Quaderni AISDUE è la rivista quadrimestrale dell'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea. AISDUE si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità del diritto dell'Unione europea, in particolare nell'ambito della didattica, della formazione professionale, della valutazione della ricerca e della selezione di docenti e ricercatori.

ISSN 2975-2698

in copertina: V.A. Serov, Il Ratto d'Europa, 1910

3
2025

RIVISTA QUADERNI AISDUE

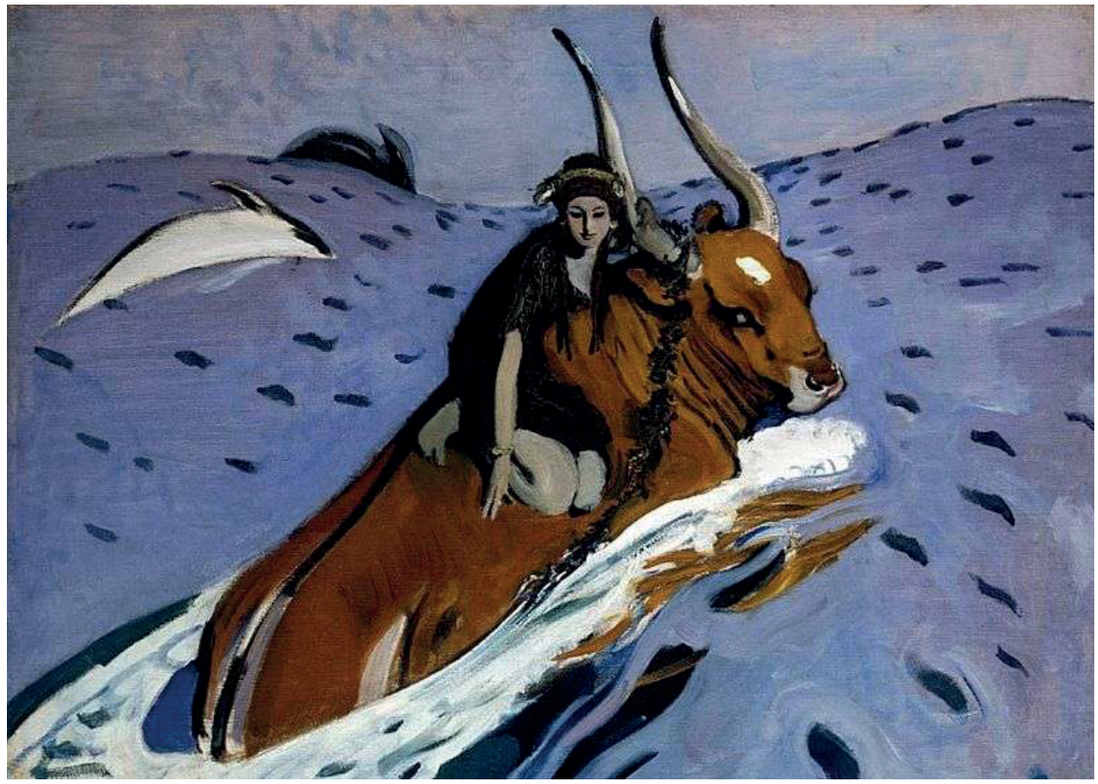
ES

Quaderni AISDUE

RIVISTA QUADERNI AISDUE

3/2025

Editoriale Scientifica



Direttore Responsabile
Antonio Tizzano

Comitato direttivo
Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale, Adelina Adinolfi,
Pietro Manzini, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Comitato scientifico
Antonietta Damato, Giandonato Caggiano, Alessia Di Pascale, Fabio Ferraro,
Simone Marinai, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Paola Mori, Bruno Nascimbene,
Sara Poli, Cristina Schepisi, Ennio Triggiani, Jacques Ziller

Comitato di redazione Quaderni AISDUE
Andrea Circolo e Benedetta Minucci (coordinatori),
Mario Barbano, Samuele Barbieri, Camilla Burelli, Federico Ceci,
Angela Correra, Alessandra Favi, Federico Ferri, Miriana Lanotte,
Irene Marchioro, Gabriella Perotto, Martina Previatello,
Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani

Coordinatori BlogDUE
Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri

Comitato di redazione BlogDUE
Irene Agnolucci, Mario Barbano, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi,
Camilla Burelli, Federico Ceci, Andrea Circolo, Erika Colombo,
Angela Correra, Alessandra Favi, Marta Ferrari, Federico Ferri,
Marco Gerbaudo, Anna Kompatscher, Clara Labus, Miriana Lanotte,
Irene Marchioro, Martina Minardi, Benedetta Minucci, Maria Patrin,
Gabriella Perotto, Martina Previatello, Alessandro Rosanò,
Gabriele Rugani, Enrico Tinti, Alessia Voinich

RIVISTA QUADERNI AISDUE

2025/3

Editoriale Scientifica
Napoli

L'invio di un manoscritto presuppone l'adesione al codice etico della Rivista e l'uniformità dello stesso ai criteri redazionali (consultabili online all'indirizzo www.aisdue.eu).

I contributi sono sottoposti a previo referaggio cieco anonimo secondo i principi descritti nel codice etico e nella procedura di revisione.
Tutti i lavori devono essere inviati in formato word all'indirizzo info@aisdue.eu.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2026 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISSN 2975-2698

INDICE

Articoli

Atti del I Convegno Forum AES (Ambiente, energia e sostenibilità)* – Siena, 5/6 dicembre 2024 – "Le nuove sfide della sostenibilità ambientale" - a cura di M. Montini e P. Vigni

MONTINI M., VIGNI P., Prefazione 15

BARBANO M., La valutazione di compatibilità degli aiuti di Stato alla luce del criterio di sostenibilità ambientale "*Do No Significant Harm*" 21

BUONOMENNA F., L'evoluzione del diritto dell'Unione europea dell'energia tra mercato e sviluppo di obiettivi climatici 45

CECI F., Luci e ombre della direttiva sul dovere di diligenza ai fini della sostenibilità 89

CORRERA A., La tutela penale dell'ambiente: luci e ombre della direttiva 2024/1203 111

DI FRANCESCO MAESA C., Economia circolare e IA: a che condizioni è una sfida possibile per l'UE? 141

EROICO F., La legge europea sul clima: effettivo passo in avanti o opportunità mancata? 181

GRIECO C., ROSANÒ A., Il *Critical Raw Materials Act* e la sostenibilità ambientale: non è tutto "oro" quel che luccica? 209

LOTTINI A., Diritto d'autore e IA generativa: un banco di prova per l'Unione europea 247

* Convegno realizzato nell'ambito della Cattedra Jean Monnet "Circular Economy for the Internal Market" (CE4INT) (Progetto n. 101127447) finanziato dall'Unione europea. Le opinioni espresse sono esclusivamente quelle degli autori e non impegnano in alcun modo l'Unione europea o la Commissione europea.

LUPACCHINI B., Sostenibilità vs. Concorrenza? L'antitrust europeo di fronte agli imperativi ambientali 269

PROFETA A., I pianificatori all'appello della sostenibilità: la mobilità urbana sostenibile 297

RICCARDI L., I meccanismi di risoluzione ed *enforcement* nei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile alla luce dell'accordo di libero scambio tra l'UE e la Nuova Zelanda: verso una condizionalità ambientale? 321

ROLANDO F., Il ruolo del consumatore nel percorso dell'Unione europea verso un mercato ecosostenibile 355

SICIGNANO I., Garantire coerenza in un paesaggio (legale) frammentato: verso una visione collaborativa per la conservazione della biodiversità nell'Unione 379

***Atti del Convegno annuale modulo Jean Monnet AIcoIP* – Università degli Studi di Macerata, 8/9 maggio 2025 – "Intelligenza artificiale e nuove vulnerabilità: dal diritto europeo della concorrenza e della proprietà intellettuale alla tutela dei diritti fondamentali" - a cura di G. Contaldi e C. Grieco**[**]

GRIECO C., Affrontare le nuove sfide tecnologiche dell'Unione europea: il contributo del modulo Jean Monnet AIcoIP "Deepening the Possible Impact of Artificial Intelligence Systems on EU Competition Law and Intellectual Property Rights" 419

ARNESE P., IA, *gatekeepers* e mercato: equilibri tra innovazione e regolamentazione nell'UE 431

CALZOLAIO E., Il marchio europeo nel dopo *Brexit*: l'approccio delle corti inglesi 455

DE GASPERIS I., Le invenzioni generate dall'intelligenza artificiale: questioni

[**] Contributo realizzato nell'ambito del Modulo Jean Monnet AIcoIP, "Deepening the Possible Impact of Artificial Intelligence Systems on EU Competition Law and Intellectual Property Rights" (codice progetto 101176974), deliverable D.1.1 (Research Workshop), finanziato dall'Unione europea. Le opinioni espresse sono esclusivamente quelle degli autori e non impegnano in alcun modo l'Unione europea o la Commissione europea. Il lavoro si inserisce altresì tra le attività del Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito del Dipartimento di Eccellenza 2023–2027, "Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele".

giuridiche aperte e ipotesi di adattamento della disciplina europea dei brevetti 465

DEL GATTO S., Intelligenza artificiale e nuove vulnerabilità. Il difficile bilanciamento tra innovazione e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva del diritto amministrativo 489

GALLO A.M., *Text and Data Mining* (TDM) e violazioni del *copyright*: l'addestramento della GenAI e il diritto umano alla scienza alla luce di alcuni elementi di prassi recente 503

