 315-324; J. P. TERHECHTE, *op. cit.*, p. 85; T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, pp. 383-429; K. M. MEESSEN, *op. cit.*, p. 491.

³⁸ “Dov’è una stessa ragione di legge, ivi deve aver vigore la medesima norma”.

divenuti nel frattempo vincolanti per l'Unione europea, siano compatibili con la nuova ripartizione delle competenze e con qualsiasi azione intrapresa successivamente dall'Unione europea nell'esercizio delle sue competenze»³⁹.

Idee analoghe a quelle dell'Avvocato generale Sharpston sono state esposte dall'Avvocato generale Collins nelle sue conclusioni rese nell'ambito del procedimento pregiudiziale *HF* ad ottobre 2022⁴⁰, in accoglimento di quanto sostenuto dal giudice nazionale del rinvio, l'*Oberlandesgericht München* (Tribunale superiore del Land, Germania), nella sua domanda pregiudiziale del luglio 2022⁴¹.

In particolare, il giudice tedesco ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione di alcune norme di diritto dell'Unione che avrebbero potuto ostare al rispetto di un obbligo di diritto internazionale della Germania nei confronti degli Stati Uniti d'America, derivante dall'Accordo di estradizione tra la Germania e gli Stati Uniti d'America del 20 giugno 1978 (in seguito, "Accordo di estradizione"). Nel porre il quesito pregiudiziale, il giudice tedesco fa presente che, a suo parere, tale conflitto dovrebbe essere superato in virtù di un'interpretazione ampia dell'art. 351, par. 1, TFUE, che permetta di assimilare l'Accordo di estradizione entrato in vigore il 30 luglio 1980 ad un accordo "preesistente" ai sensi del predetto articolo e di farlo così prevalere sul diritto dell'Unione. Tale accordo, infatti, è entrato in vigore dopo il 1958 (anno in cui la Germania ha siglato i Trattati di Roma con gli altri Paesi fondatori) ma comunque prima che le questioni del *ne bis in idem* a livello europeo e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale rientrassero nell'ambito di competenza dell'Unione per riforma del diritto primario⁴². La Germania non poteva prevedere nel 1980 che l'Unione avrebbe assunto

³⁹ Conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston, del 21 dicembre 2016, parere 2/15, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, par. 389.

⁴⁰ Conclusioni dell'Avv. gen. Collins, del 13 ottobre 2022, C-435/22 PPU, *Procedimento penale a carico di HF*.

⁴¹ Domanda pregiudiziale che ha dato luogo alla causa C-435/22 PPU, *Procedimento penale a carico di HF*, punti 27-28.

⁴² L'Unione è divenuta competente nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale soltanto a seguito dell'entrata in vigore, anzitutto, del Trattato di Maastricht, il 1° novembre 1993, e, successivamente, del Trattato di Amsterdam, il 1° maggio 1999, date successive a quella dell'entrata in vigore del trattato di estradizione Germania-Stati Uniti d'America.

ed esercitato suddette competenze, quindi, secondo il giudice tedesco, dovrebbe essere applicata la “teoria dell’applicazione analogica” dell’art. 351 TFUE⁴³.

L’Avvocato generale Collins aderisce alla posizione del giudice tedesco remittente (peraltro sostenuto dal governo tedesco e dalla Commissione⁴⁴), ritenendo che la Germania, allorché ha concluso con gli Stati Uniti d’America l’Accordo di estradizione, si trovasse in una situazione analoga a quella di cui all’art. 351, par. 1, TFUE⁴⁵.

La Corte di giustizia, in Grande Sezione, nella sentenza *HF* dell’ottobre 2022⁴⁶, non ha accolto le posizioni del giudice remittente tedesco e dell’Avvocato generale Collins, ribadendo il suo orientamento restrittivo nell’interpretazione dell’art. 351 TFUE. Questa volta, però, a differenza di precedenti sentenze dalle quali si può semplicemente dedurre una visione contraria all’applicazione estensiva o analogica di detto articolo ad accordi conclusi successivamente alle date in esso contenute⁴⁷, il testo della sentenza contiene alcune affermazioni *expressis verbis* che lasciano molto poco spazio a dubbi interpretativi e che quindi sembrano sancire definitivamente quale sia la portata temporale dell’art. 351 TFUE.

In particolare, la Corte intraprende il suo ragionamento a partire da un richiamo alla sua giurisprudenza consolidata sulla necessità di interpretare le eccezioni in modo restrittivo⁴⁸. Aderire a tale giurisprudenza, secondo la Corte, è ancor più importante in relazione ad una norma come l’art. 351 TFUE, «in quanto tale disposizione consente di derogare non a un principio concreto, bensì all’applicazione

⁴³ Peraltro, il giudice del rinvio considera che le modifiche apportate dal primo Accordo aggiuntivo e dal secondo Accordo aggiuntivo non mutano affatto tale situazione. Il primo Accordo aggiuntivo non costituirebbe una rinegoziazione fondamentale dell’Accordo di estradizione Germania-Stati Uniti d’America e sarebbe entrato in vigore già l’11 marzo 1993. Con il secondo Accordo aggiuntivo, la Germania si sarebbe limitata a trasporre la Convenzione di estradizione tra l’Unione e gli Stati Uniti d’America del 25 giugno 2003 e non sarebbe stata adottata alcuna disposizione specifica relativa all’applicazione del principio del *ne bis in idem* “su scala europea”.

⁴⁴ Conclusioni dell’Avv. gen. Collins in *HF*, cit., par. 72.

⁴⁵ *Ibidem*, parr. 69-74.

⁴⁶ *HF*, sopra citata.

⁴⁷ V., per tutte, Corte giust. 14 luglio 1976, 3/76, 4/76 e 6/76, *Kramer*. In dottrina, P. MANZINI, *op. cit.*, p. 786.

⁴⁸ *HF*, sopra citata, punto 120.

di qualsiasi disposizione dei trattati»⁴⁹. «Inoltre, una siffatta interpretazione restrittiva si impone anche alla luce dell'obbligo incombente agli Stati membri, in forza dell'articolo 351, secondo comma, TFUE, di ricorrere a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità esistenti tra una convenzione e i trattati»⁵⁰.