GARCÍA A.M., Intelligenza artificiale, proprietà intellettuale e diritto penale 527

JACI A., Proprietà intellettuale e IA: prospettive internazionalprivatistiche 543

PANDOLFI E., *AI Act e pacing problem*: la disciplina dell'IA per finalità generali 565

PERLOT M., *Credit scoring*: il bilanciamento dei diritti fondamentali nell'*AI Act* 585

PISAPIA A., Interactions des instruments pour la protection de la concurrence dans l'economie numerique 619

ROSSI A., L'intelligenza artificiale e la c.t.u.: rimane uno spazio per l'attività decidente del giudice? 635

VAIRA D., Investimenti esteri diretti nelle infrastrutture digitali e nelle tecnologie critiche alla luce dell'eccezione di sicurezza nazionale nel panorama europeo 651

CONTALDI G., L'approccio regolatorio dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale 679

***Atti del Workshop annuale della Summer School (Modulo Jean Monnet) CoME Circle* - Udine, 15 luglio 2025 – "The European Union as a world leader in the transition to sustainability" - a cura di E. Bergamini**[***]

FAMÀ R., The green turn of EU finances: the introduction of the "do no significant harm" principle in the Financial Regulation 699

GAMBINO C., The EU's contribution to the promotion of sustainable development and the fight against climate change by means of the inclusion of sustainable trade commitments in preferential free trade agreements: the case of the agreement with Mercosur 725

SCHETTINI M., The European Union's contribution to the transition to a circular economy model through its new generation free trade agreements: a step towards global sustainability? 745

SPREAFICO G., Mitigating the Green Paradox: Aligning EU Trade with Human Rights and Environmental Sustainability 769

BlogDUE

BERGAMASCHI N., L'Unione europea dinanzi all'aggressività commerciale statunitense: le implicazioni giuridiche dell'Accordo quadro del 21 agosto 2025 801

FAVI A., La responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri: alcune questioni procedurali alla luce della causa *WS e altri c. Frontex* 819

GROSSIO L., Un "giusto equilibrio" tra accesso alla giustizia in materia ambientale e specificità delle procedure *ex* art. 108 TFUE? Alcune considerazioni critiche sul meccanismo di riesame introdotto dal regolamento di esecuzione (UE) 2025/905 e dal Codice delle migliori pratiche in materia di aiuti di Stato 835

[***] Contributo realizzato nell'ambito del Modulo Jean Monnet CoME Circle "Consumer and Market Law in the European Circular Economy" (codice progetto 101127853), finanziato dall'Unione europea. Le opinioni espresse sono esclusivamente quelle degli autori e non impegnano in alcun modo l'Unione europea o la Commissione europea. Il lavoro si inserisce altresì tra le attività del Piano strategico del Dipartimento di Scienze giuridiche WP 6 – Multiculturalità – trasformazione digitale e valori e diritti fondamentali dell'UE.

MAOLI F., La direttiva UE anti-SLAPPs in azione: il caso *Greenpeace Int. c. Energy Transfer* 853

MARCHIORO I., *Alace e Canpelli*, prima, dopo e durante: breve resoconto di un'epopea moderna 863

PATRIN M., "This is not a text message" – Access to documents and transparency after *Stevi and New York Times v Commission* 881

SILVESTRI P.G., *Alea iacta est*! A constitutional moment for the infringement procedure? AG Ćapeta's Opinion in *Commission v. Hungary* (Case C-769/22) 899

Articoli

Atti del I Convegno Forum AES
(Ambiente, energia e sostenibilità)

Siena, 5/6 dicembre 2024

Le nuove sfide della sostenibilità ambientale

a cura di

M. Montini, P. Vigni*

* Convegno realizzato nell'ambito della Cattedra Jean Monnet "Circular Economy for the Internal Market" (CE4INT) (Progetto n. 101127447) finanziato dall'Unione europea. Le opinioni espresse sono esclusivamente quelle degli autori e non impegnano in alcun modo l'Unione europea o la Commissione europea.

PREFAZIONE

La presente raccolta collettanea include i contributi presentati al primo convegno del Forum AISDUE "Ambiente, energia e sostenibilità" (AES) che si è svolto a Siena il 5 e 6 dicembre 2024. Il convegno ha rappresentato un'importante occasione di dibattito e confronto tra diverse generazioni di studiosi impegnati ad esaminare da diverse prospettive le complesse e variegate tematiche riconducibili alle nuove sfide della sostenibilità ambientale, che sono emerse negli ultimi anni nell'ordinamento dell'Unione. I contributi raccolti evidenziano la complessità e l'ampiezza delle tematiche riconducibili nell'ambito della sostenibilità ambientale, che vanno oltre le tradizionali questioni affrontate dalla politica e dal diritto ambientale dell'Unione, come ad esempio quelle riconducibili alla politica climatica ed a quella per la protezione della biodiversità, per intersecarsi con prospettive e tematiche tradizionalmente appartenenti ai settori del commercio internazionale, del diritto della concorrenza e degli aiuti di Stato, della produzione e del consumo sostenibili, della pianificazione territoriale, del diritto societario, della tutela penale dell'ambiente, dell'economia circolare, nel contesto della transizione verde.

Il contributo di Luigi Maria Riccardi si occupa dei meccanismi di risoluzione delle controversie ed *enforcement* contenuti negli accordi commerciali dell'Unione, segnatamente nei capitoli dedicati al rapporto fra commercio internazionale e sviluppo sostenibile. L'autore analizza in particolare il nuovo approccio, proposto dalla Commissione europea, che estende la procedura standard di risoluzione delle controversie ai capitoli in questione ed introduce la possibilità di ricorrere a sanzioni commerciali in caso di violazioni materiali dei suddetti accordi. Il contributo si focalizza in particolare sul recente accordo tra Unione europea e Nuova Zelanda che, per la prima volta, applica, in termini concreti, il nuovo approccio della Commissione, introducendo, secondo l'autore, una sorta di condizionalità ambientale nei rapporti commerciali tra l'Unione e gli Stati terzi a livello internazionale.

Il contributo di Federica Eroico analizza la cosiddetta "legge europea sul clima", costituita dal regolamento (UE) n. 2021/1119, che rappresenta uno dei

più interessanti strumenti normativi di attuazione degli obiettivi del Green Deal europeo. Tale normativa, come noto, sancisce l'obiettivo della neutralità climatica per l'Unione, da raggiungere entro il 2050. L'analisi si sofferma in particolare su due aspetti del suddetto regolamento, al fine di valutare se, da una parte, esso abbia posto in essere un adeguato sistema di *governance* ed abbia previsto idonei meccanismi attuativi in grado di perseguire effettivamente l'obiettivo della neutralità climatica e, dall'altra parte, se l'attuazione di tale obiettivo possa contribuire ad un ampliamento della tutela dei singoli individui, in particolare nella prospettiva di migliorare la tutela dei diritti umani nel contesto della normativa climatica europea.

Il contributo di Irene Sicignano si occupa della tutela della biodiversità nel diritto dell'Unione. L'analisi si sofferma sulle risalenti direttive sugli uccelli selvatici e sugli habitat, cercando dapprima di esaminare quali siano le caratteristiche ed i limiti del sistema di tutela posto in essere dal combinato disposto di tali normative, comunemente indicato come il sistema di aree protette Natura 2000. Successivamente, l'indagine si concentra su due principali questioni interpretative inerenti all'attuazione delle suddette normative, esaminate alla luce dell'ampia giurisprudenza della Corte di giustizia. La prima questione riguarda l'interazione fra interessi economici ed aspetti ecologici nell'ottica della promozione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile. La seconda questione è relativa alla possibilità di individuare forme di coordinamento tra gli Stati membri allo scopo di favorire una gestione più efficiente dei siti protetti europei, in attuazione del principio di leale cooperazione.

Il contributo di Beatrice Lupacchini si incentra sull'analisi del rapporto esistente tra due obiettivi potenzialmente divergenti e confliggenti dell'Unione, che consistono, da una parte, nella promozione della concorrenza effettiva e del benessere dei consumatori e, dall'altra, nella protezione dell'ambiente. L'indagine si concentra in particolare sul quesito se, ed in che modo, il diritto della concorrenza possa tenere conto dei benefici ambientali derivanti dagli "accordi sostenibili" tra imprese, ricadenti nel contesto applicativo dell'articolo 101 TFUE, in considerazione delle linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale adottate dalla Commissione europea nel 2023.

Il contributo di Mario Barbano analizza l'applicabilità del principio di "non arrecare un danno significativo all'ambiente" (*Do No Significant Harm* – DNSH) alla materia degli aiuti di Stato. L'autore in particolare si chiede se sia opportuno

e fattibile estendere l'applicazione del suddetto principio al controllo di tutti gli aiuti di Stato, e non solamente delle misure esplicitamente qualificate come "aiuti ambientali". A tal fine, l'autore auspica che, al di là di quanto previsto dall'attuale normativa e dalla rilevante giurisprudenza, il principio in esame possa arrivare a costituire in futuro il criterio di riferimento applicabile a tutte le tipologie di aiuti di Stato, sia nella prospettiva della valutazione di compatibilità *ex ante* che in quella di monitoraggio *ex post*.