Poste tali premesse, la Corte procede ad una lettura storico-letterale del testo dell'art. 351, par. 1, TFUE, ricordando che il previgente art. 234 del Trattato CEE è stato riformulato in occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam il 1° maggio 1999, con la previsione di un nuovo ambito di applicazione temporale della regola in esso contenuta: in particolare, le parole «anteriormente all'entrata in vigore del presente trattato» sono state sostituite dalle parole «anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione»⁵¹. Ebbene, il fatto che al momento dell'adozione dei successivi Trattati di Nizza e di Lisbona gli Stati membri non abbiano provveduto ad ulteriori nuove modifiche della disposizione in questione (in particolare non avendo preveduto «la possibilità di prendere in considerazione, ai fini dell'articolo 351, primo comma, TFUE, la data in cui l'Unione è divenuta competente in un determinato settore») viene interpretato dalla Corte come una chiara manifestazione della loro volontà di riconfermare che gli unici accordi che possono rientrare nella deroga al principio del primato sono quelli conclusi entro le date stabilite ad Amsterdam⁵². Secondo la Corte, tale volontà è stata espressa nella piena coscienza che le competenze dell'Unione evolvono in modo significativo nel tempo, anche in settori oggetto di convenzioni concluse con Stati terzi⁵³. Pertanto, è da riferire alla medesima volontà degli Stati membri l'esclusione della possibilità di far rientrare gli accordi conclusi dopo le date indicate nell'art. 351, par. 1, TFUE ma prima del momento in cui l'Unione diventa competente in una determinata materia nel campo di applicazione della norma.

⁴⁹ *Ibidem*, punto 121.

⁵⁰ *Ibidem*, punto 122. Le argomentazioni contenute nei punti da 120 a 122 sono state ritenute superflue dalla dottrina. V. L. PANTALEO, *The Court of Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU*, cit., p. 1010.

⁵¹ *HF*, sopra citata, punto 123.

⁵² *Ibidem*, punto 124.

⁵³ *Ibidem*, punto 125.

La declaratoria di inapplicabilità dell'art. 351, par. 1, TFUE all'accordo di estradizione Germania-USA cui la Corte giunge nella sentenza *HF*⁵⁴ avrebbe potuto essere motivata semplicemente alla luce delle considerazioni appena esposte. Invece, facendosi portavoce della suddetta volontà degli Stati membri, la Corte aggiunge, più in generale, che: «tale disposizione derogatoria [dell'art. 351, par. 1, TFUE] deve essere interpretata nel senso che essa riguarda solo le convenzioni concluse anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione»⁵⁵. Tale statuizione, ulteriore e generica, può essere interpretata nel senso di riflettere una posizione della Corte di totale chiusura rispetto a qualsiasi applicazione estensiva o analogica dell'art. 351, par. 1, TFUE. Se si accetta tale visione, può giungersi alla conclusione che con la sentenza *HF* la Corte ha ormai fissato in maniera cristallina e indiscutibile qual è la portata temporale dell'art. 351, par. 1, TFUE.

Tuttavia, non può non osservarsi che si tratta della prima volta in cui la Corte si esprime in termini così espliciti sul punto, pur avendone avuto occasione in precedenti sentenze. Peraltro, la sentenza è stata resa al termine di un procedimento pregiudiziale d'urgenza, in una materia particolarmente sensibile (i.e. quella dell'extradizione e della protezione dei diritti umani), e in un caso in cui una conclusione di segno opposto (ossia a favore dell'applicabilità, ai sensi dell'art. 351, par. 1, TFUE, dell'accordo di estradizione Germania-USA in luogo del diritto dell'Unione europea, segnatamente del principio del *ne bis in idem*) avrebbe portato ad un peggioramento della posizione del signor HF, comportando la sua estradizione ai fini dell'esercizio di un'azione penale per fatti già oggetto di una sentenza passata in giudicato⁵⁶. Pertanto, al fine di poter ritenere definitivamente chiarita la questione dell'applicabilità dell'art. 351, par. 1, TFUE oltre i limiti temporali in esso stabiliti, sarebbe opportuno disporre di una riconferma della giurisprudenza *HF* in altre future sentenze, che escluda anche qualsiasi attenuazione del *dictum* per materie diverse e “meno sensibili”.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 127.

⁵⁵ *Ibidem*, punto 126.

⁵⁶ V., in particolare, i punti 32 e 37 della sentenza *HF*, sopra citata.

Per il momento, è immaginabile che dietro la statuizione della Corte si celi non già l'intenzione di salvaguardare i diritti umani sulla scia di quanto affermato nella nota sentenza *Kadi I*⁵⁷ (mai citata, per questo aspetto, nella sentenza *HF*), quanto una volontà di assicurare la tenuta sistemica, passando per la salvaguardia di un principio fondante del diritto dell'Unione quale quello del primato. Tale approccio è assolutamente condivisibile, atteso che la clausola di subordinazione di cui all'art. 351, par. 1, TFUE è del tutto eccentrica rispetto al sistema generale dell'Unione. Tale disposizione, dunque, deve essere interpretata in maniera letterale e restrittiva, perché si tratta di una deroga, sì, voluta dagli Stati, ma ai principi di fondo del sistema dell'Unione europea.

La Corte di giustizia ha da sempre affermato la propria competenza esclusiva a interpretare le deroghe espresse inserite nei Trattati, e la sua giurisprudenza sul punto è sempre stata restrittiva. Ciononostante, con particolare riferimento alle deroghe al principio del primato, la Corte si è mostrata, per certi versi, più flessibile. Nello specifico, essa si è dimostrata ricettiva ai *valori* giuridici tutelati a livello nazionale, talvolta persino lasciando ai giudici nazionali l'ultima parola nel bilanciamento degli interessi in gioco⁵⁸. Al contrario, una chiusura totale si è sempre registrata nei confronti degli *interessi* nazionali, e infatti la Corte è arrivata ad affermare che: «[i]l fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità [...] scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario»⁵⁹. Allora, nel caso qui in esame, ossia quello di una possibile deroga al principio del primato per dare applicazione ad un accordo internazionale in contrasto con il diritto dell'Unione europea, la Corte ha probabilmente ravvisato la presenza non già di un *valore* nazionale meritevole di tutela, bensì di un *interesse* dello Stato di

⁵⁷ *Kadi/Consiglio e Commissione*, sopra citata, punti 301, 303-304.

⁵⁸ Come nelle sentenze della Corte giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*; 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, punti 78-79.