Il contributo di Flavia Rolando esamina il ruolo del consumatore nell'evoluzione dell'Unione verso un sistema di mercato interno eco-sostenibile. L'autrice, partendo dall'analisi degli obiettivi contenuti nel piano di azione per l'economia circolare, adottato in attuazione del Green Deal europeo, sottolinea come, mediante tale piano e la successiva normativa di attuazione, il consumatore europeo venga trasformato, da mero destinatario di tutela, ad attore della transizione verso un'economia circolare europea. In tale contesto, l'indagine si concentra in particolare sulla definizione del nuovo ruolo emergente per il consumatore europeo quale co-protagonista della transizione verde.

Il contributo di Andrea Profeta si focalizza sul tema della pianificazione urbana per la sostenibilità, con particolare riferimento alla tematica della mobilità urbana sostenibile. L'autore, dopo aver analizzato l'evoluzione della politica europea per la pianificazione dell'ambiente urbano e della mobilità sostenibile, incentra la sua attenzione in particolare sui piani urbani per la mobilità sostenibile (PUMS), che richiedono un approccio integrato basato su due dimensioni, da una parte l'integrazione, basata sulla rete, dei criteri della mobilità urbana nella pianificazione della rete di trasporto e dall'altra l'integrazione in una strategia intersettoriale, basata sul territorio, per la promozione dello sviluppo urbano sostenibile.

Il contributo di Cristina Grieco e Alessandro Rosanò si incentra sul regolamento (UE) 2024/1252 sulle materie prime critiche (il cosiddetto *Critical Raw Materials Act*), uno dei più interessanti ed innovativi strumenti di attuazione del Green Deal europeo. Il regolamento, che mira ad istituire un quadro di riferimento normativo finalizzato a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche, viene esaminato dal punto di vista del suo contributo alla sostenibilità ambientale. A tale proposito, gli autori si concentrano sulle criticità e sulle sfide che l'attuazione del regolamento pone in riferimento al coordinamento con altre normative dell'Unione, come ad esempio quelle in

materia ambientale e di tutela degli ecosistemi, e sul conseguente rischio di compromettere il raggiungimento di altri rilevanti obiettivi europei.

Il contributo di Federico Ceci esamina le principali luci ed ombre della direttiva (UE) 2024/1760 sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive* – CSDDD). L'autore rileva come tale normativa sancisca il superamento di un approccio meramente volontario nell'ambito della responsabilità sociale di impresa. Tuttavia, riscontra anche che, rispetto alla proposta originaria della Commissione europea, il testo finale della direttiva appaia meno ambizioso, in ragione dei compromessi raggiunti su diversi punti dai due co-legislatori dell'Unione. Partendo da tale premessa, l'autore propone una valutazione della direttiva che mette in luce i suoi principali elementi di criticità, relativi, tra l'altro, all'ambito soggettivo di applicazione, all'estensione indiretta alle intere catene produttive, alla qualificazione degli impatti negativi ed ai diritti tutelati.

Il contributo di Angela Correra affronta il tema della tutela penale dell'ambiente nell'ordinamento europeo, esaminando le principali criticità della direttiva 2024/1203 sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce l'omonima direttiva del 2008. L'indagine si focalizza sulle più recenti tecniche e modalità di tipizzazione adottate dal legislatore europeo nella definizione delle fattispecie penalmente rilevanti, cercando di evidenziare le potenziali ricadute sull'efficacia della lotta contro la criminalità ambientale. L'obiettivo finale dell'autrice risulta l'individuazione dei principali elementi di criticità e delle prospettive di sviluppo nell'ambito della politica di giustizia penale dell'Unione a favore della protezione dell'ambiente.

Il contributo di Costanza di Francesco Maesa esamina il rapporto che intercorre tra la promozione dell'economia circolare e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ordinamento dell'Unione. L'autrice rileva che, a differenza di quanto originariamente auspicato dalle istituzioni europee, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale non sta contribuendo alla promozione dell'economia circolare. Secondo quanto rilevato dall'autrice, tale tendenza non è controbilanciata neppure degli strumenti normativi adottati dall'Unione nell'ultimo quinquennio a sostegno delle transizioni verde e digitale. Sulla base di tale premesse, l'autrice esamina in particolare la questione di come l'utilizzo dell'intelligenza artificiale possa presentare un impatto negativo rispetto all'azione esterna dell'Unione nei confronti dell'ambiente e dei diritti fondamentali delle comunità locali dei Paesi

terzi che, a seguito dell'utilizzo di tecnologie basate sull'intelligenza artificiale, rischiano di perdere il pieno accesso alle proprie risorse ambientali.

Il contributo di Francesco Buonomenna si focalizza sull'evoluzione del diritto dell'Unione in materia di energia, nel rapporto tra il buon funzionamento del mercato interno dell'energia e la promozione degli obiettivi della politica climatica europea. L'analisi dapprima descrive l'evoluzione della politica e della normativa dell'Unione in materia di energia e la progressiva istituzione del mercato europeo dell'energia. Successivamente, esamina il Green Deal come esempio dello sviluppo funzionale di un nuovo rapporto tra ambiente, clima ed energia. Infine, l'analisi si concentra sul ruolo strategico della politica energetica europea nell'interfaccia tra obiettivi economici e climatici dell'Unione.

Nell'insieme, i contributi contenuti nella presente raccolta collettanea forniscono un quadro ampio e variegato del complesso e sofisticato sistema della normativa dell'Unione adottata in attuazione del Green Deal europeo per affrontare le nuove sfide della sostenibilità ambientale. Si tratta di una materia in continua evoluzione, che si interfaccia con tutte le politiche e le azioni dell'Unione, nel contesto del combinato disposto tra le transizioni verde e digitale promosse a livello europeo. L'esame delle tematiche considerate ha evidenziato d'altronde come appaia sempre più necessario un migliore coordinamento delle diverse iniziative e misure normative dell'Unione al fine di garantire l'efficace attuazione del principio di integrazione ambientale, sancito dagli articoli 11 TFUE e 37 della Carta. In questo senso, i contributi qui riuniti possono servire a stimolare, in maniera significativa, l'intenso dibattito dottrinale in corso su queste tematiche.

M. Montini e P. Vigni

LA VALUTAZIONE DI COMPATIBILITÀ DEGLI AIUTI DI STATO ALLA LUCE DEL CRITERIO DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE "*DO NO SIGNIFICANT HARM*"

Mario Barbano[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione: transizione ecologica e intervento pubblico nell'economia. – 2. La disciplina degli aiuti di Stato a finalità ambientale. – 3. Le attestazioni del concetto di DNSH nella prassi e il difficile inquadramento sistematico. – 4. L'introduzione del criterio DNSH nella procedura di controllo degli aiuti. – 5. Prassi della Commissione relativa all'impiego del criterio DNSH nella valutazione di compatibilità degli aiuti. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione: transizione ecologica e intervento pubblico nell'economia*

L'obiettivo di neutralità climatica che l'Unione europea si propone di conseguire entro il 2050[1] richiede un complessivo riesame di tutte le altre politiche dell'Unione, in ossequio al principio di integrazione[2]. Tale esigenza

[*] Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Genova, D.R., Avvocato in Genova. Il presente contributo è stato redatto anche con il supporto dei finanziamenti ricevuti dal Ministero per l'Università e la Ricerca (MUR) nell'ambito del PRIN 2022 "Intergenerational solidarity, collective human rights claims and environmental sustainability in international and European law" (Grant agreement No. 2022F74F8T). L'autore desidera ringraziare il Prof. Francesco Munari, ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università di Genova, per i preziosi suggerimenti e la Prof.ssa Sara Poli, ordinaria di diritto dell'Unione europea nell'Università di Pisa, per i pregevoli spunti di riflessione forniti quale *discussant* nel corso del Forum AES-AISDUE, Università di Siena, 5-6 dicembre 2024. Ogni eventuale inesattezza è imputabile in via esclusiva all'autore.

[1] Come è noto, gli obiettivi correnti dell'Unione sono una riduzione del 55% delle emissioni di gas serra (rispetto ai valori registrati nel 1990) entro il 2035 e la neutralità climatica (ossia, zero emissioni nette rispetto allo stesso parametro di riferimento del 1990) entro il 2050: 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»).

[2] Così l'art. 11 del TFUE e l'art. 37 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). In dettaglio sul punto, si rinvia a F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela*

è particolarmente significativa in relazione alla politica della concorrenza, settore la cui tradizionale *ratio* economica deve conciliarsi con le nuove priorità di tutela ambientale.

Secondo l'approccio tradizionale le norme di cui agli articoli 101 ss. TFUE tutelano il mercato interno rispetto, da un lato, alle distorsioni generate dal potere economico di alcune imprese (diritto *antitrust*); dall'altro lato, a quelle che possono generarsi per effetto dell'intervento pubblico nell'economia (diritto degli aiuti di Stato)[3]. Data la sua ampiezza, tale obiettivo è stato variamente declinato nel tempo[4], e oggi la discussione avviene in relazione alle sfide dei cambiamenti climatici e della rivoluzione digitale[5].

In ambito *antitrust*, infatti, l'analisi incentrata sul benessere del consumatore, caratteristica distintiva degli ultimi decenni di *enforcement*[6], è messa in dubbio da graduali aperture a parametri non-economici, quali la sostenibilità o l'equità (quest'ultima, in particolare, nelle transazioni tra le grandi piattaforme

transnazionale dell'ambiente, Bologna, 2012, p. 81 ss. Sul rapporto tra principio di integrazione e politiche climatiche dell'Unione, si vedano M. MONTINI, *The European Green Deal from an Environmental Protection Perspective: the Missing Role of the Environmental Integration Principle*, in K. GRAAF ET AL. (eds), *Grensoverstijgende rechtsbeoefening: Liber amicorum Jan Jans*, Paris, 2021, pp. 97-104; V. KARAGEORGOU, *The Environmental Integration Principle in EU Law: Normative Content and Functions also in Light of New Developments, such as the European Green Deal*, in *EP*, vol. 8, n. 1, 2023, pp. 159-189.

[3] Sul ruolo complementare del diritto *antitrust* e degli aiuti di stato rispetto all'esercizio delle libertà fondamentali, si veda: Intergovernmental Committee on European Integration, The Brussels Report on The General Common Market (Spaak Report), Luxembourg, 1956, www.aei.pitt.edu/995/, pp. 55-57, nonché J. PIERNAS LÓPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford, 2015, p. 38 ss.

[4] Infatti, le norme dei Trattati in materia di concorrenza sono state paragonate, per loro natura, alle clausole generali di diritto interno: F. MUNARI, *Il ruolo delle clausole generali nel diritto dell'Unione europea*, in *DUE*, 2020, p. 873 ss., spec. p. 887 ss. Per una ricostruzione storica, si veda, di recente, R. STONES, *Antitrust Schools of Thought: Rethinking "Ordoliberalism" versus "the Chicago School"*, in *The Cambridge Handbook on the Theoretical Foundations of Antitrust and Competition Law*, Cambridge, 2025, forthcoming, at www.openaccess.city.ac.uk/id/eprint/33994/.

[5] Sul punto, si rinvia a D. GERBER, *Competition Law and Antitrust*, Oxford, 2020, pp. 17-28; M. STUCKE, *What is Competition?*, in D. ZIMMER (ed.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, 2012, pp. 27-53.

[6] G. GRILLO, *Consumer welfare as antitrust goal. A note*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 3, 2023, pp. 726-738; S. ALBÆK, *Consumer welfare in EU competition policy*, in C. HEIDE-JØRGENSEN ET AL. (eds.), *Aims and values in competition law*, Copenhagen, 2013, pp. 67-88.

digitali e i loro utenti)[7]. Il controllo degli aiuti di Stato, invece, si è progressivamente evoluto da meccanismo *statico* di divieto a strumento *dinamico* volto a favorire l'erogazione di "aiuti buoni"[8], in ciò supplendo soprattutto alle limitate competenze dell'Unione in materia di politica industriale[9].

In quest'ottica, la tutela ambientale può essere integrata nella politica degli aiuti di Stato sotto due profili, l'uno complementare all'altro[10].

Da un lato, in positivo, le risorse degli Stati membri possono essere orientate verso settori della transizione ecologica che, a causa di fallimenti del mercato, non attirano investimenti privati adeguati[11]. In quest'ottica, la Commissione europea ha provveduto ad inserire previsioni *ad hoc* nel regolamento di esenzione generale per categoria (GBER)[12], nei propri orientamenti sugli aiuti a finalità ambientale (CEEAG)[13], nel Quadro Temporaneo

[7] *Ex multis*, si vedano, rispettivamente, M. CAMPO COMBA, *EU Competition Law and Sustainability. The Need for an Approach Focused on the Objectives of Sustainability Agreements*, in *Erasmus Law Review*, n. 3, 2022; L. HOFFMANN, *Fairness in the Digital Markets Act*, in *EP*, vol. 8, 2023, pp. 17-23.

[8] In dettaglio, si rinvia a F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996, p. 83 ss.; cfr., di recente, A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 2020, pp. 139-155; V. DI BUCCI, *The Modernisation of State Aid Control and Its Objectives: Clarity, Relevance, Effectiveness*, in *Italian Antitrust Review*, n. 3, 2014, pp. 7-23.

[9] Si tratta, infatti, di una competenza meramente di sostegno, ai sensi degli artt. 6, lett. b) e 173 TFUE. Significativamente, l'art. 173, par. 3 TFUE, prevede che «[l'] Unione contribuisce alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1 [ossia, quelli di politica industriale] attraverso politiche ed azioni da essa attuate ai sensi di altre disposizioni dei trattati», inclusa, quindi, la politica degli aiuti di Stato. In dettaglio, v. S. MANGIAMELI, *Article 6*, in H. J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *Treaty on the Functioning of the European Union*, Cham, 2021, p. 243 ss., spec. p. 246.

[10] Cfr. S. LÜNENBÜRGER, C. HOLTMANN, J. DELARUE, *Implementation of the Green Deal: Integrating Environmental Protection Requirements into the Design and Assessment of State Aid*, in *EStAL*, 2020, p. 418 ss., spec. p. 425 ss.

[11] Un fallimento del mercato può essere determinato dalla presenza di esternalità positive, il che accade, ad es., quando un investimento va a beneficio di partecipanti al mercato diversi dall'investitore, inducendo così le imprese a sotto-investire. Sotto il profilo dell'analisi economica, si vedano: R. CORNES, T. SANDLER, *The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods*, Cambridge, 1986; J. TIROLE, *Some Economics of Global Warming*, in *Rivista di Politica Economica*, vol. 98, n. 6, 2008, pp. 9-42.

[12] Art. 36 ss. regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato.

[13] Commissione, Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022, comunicazione 2022/C 80/01.

di Crisi e Transizione (TCTF)[14], e, da ultimo, nella disciplina sugli aiuti di Stato a sostegno del *Clean Industrial Deal* (*Clean Industrial Deal State Aid Framework*, CISAF)[15].

Dall'altro lato, in negativo, il controllo sugli aiuti deve garantire che la spesa pubblica non vada nella direzione opposta agli obiettivi di decarbonizzazione dell'Unione, con il rischio di rinforzare la dipendenza da tecnologie basate sui combustibili fossili (c.d. *carbon lock-in*)[16].

Quest'ultimo approccio si ricollega al criterio della "assenza di danno significativo all'ambiente" (*Do No Significant Harm* – DNSH)[17] che, quale evoluzione e specificazione del principio di integrazione[18], offre un parametro per valutare la corrispondenza di un investimento agli obiettivi di tutela ambientale dell'Unione. Il principio DNSH è, ad oggi, applicato alla regolazione dei mercati finanziari[19], a vari settori dei finanziamenti europei incluso il dispositivo per la ripresa e la resilienza[20], e ad alcune categorie di aiuti di Stato, *in primis* quelli a finalità ambientale[21]. In particolare, in quest'ultimo caso il principio DNSH – e i criteri tecnici da esso derivanti – consentono

[14] Commissione, Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina, 2023/C 101/03.

[15] Commissione, 25 giugno 2025, Disciplina per le misure di aiuto di Stato a sostegno del patto per l'industria pulita, comunicazione C (2025) 7600final (Clean Industrial Deal State Aid Framework, CISAF).

[16] Cfr. CEEAG, cit., punto 74 e, in dottrina, J. NOWAG, L. MUNDACA, M. ÅHMAN, *Phasing out fossil fuel subsidies in the EU? Exploring the Role of State aid Rules*, in *Climate Policy*, vol. 21, 2021, pp. 1037-1052; L. HANCHER, *How to approach the risk of carbon lock-in effects in state aid analysis?*, in *State Aid Uncovered*, 27 May 2022.

[17] Secondo alcuni Autori, le origini di questo principio andrebbero ricondotte al diritto internazionale dell'ambiente e, specificamente, al principio *sic utere tuo* e al principio n. 21 della Dichiarazione UNECE di Stoccolma del 1972: M. ONIDA, *The 'Do Not (Significantly) Harm' Principle*, in K. GRAAF ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 45 ss.

[18] Artt. 11 TFUE e 37 CDFUE; cfr. anche art. 191, par. 2, TFUE (in dettaglio, V. *infra*, parr. 2 e 6).

[19] Artt. 3, 9 e 17, par. 1, regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

[20] Art. 2, n. 6), e art. 5, par. 2, regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, pp. 17-75.

[21] V. art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, interpretato alla luce degli orientamenti della Commissione, CEEAG 2022, cit.

di raffrontare gli effetti positivi dell'aiuto con gli effetti negativi per la concorrenza e gli scambi[22]. La circostanza che la Commissione richieda una valutazione DNSH anche per gli aiuti volti alla realizzazione di importanti progetti di interesse comune europeo (*Important Projects of Common European Interest* - IPCEI) dimostra il tendenziale superamento dell'orientamento tradizionale secondo cui la Commissione deve verificare la coerenza con la politica ambientale per i soli aiuti con espressa finalità ambientale[23].

Il presente contributo indaga la possibile adozione del criterio DNSH quale parametro generale per valutare la compatibilità degli aiuti di Stato al mercato interno, al fine di garantire che l'intervento pubblico nell'economia sia allineato agli obiettivi di tutela ambientale dell'Unione. Pertanto, premessa una sintetica ricostruzione della disciplina degli aiuti di Stato a finalità ambientale (par. 2), saranno approfondite le attestazioni e l'evoluzione del concetto di DNSH nel diritto dell'Unione (par. 3) e, specificamente, nella disciplina degli aiuti di Stato (par. 4), sottolineando l'opportunità di inquadramento sistematico del DNSH quale criterio di applicazione in concreto del principio di integrazione piuttosto che come principio autonomo. Successivamente, saranno esaminati alcuni esempi della prassi decisionale sull'applicazione del criterio DNSH nella procedura di controllo degli aiuti (par. 5). In conclusione, sono discusse le possibili implicazioni derivanti da una più ampia applicazione del criterio DNSH nel controllo degli aiuti, sia in prospettiva *ex ante* (valutazione di compatibilità) che *ex post* (monitoraggio e trasparenza, par. 6).