⁵⁹ Corte giust. 7 febbraio 1973, 39/72, *Commissione/Italia*, punti 24 e 25.

adempiere ai propri obblighi internazionali oltre i limiti (temporali) stabiliti dal Trattato all'art. 351 TFUE. Tuttavia, per non addentrarsi in questo discorso, obiettivamente complesso, la Corte ha imperniato la sentenza *HF* sull'elemento della volontà degli Stati membri. Così facendo, sembra che la Corte abbia voluto sostenere che la volontà espressa da tali Stati in occasione dell'adozione dei Trattati di Nizza e di Lisbona, di riconfermare che gli unici accordi che possono rientrare nella deroga al principio del primato di cui all'art. 351, par. 1, TFUE sono quelli conclusi entro le date stabilite ad Amsterdam, non può scontrarsi con la volontà, espressa in tempi successivi, di adempiere ad obblighi internazionali incompatibili con il diritto dell'Unione europea assunti dopo le date fissate dalla suddetta norma del Trattato.

(i) b) Espansione delle competenze dell'Unione europea per utilizzo della clausola di flessibilità ex art. 352 TFUE

Quanto affermato nel paragrafo precedente in merito alla possibilità di applicare per estensione l'art. 351 TFUE anche agli accordi internazionali conclusi dopo le date in esso previste ma prima dell'attribuzione espressa per revisione del diritto primario della competenza nella materia oggetto dell'accordo all'Unione può ritenersi valido anche nel caso di attribuzione espressa della competenza per utilizzo della clausola di flessibilità *ex art. 352 TFUE*. In effetti, in entrambi i casi l'assetto del riparto delle competenze muta a seguito dell'incontro della volontà di tutti gli Stati membri, compreso lo Stato che ha stipulato l'accordo internazionale in questione. Nel caso della revisione dei Trattati, gli Stati membri si accordano all'unanimità al fine di adattare il quadro della legislazione e delle politiche dell'Unione alle nuove sfide che questa deve affrontare; nel caso dell'attivazione della clausola di flessibilità, gli Stati membri decidono, sempre all'unanimità⁶⁰, di ampliare i poteri dell'Unione qualora una misura risulti necessaria per raggiungere uno degli obiettivi dei Trattati e

⁶⁰ Dal testo dell'art. 352 TFUE si evince facilmente che le misure devono essere adottate dal Consiglio con deliberazione all'unanimità, su proposta della Commissione e dopo l'approvazione da parte del Parlamento europeo. Tali misure non possono prevedere l'armonizzazione delle leggi degli Stati membri nei settori in cui i trattati lo escludono.

qualora i Trattati non prevedano l'autorità giuridica necessaria. Il coinvolgimento nelle predette procedure di uno Stato membro che ha concluso un accordo internazionale in una determinata materia dopo le date indicate nell'art. 351 TFUE e la manifestazione della sua volontà di attribuire la competenza nella stessa materia all'Unione rende ingiustificabile l'eventuale successiva invocazione da parte di tale Stato della clausola di subordinazione contenuta nell'art. 351, par. 1, TFUE al fine di rendere inoperanti nei suoi confronti, in caso di conflitto con i suoi obblighi internazionali, le nuove norme di diritto dell'Unione. Infatti, appare logico ritenere che al momento della revisione del Trattato o dell'applicazione della clausola di flessibilità lo Stato membro in questione aderisce ad una nuova parte del progetto di integrazione europea, accettando il rischio che si possa venire a determinare un contrasto con i suoi obblighi internazionali precedentemente assunti, cui dovrà far fronte in virtù, tra l'altro, del principio di leale cooperazione ex art. 4, par. 3, TUE.

Di diverso parere è stato l'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni nel caso *Commune de Mesquer*⁶¹, in cui si contrapponevano il Comune di Mesquer e la società Total, relativamente al risarcimento dei danni causati dai rifiuti sversati sul territorio del menzionato Comune in seguito al naufragio della petroliera Erika. In tale caso venivano in rilievo la Convenzione internazionale del 29 novembre 1969 sulla responsabilità civile per i danni dovuti a inquinamento da idrocarburi (cosiddetta "Convenzione CLC"), ratificata dalla Francia, Stato membro fondatore, in data 11 marzo 1975, e la direttiva quadro sui rifiuti 75/442/CEE adottata dal Consiglio in data 15 luglio 1975 sulla base della clausola di flessibilità (allora art. 235 Trattato CEE). Nei paragrafi in cui affrontava la questione del contrasto tra le disposizioni della Convenzione CLC e l'art. 15 della predetta direttiva, l'Avvocato generale ha lapidariamente affermato che «un'applicazione per analogia dell'art. [351, par. 1, TFUE] [...] è ipotizzabile quando un obbligo internazionale di uno Stato membro entra in conflitto con un provvedimento di diritto secondario adottato successivamente»⁶². Tale

⁶¹ Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 13 marzo 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*.

⁶² *Ibidem*, punto 94.

questione, però, non è né stata ulteriormente approfondita dall'Avvocato generale, per mancanza di rilevanza ai fini della risoluzione della controversia, né ripresa dalla Corte nella relativa sentenza. In mancanza di argomentazioni ulteriori, è difficile comprendere a fondo e valutare le motivazioni che hanno spinto l'Avvocato generale ad una tale asserzione. Pertanto, ci si può limitare soltanto a rilevare che la suddetta affermazione ha carattere molto generale, in quanto non si riferisce esclusivamente ai provvedimenti di diritto secondario adottati sulla base della clausola di flessibilità (com'era la direttiva oggetto del caso di specie) ma può includere qualsiasi tipo di atto adottato dall'Unione nell'esercizio di una competenza esclusiva o concorrente prevista nei Trattati. Dunque, può dedursi che nell'ottica dell'Avvocato generale Kokott, l'art. 351, par. 1, TFUE sarebbe applicabile, per estensione, a tutte le fattispecie in questa sede analizzate.

(ii) *Espansione delle competenze dell'Unione europea sulla base della cosiddetta "teoria dei poteri impliciti"*

Com'è noto, può capitare che all'Unione siano riconosciuti dei poteri non espressamente conferiti dai Trattati ma che risultino indispensabili per un esercizio efficace ed appropriato delle competenze già attribuite. Anche gli atti adottati dall'Unione nell'esercizio di tali poteri possono entrare in conflitto con gli obblighi internazionali assunti dagli Stati membri. Tuttavia, per coerenza di approccio, deve ritenersi insostenibile che tali antinomie siano risolte alla luce della clausola di subordinazione di cui all'art. 351, par. 1, TFUE, se gli accordi internazionali in questione sono stati conclusi successivamente alle date previste da tale disposizione.