2. *La disciplina degli aiuti di Stato a finalità ambientale*

Com'è noto, una misura statale qualificabile come aiuto ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE può essere nondimeno autorizzata qualora siano soddisfatte determinate condizioni, applicabili *de jure* (art. 107, par. 2, TFUE) o in virtù di una valutazione discrezionale della Commissione (art. 107, par. 3,

[22] *Ivi*, punto 134, di cui si dirà più approfonditamente *infra*.

[23] V. art. 107, par. 3, lett. b) TFUE, come interpretato da Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, comunicazione 2021/C 528/02, 30.12.2021, spec. punto 20. In dettaglio *infra*, parr. 3-4.

TFUE)[24]. Oltre alle suddette previsioni derogatorie, ai fini della compatibilità con il mercato interno l'aiuto deve risultare conforme al diritto dell'Unione nel suo complesso[25]. Il problema si pone, in particolare, quando la violazione della norma (settoriale) dell'Unione è intrinsecamente connessa agli effetti dell'aiuto sulla concorrenza[26]; tale legame è riscontrabile in relazione alla materia ambientale[27], così come in altri ambiti della legislazione dell'Unione[28].

La necessità di rispettare le norme ambientali, tuttavia, va tenuta distinta dalla valutazione in concreto delle conseguenze ambientali dell'aiuto. Secondo la giurisprudenza dell'Unione, la Commissione è tenuta a compiere tale accertamento per i soli aiuti aventi espressa finalità ambientale[29].

L'erogazione di aiuti ambientali, infatti, è ammessa in base alla deroga "orizzontale" a favore dello sviluppo di «talune attività … economiche»

[24] Ulteriori previsioni derogatorie sono contenute agli artt. 108, par. 2, 106, par. 2 e 93 TFUE. Per approfondimenti sulla disciplina degli aiuti, si vedano: F. MUNARI, C. CELLERINO, *Art. 107 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 1073-1190; T. MAXIAN RUSCHE, *Article 107 TFEU*, in M. KELLERBAUER ET AL. (eds,), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, New York, 2019, pp. 1111-1166; F. SAECKER, F. MONTAG (eds.), *European State Aid Law*, Munich, 2016; G. TESAURO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. II, Napoli, 2021, p. 289 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 648 ss.; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011.

[25] Corte giust. 15 aprile 2008, C-390/06, *Nuova Agricast*, punto 50, nonché, più recentemente, 22 settembre 2020, C-594/18, *Austria/Commissione*, punto 44; Tribunale 24 maggio 2023, T-268/21, *Ryanair/Commissione*, punto 36.

[26] Corte giust. 19 settembre 2000, C-156/98, *Germania/Commissione*, punti 78-79; 3 maggio 2001, C-204/97, *Portogallo/Commissione*, punti 41-42; 15 giugno 1993, C-225/91, *Matra*, punto 41; 21 maggio 1980, 73/79, *Commissione/Italia* (zucchero), punto 11; 22 marzo 1977, 74/76, *Iannelli*, punti 14-15; Tribunale 31 gennaio 2001, T-197/97 e T-198/97, *Weyl Beef Products*, punto 75.

[27] In argomento, si vedano: O. PEIFFERT, *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, Paris, 2015; J. NOWAG, *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford, 2016; B. SJÅFJELL, A. WIESBROCK (eds.), *The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously*, Abingdon, 2015; N. DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, 2014.

[28] Esempi in tal senso sono offerti dalle regole in materia doganale (art. 30 TFUE), fiscale (art. 110 TFUE), di libera circolazione (art. 34 TFUE) e trasporti (art. 90 ss. TFUE). Al riguardo, cfr. Corte giust. 7 maggio 2009, C-504/07, *Antrop*, punti 28 e 31-32.

[29] Tribunale 3 dicembre 2014, T-57/11, *Castelnou Energia*, punti 187-192.

(purché esse «non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse», art. 107, par. 3, lett. c) TFUE), come specificata dagli orientamenti interpretativi della Commissione "Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022" (*Guidelines on State aid for Climate, Environmental Protection and Energy* – di seguito: «CEEAG»)[30].

Innanzitutto, le linee guida CEEAG presentano una definizione ampia di protezione ambientale, tale da ricomprendere anche la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici, nonché il principio di economia circolare[31]. Questa impostazione è, peraltro, funzionale ad estendere l'applicazione delle linee guida anche a settori i cui aiuti sono già regolati da orientamenti *ad hoc* della Commissione[32].

In secondo luogo, la finalità ambientale della misura ricade sulla valutazione di compatibilità della stessa con il mercato interno, sia per quanto concerne l'effetto di incentivazione[33], sia per quanto concerne il raffronto tra gli effetti positivi dell'aiuto e gli effetti negativi sulla concorrenza e sugli scambi[34]. Inoltre, il rispetto degli obiettivi ambientali della misura può essere oggetto di valutazione *ex post* (i.e., successiva all'erogazione dell'aiuto), come si dirà meglio in seguito[35].

[30] Sul valore giuridico delle linee guida ambientali, V. C. BANET, *Legal Status and Legal Effects of the Commission's State Aid Guidelines: The Case of the Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy (EEAG) (2014-2020)*, in *EStAL*, 2020, pp. 172-184.

[31] Commissione, CEEAG, cit., punto 19, n. 39). Cfr. anche Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020, del 28 giugno 2014, 2014/C 200/01 (EEAG 2014-2020), punto 19, n. 1).

[32] Commissione, CEEAG, cit., par. 12.

[33] A seguito della c.d. modernizzazione degli aiuti di Stato, per essere compatibili con il divieto in oggetto, gli aiuti non devono coprire dei costi che il beneficiario sosterrebbe comunque, né compensare il normale rischio d'impresa di un'attività economica. In relazione agli aiuti ambientali, l'effetto di incentivazione sussiste anche quando il beneficiario può svolgere «un'attività economica più rispettosa dell'ambiente che non svolgerebbe senza l'aiuto o svolgerebbe soltanto in modo limitato o diverso» (CEEAG, cit., punto 26). Sul punto, si veda V. MUSARDO, *Green Deal and Incentive Effect: What Is Truly Environmental Aid?*, in *EStAL*, 2021, pp. 217-228; S. VERSCHUUR, C. SBROLLI, *The European Green Deal and State Aid: The Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy towards the Future*, *ivi*, 2020, pp. 284-289, spec. p. 287 ss.

[34] Commissione, CEEAG, cit., punto 71 ss. Nel caso degli investimenti in gas naturale, è richiesto agli Stati di illustrare come intendono ridurre i rischi di *carbon lock-in* ad essi connessi: *ivi*, punto 129.

[35] *Ivi*, punto 455 ss., nonché *infra*, par. 4.

La disciplina di cui sopra opera in relazione agli aiuti ambientali *ex* art. 107, par. 3, lett. c) TFUE soggetti ad obbligo di notifica da parte dello Stato membro interessato. Tuttavia, conformemente agli artt. 108, par. 3 e 109 TFUE la Commissione può esentare dal suddetto obbligo determinati aiuti ambientali[36], in virtù di una delega che trova oggi espressione nella sezione VII del regolamento (UE) n. 651/2014 (*General Block Exempition Regulation*, GBER)[37].

La finalità ambientale può anche rilevare in relazione agli aiuti per la realizzazione di un importante progetto di interesse comune europeo (IPCEI) di cui all'107, par. 3, lett. b) TFUE. La Commissione, infatti, nel definire i criteri di compatibilità con il mercato interno degli aiuti IPCEI, attribuisce un ruolo significativo a valutazioni di carattere ambientale[38].

Infine, anche in relazione agli aiuti destinati «a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» (art. 107, par. 3, lett. b) TFUE), la Commissione ha sottolineato la necessità di tener conto degli obiettivi della transizione ecologica e digitale, come riscontrabile nelle comunicazioni adottate in risposta alla crisi pandemica (Quadro Temporaneo Covid-19)[39] e all'invasione russa dell'Ucraina (*Temporary Crisis Framework*, TCF, poi sostituito dal *Temporary Crisis and Transition Framework*,

[36] Art. 1, par. 1.a.iii del regolamento (UE) 2015/1588 del Consiglio, del 13 luglio 2015, sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali.

[37] Art. 36 ss. del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato. In dettaglio, si rinvia a B. HASLINGER, *Aid for environmental protection*, in F. SAECKER, F. MONTAG, *op. cit.*, p. 826 ss. A seguito della modifica del 2021, il GBER prevede esenzioni concernenti *inter alia* gli aiuti alla costruzione di infrastrutture di ricarica per veicoli stradali a basse emissioni e l'efficientamento energetico degli edifici, in linea con gli obiettivi del Green Deal europeo (V. art. 36-*bis* e art. 56-*sexies*, par. 8, GBER, introdotti dal regolamento (UE) 2021/1237 della Commissione, del 23 luglio 2021, recante modifica del regolamento (UE) n. 651/2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato).

[38] Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, comunicazione 2021/C 528/02, 30.12.2021, spec. punto 20, V. *infra*., par. 4.

[39] Commissione, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, comunicazione, 2020/C 91 I/01, par. 10 (il Quadro Temporaneo Covid-19 è stato emendato in più occasioni, per la versione consolidata si veda www.competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en).

TCTF)[40]. Tali attestazioni, tuttavia, hanno avuto un impatto limitato sulla prassi decisionale della Commissione, come meglio si dirà *infra*[41].