Deve, infatti, osservarsi che quando uno Stato entra a far parte dell'Unione, esso accetta di aderire ad un ordinamento giuridico particolare, basato su un sistema di attribuzione delle competenze che può essere modificato o derogato in vario modo. È possibile non solo che – come visto nei due precedenti paragrafi –, per volere comune degli Stati membri stessi, siano attribuite nuove competenze all'Unione europea, ma anche che, in virtù di un principio funzionalistico, si deroghi al principio di attribuzione e i poteri dell'Unione siano estesi al

fine di rendere effettivamente operanti le competenze già attribuite. Gli Stati membri devono, pertanto, accettare le conseguenze implicite in un sistema così congegnato, tra cui quella di dover adeguare i loro impegni internazionali, magari anche rinunciandovi.

4. La prassi applicativa dell'art. 351 TFUE nel contesto dei Trattati bilaterali di investimento extra-UE conclusi dopo il 1958 ma prima dell'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di investimenti esteri diretti

Alla luce dell'analisi appena condotta si può dunque affermare che l'art. 351, par. 1, TFUE non può ritenersi applicabile, per estensione o analogia, agli accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione sia diventata competente nella materia oggetto dell'accordo a seguito della revisione del diritto primario o dell'applicazione della clausola di flessibilità *ex art. 352 TFUE* o sulla base della cosiddetta "teoria dei poteri impliciti".

Tuttavia, nonostante la giurisprudenza della Corte di giustizia, come visto, si sia quasi sempre attestata su una visione restrittiva della portata temporale dell'art. 351, par. 1, TFUE, nella prassi applicativa di tale norma non sono mancati tentativi di estensione dei limiti temporali in essa fissati.

In effetti, tali spinte sono raramente pervenute da parte di giudici nazionali. Come visto, soltanto nel caso *HF* (e nel caso *Arbelaiz-Emazabel*⁶³) i giudici nazionali (rispettivamente il Tribunale superiore del Land e la Corte di cassazione francese) si sono rifatti a quella che è stata qui definita "teoria dell'applicazione analogica" dell'art. 351, par.

⁶³ Non analizzato nel presente scritto in quanto avente ad oggetto accordi internazionali conclusi dagli Stati membri con Stati terzi dopo le date di cui all'art. 351, par. 1, TFUE ma prima *dell'esercizio* da parte dell'Unione di una competenza *concorrente*. In ogni caso, si segnala che nella sentenza del 7 luglio 1980 con la quale ha operato il rinvio pregiudiziale, la Corte di Cassazione francese ha richiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità di alcuni regolamenti comunitari rispetto ad alcuni precedenti accordi franco-spagnoli, suggerendo implicitamente un'interpretazione ampia dell'art. 351, par. 1, TFUE, che permettesse di far prevalere detti accordi sui regolamenti comunitari, sebbene conclusi dopo le date indicate nel predetto articolo. Tale caso si è concluso con la sentenza della Corte giust. 8 dicembre 1981, 181/80, *Arbelaiz-Emazabel*.

1, TFUE. Al di fuori delle succitate domande di rinvio pregiudiziale, è difficile trovare altre componenti della giurisprudenza nazionale degli Stati membri in cui i giudici abbiano tentato di applicare l’art. 351, par. 1, TFUE per estensione o per analogia ad accordi conclusi dopo le date in esso stabilite ma prima che l’Unione diventasse competente nella materia oggetto dell’accordo.

I tentativi più rilevanti di applicare estensivamente l’art. 351, par. 1, TFUE sono invero pervenuti da parte di alcune istituzioni dell’Unione europea in relazione ai Trattati bilaterali di investimento stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo le date di cui al predetto articolo ma prima che l’Unione diventasse esclusivamente competente in materia di investimenti esteri diretti (di seguito, “IED”) con le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona del 2009 (di seguito, per comodità, ci si riferirà a tali trattati con la locuzione “TBI extra-UE 1958-2009”), nel contesto della gestione delle criticità sorte a seguito di tale attribuzione.

Tali criticità attecchivano, da un lato, all’istituzione di una politica europea globale degli investimenti internazionali e, dall’altro, al futuro e allo status dei TBI, in generale, e dei TBI extra-UE 1958-2009, in particolare. Nei paragrafi che seguono saranno analizzate le misure messe in atto dalle istituzioni per far fronte a tali questioni. Dette misure, come si avrà modo di constatare, richiamano sempre, anche se in diverso modo, l’art. 351 TFUE.

4.1. L’art. 351 TFUE e la politica europea globale degli investimenti internazionali

La prima sfida conseguente all’attribuzione della competenza in materia di IED all’Unione è stata quella di delineare una politica europea globale degli investimenti internazionali. Quest’ultima doveva necessariamente essere coordinata con le politiche già messe in atto dagli Stati membri che, prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avevano competenza nel settore degli IED e, dunque, avevano stipulato accordi internazionali⁶⁴.

⁶⁴ Più in particolare, prima del Trattato di Lisbona, si riteneva che la competenza in materia di IED spettasse, in linea generale, agli Stati membri ovvero che, in casi

A tal proposito, nelle conclusioni adottate il 25 ottobre 2010, il Consiglio dell'Unione europea ha affermato che il quadro giuridico in materia di IED da instaurare nei tempi a venire non avrebbe dovuto avere un impatto negativo sulla protezione degli investitori e sulle garanzie di cui essi beneficiavano in base ad accordi già esistenti stipulati dagli Stati membri. Pertanto, il Consiglio ha ritenuto che a tali accordi dovesse essere garantita una priorità sul diritto dell'Unione, anche solo in via temporanea, fino alla conclusione di accordi internazionali sulla stessa materia da parte dell'Unione. Secondo il Consiglio, tale priorità poteva trovare fondamento proprio sull'art. 351 TFUE⁶⁵ e doveva essere assicurata tramite l'adozione di un regolamento che disciplinasse il regime applicabile in un periodo transitorio. Dunque, nell'ottica del Consiglio, l'art. 351 TFUE poteva trovare applicazione, per estensione, anche in relazione a tutti i TBI extra-UE 1958-2009, in ragione della necessità di dover assicurare continuità e coerenza nella politica sugli IED.