Così delineato il contesto normativo in cui si colloca il rapporto tra disciplina degli aiuti di Stato e tutela ambientale, occorre approfondire il concetto di "assenza di danno significativo all'ambiente", ovvero, appunto, DNSH.

3. *Le attestazioni del concetto di DNSH nella prassi e il difficile inquadramento sistematico*

La prima attestazione del concetto di DNSH è contenuta nella comunicazione sul Green Deal europeo e consiste in un generale impegno della Commissione "di non nuocere all'ambiente"[42], così da assicurare la convergenza tra transizione ecologica e altre politiche dell'Unione[43]. A fronte di ciò, la Commissione si assume l'impegno concreto di fornire motivazioni sull'impatto ambientale delle proprie proposte legislative e atti delegati[44].

Successivamente, il concetto di DNSH trova riconoscimento normativo in maniera assai più generale nel settore della regolazione finanziaria, ad opera del c.d. regolamento Tassonomia UE[45]: *i*) ai sensi dell'art. 3, quale criterio per valutare la corrispondenza di un investimento agli obiettivi di tutela ambientale dell'Unione, unitamente ad altri «criteri di ecosostenibilità delle attività economiche»; *ii*) ai sensi invece degli articoli 9 e 17, par. 1, secondo cui un'attività economica causa un «danno significativo all'ambiente» qualora pregiudichi il conseguimento degli obiettivi ambientali concernenti mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici (a-b), uso sostenibile delle

[40] Commissione, Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina, comunicazione 2022/C 426/01, punto 33; Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina, comunicazione 2023/C 101/03, punto 77 (i testi consolidati sono disponibili all'indirizzo www.competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/temporary-crisis-and-transition-framework_en).

[41] *Infra*, par. 4.

[42] Comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2019, Il Green Deal europeo, COM (2019) 640final, par. 2.2.5 intitolato: «Un impegno a favore dell'ambiente: "non nuocere"».

[43] *Ivi*, p. 21.

[44] *Ibidem*.

[45] Reg. (UE) 2020/852, cit.

acque e delle risorse marine (c), economia circolare e riduzione dei rifiuti (d), prevenzione dell'inquinamento (e), protezione e ripristino della biodiversità (f).

L'ampiezza di tale definizione ha reso necessaria l'elaborazione di criteri tecnici integrativi per stabilirne in concreto la portata applicativa[46], nonché valutazioni *ad hoc* per le attività più controverse (ad es., l'energia nucleare), le cui ricadute sui singoli obiettivi sono divergenti e vanno tra loro bilanciate[47].

Da parametro riferibile unicamente agli investimenti privati, il criterio DNSH è stato poi esteso agli investimenti pubblici dell'Unione. L'impulso chiave in tal senso è stato rappresentato dalla crisi pandemica e dalla consapevolezza della Commissione che «gli investimenti pubblici a favore della ripresa dovrebbero rispettare l'impegno di non nuocere all'ambiente»[48].

Questo approccio ha trovato espressione normativa nella disciplina del dispositivo di ripresa e resilienza (*Recovery and Resilience Facility*, RRF), in forza del quale è ammesso il finanziamento delle sole «misure che rispettano il principio non arrecare un danno significativo»[49], come definito nella Tassonomia UE[50]. Conseguentemente, la Commissione ha richiesto agli Stati membri di fornire una valutazione DNSH specifica per ogni componente dei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (riforme incluse)[51]. In quest'ottica, anche una sola misura in contrasto con il DNSH può giustificare la

[46] Regolamento delegato (UE) 2021/2139 della Commissione, del 4 giugno 2021, che integra il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale, come modificato dal Regolamento delegato (UE) 2023/2485 della Commissione, del 27 giugno 2023, che modifica il regolamento delegato (UE) 2021/2139 fissando i criteri di vaglio tecnico supplementari che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che talune attività economiche contribuiscono in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arrecano un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale.

[47] JRC, Technical assessment of nuclear energy with respect to the 'do no significant harm' criteria of Regulation (EU) 2020/852 ('Taxonomy Regulation'), JRC124193, 2021, spec. p. 35 ss.

[48] Comunicazione della Commissione, del 27 maggio 2020, Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione, COM (2020) 456final, p. 7.

[49] Art. 5, par. 2, reg. (UE) 2021/241, cit.

[50] *Ivi*, art. 2, n. 6.

[51] Comunicazione della Commissione, del 18 febbraio 2021, Orientamenti tecnici

mancata approvazione del piano[52], salve alcune deroghe in ambito energetico introdotte dopo lo scoppio del conflitto ucraino[53].

L'applicazione in concreto del criterio in esame alla disciplina RRF è stata chiarita dalla Commissione in appositi orientamenti tecnici[54], nei quali si è precisato che: i) la conformità al diritto nazionale e UE dell'ambiente non esonera dall'analisi DNSH[55] e ii) le risultanze della Valutazione di Impatto Ambientale («VIA») e la Valutazione Ambientale Strategica («VAS»), qualora richieste dalla misura statale in oggetto (ad es., la costruzione di un'infrastruttura) possono fornire elementi di prova in ambito DNSH, pur non sostituendosi a tale accertamento[56]. Richiami al criterio in questione sono presenti anche nella disciplina del programma di finanziamento *InvestEU*[57].

Il criterio DNSH, tuttavia, ha trovato riconoscimento nella disciplina dei fondi europei anche al di là del pacchetto *Next Generation EU* («NGEU»), con progressiva qualificazione dello stesso come principio nella legislazione e nella prassi dell'Unione; tale evoluzione, tuttavia, non è stata accompagnata un preciso inquadramento sistematico dello stesso[58].

Il regolamento sulla politica di coesione 2021-2027, infatti, riconosce la

sull'applicazione del principio «non arrecare un danno significativo» a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza, 2021/C 58/01, punto 2.1.

[52] Cfr. punto 2.5., Allegato V, regolamento (UE) 2021/241, cit.

[53] Così il novellato art. 5, par. 2 e l'art. 21-quater, par. 6, reg. (UE) 2021/241, cit., introdotti dal regolamento (UE) 2023/435 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 febbraio 2023, che modifica il regolamento (UE) 2021/241 per quanto riguarda l'inserimento di capitoli dedicati al piano REPowerEU nei piani per la ripresa e la resilienza, pp. 1-27.

[54] Sui rapporti con gli altri orientamenti tecnici, la Commissione ha precisato che «i criteri definiti nell'atto delegato relativo agli aspetti climatici della tassonomia dell'UE [i.e., il reg. (UE) 2021/2139] non hanno alcun effetto diretto e vincolante sull'attuazione del dispositivo per la ripresa e la resilienza», Tassonomia dell'UE, comunicazione societaria sulla sostenibilità, preferenze di sostenibilità e doveri fiduciari: dirigere i finanziamenti verso il Green Deal europeo, COM (2021) 188final, p. 5.

[55] 2021/C 58/01, cit., punto 2.3.

[56] *Ibidem*.

[57] InvestEU prevede, in particolare, l'obbligo di verificare l'impatto ambientale, climatico o sociale di un finanziamento e rinvia all'adozione di orientamenti DNSH: art. 8, parr. 5 e 6, regolamento (UE) 2021/523 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 2021, che istituisce il programma InvestEU e che modifica il regolamento (UE) 2015/1017. Cfr. Commissione, Orientamenti tecnici per infrastrutture a prova di clima nel periodo 2021-2027, 2021/C 373/01, spec. p. 7.

[58] In senso critico, si veda: G. M. CARUSO, *Il principio "do no significant harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in *La cittadinanza europea*, 2022, p. 135 ss.

necessità di tener conto del principio DNSH ai fini della promozione dello sviluppo sostenibile *ex* art. 11 TFUE, nonché del perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite e dell'Accordo di Parigi sul clima[59]. Mediante una nota esplicativa, la Commissione ha precisato che gli Stati membri sono tenuti a rispettare il principio DNSH nel definire ciascuna azione del programma, con la possibilità di avvalersi sul piano applicativo degli orientamenti tecnici già elaborati per il RRF[60].

Un approccio simile è adottato anche nella disciplina del meccanismo per una transizione giusta, laddove il principio DNSH è riconosciuto sullo stesso piano, tra gli altri, del principio "chi inquina paga"[61], nonché nel regolamento sul Fondo sociale per il clima (FSC)[62]. A quest'ultimo proposito, la Commissione nei propri orientamenti tecnici ha individuato alcuni «principi guida» per valutare la conformità al principio DNSH delle misure finanziate dall'FSC: i) valutazione degli effetti causati dal ciclo di vita dell'attività; ii) ponderazione di effetti diretti e indiretti; iii) prevenzione di effetti di *carbon lock-in*; iv) coerenza con gli obiettivi climatici e ambientali generali dell'UE[63].

Allo stato, pertanto, le attestazioni del criterio DNSH sono riscontrabili solo nel diritto derivato dell'Unione, il che consente di trarre alcune valutazioni di carattere sistematico. Come noto, una norma è qualificabile come

[59] Considerando n. 10 e art. 9, par. 4, del regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

[60] Commission, Application of the "Do No Significant Harm" principle under Cohesion Policy.

[61] Art. 4, par. 3, del regolamento (UE) 2021/1229 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 luglio 2021, relativo allo strumento di prestito per il settore pubblico nel quadro del meccanismo per una transizione giusta. Cfr. anche l'esclusione degli investimenti in combustibili fossili dall'ambito del Fondo per una transizione giusta: art. 9 del regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta.

[62] Art. 7, par. 3, regolamento (UE) 2023/955 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, che istituisce un Fondo sociale per il clima e che modifica il regolamento (UE) 2021/1060.