Inoltre, il conferimento della nuova competenza ha fatto sì che l'Unione acquisisse anche il compito di concludere accordi internazionali in materia di investimenti (di seguito, "AII"), secondo le regole di cui all'art. 207, par. 3 e 4 TFUE⁶⁶. Pertanto, è stato necessario

particolari, si trattasse di una competenza concorrente. L'approccio generalmente seguito era il seguente: all'Unione spettava negoziare per liberalizzare l'accesso ai mercati stranieri nel quadro delle altre competenze facenti parte della politica commerciale comune, mentre agli Stati membri, tramite i "loro" TBI, spettava il compito di fissare gli standard di trattamento, protezione e garanzia degli investimenti esteri diretti effettuati dai "loro" operatori. Sul punto, v. F. MARRELLA, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, in S. M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, 2013, Napoli, p. 129.

⁶⁵ Consiglio dell'Unione europea, *Conclusions on a comprehensive European international investment policy*, 3041st Foreign Affairs Council Meeting, 25 October 2010, punto 9: «In accordance with Article 351 of the Treaty on the Functioning of the European Union, bilateral investment agreements concluded by Member States should continue to afford protection and legal security to investors till they are replaced by at least equally effective EU agreements».

⁶⁶ Art. 207, par. 3 e 4, TFUE: «3. Qualora si debbano negoziare e concludere accordi con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali, si applica l'articolo 218, fatte salve le disposizioni particolari del presente articolo. La Commissione presenta raccomandazioni al Consiglio, che l'autorizza ad avviare i negoziati necessari. Spetta al Consiglio e alla Commissione adoperarsi affinché gli accordi negoziati siano compatibili con le politiche e norme interne dell'Unione. Tali negoziati sono condotti dalla Commissione, in consultazione con un comitato speciale designato dal Consiglio per assisterla in questo compito e nel quadro delle direttive che il Consiglio può

affrontare il problema di definire la sorte di tutti i TBI extra-UE già esistenti, dunque sia TBI extra-UE “preesistenti” (ossia conclusi prima del 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione), sia TBI extra-UE 1958-2009, che ammontavano a circa 1200⁶⁷.

A tal fine, come auspicato dal Consiglio, è stato adottato il regolamento n. 1219/2012, relativo alle disposizioni transitorie in materia di accordi bilaterali sugli investimenti tra gli Stati membri e i Paesi terzi⁶⁸ (di seguito, “Regolamento TBI”), con il quale, in sostanza, è stato stabilito un regime giuridico per la transizione dai TBI degli Stati membri agli AII conclusi dall'Unione europea, consentendo agli Stati membri di mantenere in vigore i loro TBI fino al momento della sostituzione con un accordo dell'Unione europea. L'individuazione di una base giuridica per tale regolamento atta a giustificare la validità dei TBI extra-UE anche dopo il passaggio di competenza di cui all'art. 207 TFUE è stata complessa. Sul punto, la Commissione e il Consiglio hanno proposto soluzioni diametralmente opposte: la prima (sostenuta dal Parlamento) suggeriva una doppia base giuridica, costituita non solo dall'art. 207 TFUE ma anche dall'art. 2, par. 1, TFUE⁶⁹, che permette all'Unione di autorizzare l'azione degli Stati membri in settori oggetto di una propria competenza esclusiva, quale la politica commerciale comune; il secondo proponeva di utilizzare l'art. 351 TFUE, in quanto tale articolo, applicato per analogia, avrebbe garantito lo *status quo* dei

impartirle. La Commissione riferisce periodicamente al comitato speciale e al Parlamento europeo sui progressi dei negoziati. 4. Per la negoziazione e la conclusione degli accordi di cui al paragrafo 3, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata».

⁶⁷ Il valore totale di tali TBI era di circa 363,292 milioni di dollari nel 2009 (fonte: *World Investment Report*, disponibile al seguente link: www.unctad.org/data-visualization/global-foreign-direct-investment-flows-over-last-30-years).

⁶⁸ Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti. Per un commento, v. A. DE LUCA, *The EU Regulation establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries: the destiny of member states' bits*, in *Diritti comparati*, 27 novembre 2012.

⁶⁹ Art. 2, par. 1, TFUE: «Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione».

TBI extra-UE 1958-2009. È immaginabile che il Consiglio abbia reputato tale obiettivo non perseguibile sulla base dell'art. 2, par. 1, TFUE, in quanto quest'ultimo si applica soltanto *pro futuro*, legittimando l'Unione a conferire il potere agli Stati membri di agire in un determinato settore solo dopo che questo è entrato tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione europea. Al contrario, posto che gli Stati membri, nell'esercizio della loro competenza, dal 1959 hanno già concluso vari TBI, la base giuridica adatta per il loro mantenimento in vigore sarebbe stata, secondo il Consiglio, soltanto l'art. 351 TFUE. Alla fine, il regolamento TBI è stato adottato sulla base giuridica del solo art. 207 TFUE, e dunque l'innovativa proposta del Consiglio è rimasta inascoltata. In effetti, l'art. 351 TFUE non appare una norma atta ad assumere il ruolo di base giuridica per l'adozione di un atto, tanto è vero che mai nessun atto ha trovato fondamento su di essa. Tuttavia, la spinta del Consiglio in questo senso è comprensibile perché l'adozione del regolamento TBI assurgeva ad occasione per dare certezza giuridica agli investitori stranieri, le cui operazioni nei territori degli Stati membri rischiavano di fermarsi, non essendo più chiaro, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona se, e per quanto tempo, i diritti e gli obblighi discendenti dai TBI extra-UE sarebbero rimasti in vigore. Dunque, la prospettiva assunta dal Consiglio era quella di dare certezza alle relazioni con i Paesi terzi coinvolti, e non, come per la Commissione e il Parlamento, di sancire il passaggio di competenze in capo all'Unione e inquadrare in un regime giuridico dell'Unione europea i TBI extra-UE già in vigore. L'esigenza del Consiglio così definita difficilmente trovava espressione in una norma del Trattato da utilizzare come base giuridica, da qui probabilmente la propensione per l'art. 351 TFUE e per la sua applicazione analogica ai TBI extra-UE 1958-2009.

Negli ultimi anni è, infine, emersa la necessità di accelerare e rafforzare il percorso di riforma della politica dell'Unione europea in materia di investimenti internazionali, in considerazione del calo dei flussi globali di IED a partire dal 2015, con un picco a ribasso nel 2020

a causa della crisi prodotta dalla pandemia di COVID-19⁷⁰. A tal fine, l’Unione europea ha riformato le disposizioni in materia di protezione degli investimenti, sostituito il meccanismo di risoluzione delle controversie investitore-Stato (cosiddetto “investor-state dispute settlement” o “ISDS”) con sistemi giurisdizionali per gli investimenti (cosiddetti “ICS”), avviato negoziati multilaterali per un tribunale per gli investimenti, e adottato sia una legislazione per il controllo degli investimenti esteri diretti in entrata⁷¹ sia una legislazione volta a disciplinare le sovvenzioni estere⁷². Sebbene l’Unione sia, dunque, diventata leader mondiale nella riforma della politica di investimento grazie ai numerosi passi in avanti compiuti⁷³, ad oggi nessuno degli AII negoziati dall’Unione europea a seguito dell’attribuzione della competenza in materia di IED ad opera del Trattato di Lisbona è stato concluso, e sono ancora in vigore circa 1.500 TBI ratificati dagli Stati membri prima della suddetta riforma del diritto primario. Tali TBI contengono disposizioni obsolete e contrarie agli obiettivi e ai valori dell’Unione europea (tra cui norme di protezione eccessivamente ampie, requisiti deboli in materia di trasparenza e, talvolta, norme di protezione degli investimenti nei combustibili fossili), non sono in linea con la proposta dell’Unione europea relativa all’istituzione di un

⁷⁰ Nel 2020 è stato registrato un calo del 38 % dei flussi globali di IED (v. la Relazione dell’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici (OECD), “FDI in figures” (IED in cifre), aprile 2021, p. 1.

⁷¹ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione.

⁷² Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno. Per un commento a tale atto, cfr. F. FERRARO, *L’Unione europea fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione*, in *I Post di AISDUE*, n. 4, 24 maggio 2023, pp. 68-86.

⁷³ Si consideri che dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nell’ambito della riforma della politica di investimento a livello europeo e internazionale, l’Unione europea ha riformato le disposizioni in materia di protezione degli investimenti, sostituito il meccanismo di risoluzione delle controversie investitore-Stato (cosiddetto “investor-state dispute settlement” o “ISDS”) con sistemi giurisdizionali per gli investimenti (cosiddetto “ICS”), avviato negoziati multilaterali per un tribunale per gli investimenti, e adottato sia una legislazione volta a disciplinare le sovvenzioni estere (regolamento (UE) 2022/2560, cit.), sia una legislazione per il controllo degli investimenti esteri diretti in entrata (regolamento (UE) 2019/452, cit.).

tribunale multilaterale per gli investimenti (cosiddetto “TMI”⁷⁴) e prevedono il vecchio modello di risoluzione delle controversie investitore-Stato.

Pertanto, il Parlamento europeo, nella sua Risoluzione del 23 giugno 2022⁷⁵, ha invitato la Commissione a garantire che tutti i TBI degli Stati membri siano pienamente compatibili con il diritto dell’Unione europea e coerenti con gli obiettivi e i valori dell’Unione, chiedendole di applicare in modo rigoroso le condizioni per autorizzare la negoziazione, la firma e la conclusione di nuovi accordi da parte degli Stati membri, in linea con una politica di investimento dell’Unione europea modernizzata e con le sentenze della Corte di giustizia⁷⁶. Inoltre, il Parlamento europeo ha anche invitato gli Stati membri a porre fine o a modernizzare i propri TBI in modo da renderli conformi a un modello riformato di AII dell’Unione europea⁷⁷. Nel far ciò, il Parlamento ha rimandato all’«obbligo degli Stati membri di modificare i TBI conformemente all’articolo 351 TFUE»⁷⁸, senza operare alcuna distinzione tra TBI extra-UE preesistenti e TBI extra-UE 1958-2009. Dalla mancanza di tale distinzione può desumersi che probabilmente anche nell’ottica del Parlamento europeo il suddetto articolo è applicabile non solo ai TBI extra-UE preesistenti (cui il par. 1 dell’art. 351 TFUE esplicitamente si riferisce) ma, per analogia, anche ai TBI extra-UE 1958-2009. In particolare, nella risoluzione, il Parlamento europeo sembra riferirsi non tanto all’applicabilità a tali TBI della clausola di subordinazione di cui al par. 1 dell’art. 351 TFUE quanto all’obbligo per gli Stati membri di adoperarsi in tutti i modi per eliminare le incompatibilità esistenti tra le norme contenute negli accordi e le norme di diritto dell’Unione europea, al fine di conformarsi agli obblighi scaturenti dall’ordinamento dell’Unione di cui al par. 2

⁷⁴ Cfr. www.policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_it. Per un commento, cfr. S. DI BENEDETTO, *La proposta europea di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all’attuale sistema di ISDS e rischi di future inefficienze*, in *federalismi.it*, n. 6, 2018; R. HOWSE, *Designing a Multilateral Investment Court: Issues and Options*, in *YEL*, 2017, pp. 209-236.

⁷⁵ Risoluzione del Parlamento europeo, del 23 giugno 2022, sul futuro della politica dell’UE in materia di investimenti internazionali.

⁷⁶ *Ibidem*, punto 37.

⁷⁷ *Ibidem*, punto 36.

⁷⁸ *Ibidem*, punto 37.

dell'art. 351 TFUE⁷⁹. Tale specifico riferimento, tuttavia, non può portare ad escludere che il Parlamento europeo reputi i TBI extra-UE 1958-2009 coperti dal regime offerto dall'art. 351 TFUE unitariamente inteso, e dunque anche dalla clausola di subordinazione di cui al par. 1.

5. L'attuale assetto della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo

Tutti i tentativi delle istituzioni di estendere l'ambito di applicazione temporale dell'art. 351 TFUE appena discussi possono ritenersi ormai privi di fondamento alla luce di quanto stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *HF* del dicembre 2022, ossia che la «disposizione derogatoria [dell'art. 351, par. 1, TFUE] deve essere interpretata nel senso che essa riguarda solo le convenzioni concluse anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione».