[63] Commissione, Orientamenti tecnici per l'applicazione del principio «non arrecare un danno significativo» a norma del regolamento sul Fondo sociale per il clima, comunicazione, C/2025/1596, spec. par. 1.3 ss.

principio generale di diritto dell'Unione qualora la Corte ne riconosca il fondamento nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[64] o negli strumenti internazionali di cui tutti gli Stati membri sono parte[65]. Pertanto, nonostante le attestazioni sopra richiamate, il criterio DNSH pare attualmente non soddisfare i requisiti per tale qualificazione[66]. Tuttavia, più che principio generale a sé stante, il criterio DNSH pare configurabile quale applicazione specifica del principio di integrazione[67], interpretazione che potrebbe rilanciare la capacità espansiva di quest'ultimo principio, complessivamente trascurato dal *Green Deal* europeo[68]. Sotto questo profilo, il criterio DNSH consente di integrare la politica ambientale dell'Unione con quelle relative agli investimenti (pubblici e privati)[69] e di contribuire all'applicazione in concreto dei principi di sviluppo sostenibile e di elevato livello di tutela ambientale[70].

[64] Sulla qualificazione giuridica dei principi generali del diritto dell'Unione, si vedano *ex multis* Corte giust. 12 luglio 1957, 7/56 e 3-7/57, *Algera*, punto 112 (revocabilità degli atti amministrativi); 15 maggio 1986, 222/84, *Johnston*, punto 16 ss. (diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo); 8 maggio 2019, C-230/18, *Landespolizeidirektion Tirol*, punto 57 (obbligo di motivazione della pubblica amministrazione dello Stato membro) e, per approfondimenti: J. ZILLER, *Hierarchy of Norms, Hierarchy of Sources and General Principles in European Union Law*, in U. BECKER ET AL (eds.), *Verfassung und Verwaltung in Europa*, Baden-Baden, 2014, p. 334 ss.

[65] È questo il caso della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (prima del formale riconoscimento di cui all'art. 6, par. 3 TUE) e degli altri trattati posti a tutela di diritti fondamentali, v. Corte giust. 14 maggio 1974, 4/73, *Nold*, punto 13; 21 settembre 1989, 46/87 e 227/88, *Hoechst*, punto 13.

[66] Le attestazioni in atti di diritto derivato, infatti, non sono di per sé sufficienti ai fini di tale qualificazione: Corte giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, punto 74. Si ricorda, peraltro, che gli atti derivati più recenti menzionano il criterio DNSH quale "principio", richiamandolo unitamente a principi di diritto primario: v. *supra*, par. 3.

[67] Al riguardo, si potrebbe tracciare un parallelo con il rapporto intercorrente tra il principio di parità di trattamento (quale *genus*) e il divieto di discriminazione in base all'età (quale *species*) illustrato nella sentenza *Kücükdeveci* (Corte giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, punto 50).

[68] In dettaglio, v. M. MONTINI, *op. cit.*, p. 97 ss.

[69] Sulla relazione tra aiuti di Stato e principio di integrazione, cfr. Corte giust. 22 dicembre 2008, C-487/06, *British Aggregates/Commissione*, punti 90-92; 8 settembre 2011, C-279/08, *Commissione/Paesi Bassi*, punto 75.

[70] Sui limiti e le difficoltà applicative del concetto di sviluppo sostenibile, v. F. MUNARI, *Tutela internazionale dell'ambiente*, in S. M. CARBONE ET AL (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2021, pp. 497-535, spec. p. 520, nonché sul rapporto tra concetto di

Peraltro, poiché il test DNSH richiede solo che il prospettato danno ambientale sia "significativo", la Commissione dispone di un ampio margine discrezionale nel definire in concreto tale criterio, in misura analoga a quanto riconosciuto dalla Corte in relazione al principio di integrazione[71].

4. *L'introduzione del criterio DNSH nella procedura di controllo degli aiuti*

Nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato, la necessità di tener conto degli obiettivi della duplice transizione verde e digitale è affermata per la prima volta dalla Commissione nel Quadro Temporaneo Covid-19[72]. A fronte di ciò, la Commissione ha richiesto agli Stati membri di elaborare misure di ricapitalizzazione in linea con gli obiettivi della duplice transizione[73].

Tra le altre categorie di misure delineate nel Quadro Temporaneo Covid-19 è meritevole di interesse quella del "sostegno agli investimenti per una ripresa sostenibile"[74]. Affinché tali misure possano beneficiare della deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, infatti, la Commissione è tenuta a bilanciare gli effetti positivi e negativi dell'aiuto alla luce del principio DNSH[75]. In concreto, l'analisi DNSH è effettuata mediante richiami alla disciplina tecnica della Tassonomia UE[76] ovvero del dispositivo di ripresa e resilienza[77], con un grado variabile di approfondimento.

Il bilanciamento di cui sopra è esteso a tutti gli aiuti a finalità ambientale attraverso le linee guida CEEAG[78]. Al riguardo, la Commissione precisa che

sviluppo sostenibile e principio di integrazione: P. THIEFFRY, *Manuel de droit européen de l'environnement*, 4ème édition, Bruxelles, 2024, p. 119; J. ZILLER, *General Principles of European Union Law: their Origins and Role in the Evolution of European Integration*, in *CERIDAP online*, 5 May 2025, spec. p. 6 ss.

[71] Come noto, la discrezionalità della Commissione nell'applicare il principio di integrazione è soggetta solo al limite del manifesto errore di valutazione: cfr. Corte giust. 14 luglio 1998, C-341/95, *Bettati*, spec. punto 35 ss.

[72] Commissione Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 comunicazione, 2020/C 91 I/01, punto 10.

[73] *Ivi*, punto 45.

[74] *Ivi*, punto 88 ss.

[75] *Ivi*, punto 90.

[76] Commission, SA.103565, Ireland - COVID-19: Scheme to support investment towards a sustainable recovery, C (2022) 5455final, punto 22.

[77] Commission, SA.102702, Italy - COVID-19: Investments in favour of a sustainable recovery (RRF), C (2022) 4319final, punto 27.

[78] Commissione, CEEAG, cit., punto 71 ss.

il raffronto deve avvenire alla luce dei «criteri di ecosostenibilità delle attività economiche» definiti dalla Tassonomia UE, inclusi il principio DNSH e «altre metodologie comparabili»[79]. Nell'esame degli effetti negativi della misura sulla concorrenza e sugli scambi, la Commissione può tener conto delle esternalità negative generate dalla sovvenzione, in particolare «quelle esternalità che possono ostacolare il conseguimento degli obiettivi climatici previsti dal diritto dell'Unione»[80]. La valutazione deve essere effettuata secondo una prospettiva di lungo termine, escludendo la compatibilità di misure a supporto dei combustibili fossili o che possano comunque avere effetti di *carbon lock-in*[81].

Inoltre, la Commissione si riserva di compiere una valutazione *ex post* dei regimi di aiuti che prevedono un rischio di distorsioni elevato[82], al fine di verificare il conseguimento degli obiettivi «generali e specifici» della misura (anche, quindi, quelli ambientale)[83] e, nel caso, limitarne la durata[84]. Tale analisi è obbligatoria qualora il regime di aiuto superi determinate soglie di intensità e di durata[85]. Tale valutazione deve essere svolta da un esperto indipendente rispetto all'autorità pubblica che eroga l'aiuto, sulla base di un piano di valutazione[86].

L'obbligo di raffrontare effetti positivi e negativi della misura alla luce del criterio DNSH è riconosciuto anche negli orientamenti della Commissione sugli aiuti IPCEI, in forza dei quali l'analisi DNSH assume «un peso significativo» per valutare la rispondenza all'interesse comune *ex* art. 107, par. 3, lett. b) TFUE[87]. Il punto è significativo perché attesta le potenzialità espansive del principio anche al di là della disciplina specifica degli aiuti ambientali.

Per contro, la crisi economica causata dall'aggressione russa all'Ucraina

[79] *Ivi*, punto 72.

[80] Come quelle che incidono sul funzionamento dei meccanismi di internalizzazione dei costi (quali, ad es., il sistema di scambio delle quote di emissioni).

[81] Commissione, CEEAG, cit., punto 74. Un esempio in tal senso è costituito dalle misure di incentivo all'utilizzo di gas naturale rispetto a combustibili fossili più inquinanti.

[82] *Ivi*, punto 455 ss.

[83] *Ivi*, punti 455-458.

[84] *Ivi*, punto 76.a.

[85] Ossia EUR 150 milioni per anno (oppure EUR 350 milioni complessivi) e durata superiore a tre anni (CEEAG, cit., punto 456).

[86] *Ivi*, punto 461.

[87] Commissione, IPCEI, cit., punti 20 e 25.

ha posto l'esigenza di coniugare obiettivi ambientali e sicurezza nell'approvvigionamento energetico, anche mediante un potenziamento degli investimenti pubblici in energie rinnovabili[88]. Tale contemperamento ha trovato espressione nei quadri temporanei della Commissione relativi a tale crisi (TCF e TCTF). Dapprima (TCF), la Commissione si è limitata a indicare *target* ambientali al raggiungimento dei quali gli Stati membri potessero condizionare l'erogazione di aiuti all'energia[89]. Successivamente (TCTF), la Commissione ha richiesto agli Stati membri di garantire il rispetto del criterio DNSH in relazione a misure fondate tanto sulla base giuridica dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE[90], quanto su quella dell'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE[91].