A questo punto, sorge spontaneo chiedersi quali siano le implicazioni pratiche e le criticità emergenti dalla definizione dell'ambito di applicazione *ratione temporis* dell'art. 351 TFUE effettuata dalla Corte di giustizia negli anni e, da ultimo, con la sentenza *HF*. In altri termini, è opportuno chiarire quale sia l'attuale assetto nel campo della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

Dalla sentenza *HF* è possibile trarre diverse conclusioni, in quanto quest'ultima inciderà, per certi versi, sul rapporto tra fonti, per altri, sull'operato dei giudici nazionali, degli Stati membri e delle istituzioni dell'Unione europea.

⁷⁹ Tanto è vero che sempre al punto 37 della risoluzione il Parlamento europeo chiede alla Commissione di «monitorare il rispetto di tali obblighi e di informare regolarmente il Parlamento in merito ai progressi compiuti» nonché di «avviare procedure di infrazione ove necessario per garantire la conformità dei TBI degli Stati membri al diritto dell'UE».

Per quanto concerne gli effetti, in generale, su tutti gli accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo, appare evidente che la sancita inapplicabilità, per analogia, dell'art. 351, par. 1, TFUE a tali accordi, comporta che essi devono sottostare al principio del primato del diritto dell'Unione, con tutte le relative conseguenze. In altre parole, non potendosi applicare la deroga al suddetto principio rappresentata dalla clausola di subordinazione contenuta nell'art. 351, par. 1, TFUE, in presenza di un conflitto tra una norma contenuta in uno dei predetti accordi ed una norma di diritto dell'Unione europea – sia essa contenuta nei Trattati o in atti di diritto derivato – quest'ultima dovrà prevalere, alle condizioni stabilite dal diritto dell'Unione (in particolare quelle sull'efficacia diretta).

Di conseguenza, i giudici nazionali che dovessero trovarsi dinanzi ad un tale conflitto dovranno risolverlo disapplicando qualsiasi norma nazionale adottata al fine di consentire allo Stato membro interessato di adempiere agli obblighi internazionali derivanti dai suddetti tipi di accordi.

Inoltre, gli Stati membri non potranno opporre all'Unione i vincoli ad essi derivanti da un accordo del tipo in questione, con lo scopo di sottrarsi all'adempimento degli obblighi su di essi incombenti in forza del diritto dell'Unione. Di conseguenza, essi dovranno fare il possibile, in virtù del principio di leale cooperazione *ex art. 4, par. 3, TUE* (e non dell'art. 351, par. 2, TFUE) per eliminare le incompatibilità esistenti, onde evitare di incorrere in una procedura di infrazione.

Infine, l'inapplicabilità dell'art. 351 TFUE agli accordi in questione spiega effetti anche nei confronti delle istituzioni dell'Unione europea. Infatti, in capo a queste ultime non può ritenersi ricadere alcun dovere di astensione da azioni che possano intralciare il rispetto degli impegni internazionali degli Stati membri derivanti da detti accordi, al contrario di quanto accade in presenza di un accordo effettivamente "preesistente" ai sensi dell'art. 351 TFUE⁸⁰. Tale libertà di azione delle istituzioni sussiste anche nella fase di adozione degli atti di diritto derivato. Se, poi, gli atti di diritto dell'Unione europea così adottati

⁸⁰ *Burgoa*, sopra citata, punto 11.

dovessero risultare in contrasto con gli obblighi esterni degli Stati membri derivanti da un accordo del predetto tipo, non assurgendo, in questi casi, l'art. 351, par. 1, TFUE a parametro di legittimità, non potrà aversi una declaratoria di nullità *ex art.* 263 TFUE o di invalidità *ex art.* 267 TFUE, e, anzi, saranno gli Stati membri a dover adeguare a tali atti i loro impegni internazionali.

Le conclusioni appena tratte in via generale possono evidentemente ritenersi valide anche in relazione ai TBI extra-UE 1958-2009. Tuttavia, in merito a questo specifico tipo di accordi è possibile cogliere un ulteriore profilo.

Fino a quando l'Unione non procederà alla sostituzione dei TBI extra-UE 1958-2009 con gli AII (per ora, come detto, in parte negoziati ma non conclusi), i primi resteranno vincolanti per gli Stati membri, secondo le regole del diritto internazionale pubblico. Pertanto, se, da un lato, il regolamento TBI ha disciplinato le condizioni alle quali essi possono essere mantenuti in vigore, dall'altro, la sentenza *HF* ha, di fatto, tacitamente sancito che spetta ai giudici nazionali o, meglio, agli arbitri (visto che i TBI in questione normalmente prevedono il ricorso a questo tipo di risoluzione delle controversie) il compito di applicarli nei limiti del rispetto del diritto dell'Unione. In particolare, qualora nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente detti giudici o arbitri dovessero riscontrare un conflitto tra norme del TBI extra-UE 1958-2009 e norme di diritto dell'Unione europea, essi dovranno risolverlo tramite il metodo di risoluzione delle antinomie fondato sul principio del primato del diritto dell'Unione.

Questa situazione sarà superata soltanto se l'Unione eserciterà la sua competenza in materia di IED concludendo AII sostitutivi dei precedenti TBI, in quanto, in quel caso, gli AII vincoleranno direttamente l'Unione e la competenza a pronunciarsi nel merito dell'accordo passerà alla Corte di giustizia⁸¹. Nel frattempo, è comunque ben possibile che gli Stati membri modifichino i TBI già

⁸¹ Corte giust. 4 maggio 2010, C-533/08, *TNT Express Nederland*, punto 62, in cui la Corte ha affermato che: «[S]oltanto qualora e nei limiti in cui l'Unione abbia assunto le competenze precedentemente esercitate dagli Stati membri nel campo d'applicazione di una convenzione internazionale non stipulata dall'Unione e, conseguentemente, le disposizioni di quest'ultima siano vincolanti per l'Unione, la Corte è competente ad interpretare una siffatta convenzione».

esistenti per renderli conformi agli obblighi prescritti dal Trattato o ne negozino e concludano dei nuovi con i Paesi terzi (come misura transitoria eccezionale), secondo il quadro procedurale e le condizioni stabilite nel Capo III del regolamento TBI.

6. Conclusioni

La Corte di giustizia ha da sempre affermato la propria competenza esclusiva a interpretare le deroghe espresse inserite nei Trattati, e la sua giurisprudenza sul punto è sempre stata restrittiva. Lo studio della deroga al principio del primato contenuta nell'art. 351 TFUE e della relativa giurisprudenza conferma tale assunto.

In particolare, per quanto concerne la portata temporale della norma di cui al par. 1 del suddetto articolo, la Corte di giustizia ha recentemente chiarito che non è possibile estendere i limiti temporali fissati, per cui, in caso di conflitto, solo le norme di convenzioni concluse dagli Stati membri con Stati terzi anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione possono prevalere sulle norme di diritto dell'Unione (v. sentenza *HF* del 28 ottobre 2022).

Tale statuizione della Corte di giustizia, però, giunge soltanto oggi, per la prima volta, pur essendovi state precedenti adatte occasioni. Inoltre, essa si inserisce nel contesto di una motivazione già debitamente articolata sulla base di altri elementi, in una sentenza resa al termine di un procedimento pregiudiziale d'urgenza vertente su una materia particolarmente sensibile (i.e. quella dell'estradizione e della protezione dei diritti umani), per cui si è spinti a riflettere in maniera più approfondita sulla questione. Di qui, l'analisi inerente alla possibilità di applicare l'art. 351, par. 1, TFUE, per estensione, anche agli accordi stipulati successivamente alle date in esso previste ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

In effetti, la libertà degli Stati membri di stipulare accordi internazionali prima della creazione dell'Unione o prima di aderire all'Unione è *quasi* pari a quella esistente fino al momento in cui la competenza oggetto dell'accordo non sia formalmente attribuita all'Unione, per revisione del diritto primario o per utilizzo della

clausola di flessibilità. Questa circostanza ha spinto parte della dottrina e alcuni Avvocati generali a non escludere la possibilità di applicare l'art. 351, par. 1, TFUE, per analogia, anche agli accordi stipulati dopo le date in esso fissate ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. Inoltre, alcune istituzioni dell'Unione (i.e. Consiglio e Parlamento) hanno fatto leva su questa idea per tentare di creare una continuità nella politica degli investimenti esteri diretti, assicurando priorità sul diritto dell'Unione europea ai Trattati bilaterali di investimento stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo le date di cui all'art. 351, par. 1, TFUE ma prima che l'Unione diventasse esclusivamente competente in materia di investimenti esteri diretti con le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. Tali tentativi, però, non hanno avuto seguito sul piano pratico e oggi possono essere ritenuti privi di fondamento alla luce di quanto stabilito nella sentenza *HF* dell'ottobre 2022.

L'impostazione della Corte di giustizia risulta assolutamente condivisibile, perché la clausola di subordinazione di cui all'art. 351, par. 1, TFUE è del tutto eccentrica rispetto al sistema generale dell'Unione, e deve, dunque, essere interpretata in maniera letterale e restrittiva.

In conclusione, può dirsi che una deroga al principio del primato del diritto dell'Unione europea come quella contenuta nell'art. 351, par. 1, TFUE ha il pregio di permettere agli Stati membri di rispettare il diritto internazionale senza ostacolare il processo di integrazione europea. Tuttavia, tale deroga conosce dei limiti temporali (e non solo) ben precisi che non possono essere ampliati per non minare la tenuta sistemica del particolare ordinamento dell'Unione europea.

I risvolti pratici di tale impostazione sono molteplici e interessano sia il rapporto tra fonti sia l'attività di diversi soggetti. In particolare, i giudici nazionali dovranno risolvere eventuali conflitti disapplicando qualsiasi norma nazionale adottata al fine di consentire allo Stato membro interessato di adempiere agli obblighi internazionali derivanti da accordi stipulati dopo le date di cui all'art. 351, par. 1, TFUE; gli Stati membri, da un lato, non potranno opporre all'Unione i vincoli ad essi derivanti dai suddetti accordi, con lo scopo di sottrarsi all'adempimento degli obblighi di diritto dell'Unione, e, dall'altro, dovranno fare il possibile, in virtù del principio di leale cooperazione,

per eliminare le incompatibilità esistenti, onde evitare di incorrere in una procedura di infrazione; le istituzioni dell'Unione europea non avranno alcun dovere di astensione da azioni che possano intralciare il rispetto degli impegni internazionali degli Stati membri derivanti dal suddetto tipo di accordi, al contrario di quanto accade, invece, in presenza di un accordo effettivamente “preesistente” ai sensi dell'art. 351 TFUE.

ABSTRACT (ITA)

Nel presente contributo, dopo una breve analisi del principio del primato come principio fondante di diritto dell'Unione dal carattere non assoluto, si ricostruisce la giurisprudenza della Corte di giustizia inerente all'ambito di applicazione *ratione temporis* della deroga al primato di cui al par. 1 dell'art. 351 TFUE. Particolare attenzione è rivolta alla questione relativa alla possibilità di applicare tale deroga, per estensione, anche agli accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo le date stabilite nel suddetto articolo (1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, data della loro adesione) ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. In seguito, si passa dal piano teorico a quello pratico, con una valutazione dell'incidenza che la suddetta giurisprudenza ha avuto nel contesto dei Trattati bilaterali di investimento extra-UE conclusi prima dell'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di investimenti esteri diretti ad opera del Trattato di Lisbona. Infine, si fornisce risposta all'interrogativo relativo a quale sia l'attuale assetto nel campo della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi internazionali stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

ABSTRACT (ENG)

In the present contribution, after a brief analysis of the principle of primacy as a founding principle of Union law with a non-absolute character, the case law of the Court of Justice concerning the temporal scope of application of the derogation to primacy contained in Article 351(1) TFEU is put together. Particular attention is given to the issue of the possibility of applying this derogation, by extension, also to agreements concluded by Member States with Third States after the dates laid down in the aforementioned article (1 January 1958 or, for acceding States, the date of their accession) but before the Union became competent in the matter covered by the agreement. Then, the discussion moves from the theoretical to the practical level, with an assessment of the impact that the aforementioned case law has had in the context of extra-EU bilateral investment treaties concluded before the conferral of competence over foreign direct investment on the European Union by the Lisbon Treaty. Finally, the question is answered as to what is the current status in the field of conflict resolution between European Union law and international agreements concluded by Member States with Third States after 1 January 1958 or, for acceding States, after the date of their accession but before the Union becomes competent in the matter covered by the agreement.