Il conflitto russo-ucraino, peraltro, ha inciso sulla scelta di modificare la disciplina del dispositivo di ripresa e resilienza alla luce del piano RePowerEU, ammettendo deroghe circoscritte alla valutazione DNSH[92]. Al riguardo, è comprensibile l'esigenza di privilegiare l'interesse alla sicurezza energetica degli Stati membri, sulla scorta delle clausole di salvaguardia previste in materia dallo stesso diritto primario dell'Unione[93]. Tale cambiamento di *policy* trova riscontro anche al di fuori della disciplina degli aiuti di Stato, come esemplificato dal regolamento sul ripristino della natura, ai sensi del quale le attività di produzione di energia rinnovabile sono presunte di «interesse pubblico prevalente» rispetto all'obbligo di ripristino e gli Stati

[88] Cfr. REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili, COM (2022) 108final.

[89] Commissione, TCTF, cit., par. 33.

[90] *Ivi*, punto 78, lett. p). Ciò peraltro, in analogia alle misure per la ripresa sostenibile del TF Covid-19, cfr. *infra*, par. 3.

[91] *Ivi*, punto 77, lett. q).

[92] Art. 5, par. 2 e l'art. 21-*quater*, par. 6, reg. (UE) 2021/241, cit., come modificati dal reg. (UE) 2023/435, cit. Anche in tali ipotesi derogatorie, peraltro, la Commissione è tenuta a verificare che la misura sia necessaria e proporzionata alle «esigenze immediate» in termini di sicurezza dell'approvvigionamento energetico, che lo Stato membro abbia intrapreso «sforzi soddisfacenti per limitare il potenziale danno agli obiettivi ambientali» e che la misura non compromette il conseguimento degli obiettivi climatici dell'Unione per il 2030 e l'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050, in base a considerazioni di tipo qualitativo (art. 21-quater, par. 6, lett. a)-c) reg. (UE) 2021/241).

[93] Cfr. art. 122, par. 1 e 194 TFUE. Com'è noto, gli Stati membri conservano il diritto di determinare la scelta tra varie fonti energetiche, fatta salva la facoltà del Consiglio di adottare all'unanimità secondo procedura legislativa speciale «misure aventi una sensibile incidenza» su tale scelta (art. 194, par. 3 e art. 192, par. 2, lett. c) TFUE). Per approfondimenti sul punto, v.: A. CUVYERS ET AL, *Towards a Climate and Energy Union*, Study requested by the AFCO committee of the European Parliament, PE 764.399, 2024.

membri possono esentare i relativi progetti dal «requisito che non siano disponibili soluzioni alternative meno dannose»[94].

Da ultimo, la disciplina sugli aiuti a sostegno del *Clean Industrial Deal* (CISAF) fornisce alcune indicazioni circa la valutazione di compatibilità di determinate categorie di aiuti *ex* art. 107, par. 3, lett. c) TFUE[95], con limitati riferimenti al criterio DNSH[96].

5. *Prassi della Commissione relativa all'impiego del criterio DNSH nella valutazione di compatibilità degli aiuti*

L'analisi degli orientamenti interpretativi della Commissione evidenzia il progressivo riconoscimento del DNSH quale criterio per valutare la compatibilità con il mercato interno di varie categorie di aiuti. Occorre, quindi, verificarne le ricadute in concreto sulla prassi decisionale.

Per quanto concerne le decisioni sulle misure del Quadro Temporaneo Covid, la Commissione si è limitata a prendere atto dell'impegno degli Stati membri di verificare *ex post* (in sede di monitoraggio) la coerenza dell'aiuto con gli obiettivi della duplice transizione, senza fornire indicazioni su come tale verifica debba avvenire[97]. Solo in casi limitati, invece, gli Stati membri hanno esercitato la propria facoltà di imporre ai beneficiari impegni di sostenibilità precisi e misurabili[98].

Un approccio simile è riscontrabile nelle decisioni sulle misure del

[94] A condizione che per i suddetti progetti sia stata effettuata una VIA o una VAS: art. 6, par. 1, regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2024, sul ripristino della natura e che modifica il regolamento (UE) 2022/869. In dettaglio, v. F. MUNARI, *La tutela della biodiversità nel nuovo regolamento 2024/1991*, in questo *fascicolo speciale*.

[95] Commissione, CISAF, cit., spec. punti 16 ss.

[96] In tal caso, la conformità al criterio DNSH è espressamente richiesta per due categorie di misure, ossia gli aiuti per la diffusione delle energie rinnovabili e dei combustibili a basse emissioni (CISAF, cit., rispettivamente, punti 56 e 81); non sono, tuttavia, fornite ulteriori indicazioni generali di carattere applicativo.

[97] Si pensi, ad esempio, agli aiuti erogati per le per ricapitalizzazioni delle imprese di rilevanza sistemica (Commissione, SA.57659, Spain - COVID 19 - Recapitalisation fund, C (2020) 5414final, punto 36.g) e dei vettori aerei (ISA.57153, Germany – Aid to Lufthansa, C (2020) 4372final, punto 79; SA.59913, France – COVID-19 – Recapitalisation of Air France and the Air France–KLM Holding, C (2021) 2488final, punto 107.b).

[98] V., ad es., Commissione, SA.57116, The Netherlands - COVID-19: State loan guarantee and State loan for KLM, C (2020) 4871final, punto 46. Cfr. Quadro temporaneo COVID-19, cit., punto 72.

TCTF, laddove la Commissione riconosce l'impegno dello Stato membro a rispettare il criterio DNSH e richiamare la definizione normativa dello stesso[99]. Durante la crisi energetica, peraltro, sono state approvate anche misure a favore di fonti energetiche fossili al di fuori del perimetro del TCTF, fondate: i) sull'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE – in questo caso prive di alcuna considerazione ambientale[100] – ovvero ii) sull'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE (riconducibili alla disciplina CEEAG)[101].

Nel caso degli aiuti del dispositivo di ripresa e resilienza, la valutazione DNSH trova limitato riconoscimento nella prassi decisionale in quanto già effettuata "a monte" in sede di approvazione dei piani nazionali[102]. Non mancano, però, casi in cui la Commissione ha proceduto al bilanciamento tra effetti negativi e positivi della misura sull'ambiente alla luce del criterio DNSH[103].

Considerazioni più ampie sono presenti, invece, nelle decisioni relative agli aiuti IPCEI, in relazione ai quali la compatibilità con il criterio DNSH è stata esaminata tenendo conto dei singoli obiettivi ambientali e della normativa dell'Unione ad essi applicabile[104]; un approccio analogo caratterizza anche le decisioni sugli aiuti CEEAG[105].

[99] Commissione, SA.105338, Finland - TCTF – RRF: Support for the development of renewable methane and renewable methanol production, C (2023) 7434final, punto 63.l; SA.108499, TCTF - Germany: Production of green hydrogen in JTF regions, C (2023) 9150final, punto 37; SA.105135, Ireland – TCTF Amendment to SA.54683 Renewable Electricity Support Scheme (RESS), C (2023) 3963final, punto 229; SA.102871, Lithuania - TCTF: Offshore wind support scheme, C (2023) 6726final, punto 95.l; SA.109042, Portugal - TCTF: Centralized purchase of renewable hydrogen and biomethane, C (2023) 9046final, punto 65.o; SA.106613, Slovenia - TCTF: Investment aid for accelerating the introduction of energy from renewable sources, storage and heat from renewable sources, C(2023) 3855 final, punto 49.k.

[100] Commissione, SA. 106095 and SA.106096, Spain-Portugal - Prolongation of MIBEL fossil-fuel cost adjustment mechanism, C (2023) 2856final, punto 51 ss.

[101] Commissione, SA.102163, Germany - Aid for the construction and operation of the Brunsbüttel on-shore LNG Terminal, C (2023) 5245final, punti 165-179.

[102] V., ad es., Commissione, SA.64685, Spain – RRF: Integrated aid measures to support the electric and connected vehicle value chain (ECV PERTE), C (2021) 9281final, punti 45-50.

[103] V., ad es., Commissione, SA.105117, Italy - Aid scheme for the use of shore-side electricity in the form of a reduction in general system charges for ship operators, C (2024) 3934final, punti 117 e 154-156; SA.102385, Slovakia – RRF: State aid scheme for the decarbonisation of industry financed by the RRF, C (2022) 7250final, punti 145-149.

[104] V., ad es., Commissione, SA.102821 – France et al. IPCEI "Hy2Infra" RRF, C (2024) 1053final, punti 222-236 e SA.64625 Austria et al. IPCEI "Hy2Tech", C (2022) 5158final, punti 354-360.

[105] V., ad es., Commissione, SA.63177, Germany - Federal support for efficient heat networks, C (2022) 5548final, punti 181-197.

Da ultimo, gli obblighi di *reporting*, monitoraggio e di adozione di piani di valutazione, riscontrabili sia nella prassi IPCEI che in quella CEEAG, non contengono riferimenti espressi al criterio DNSH, delineando una valutazione *ex post* incentrata più spesso sui risultati economici dell'aiuto[106] che su quelli ambientali[107].

6. *Conclusioni*

Nel complesso, la prassi decisionale riflette le difficoltà insite nell'applicare in concreto un principio che, per la sua natura ampia e trasversale, può incidere significativamente sul margine di valutazione discrezionale della Commissione. Se la cautela è condivisibile, anche un *under-enforcement* del principio in questione non è desiderabile e presta il fianco al rischio di *greenwashing* anche nel settore degli investimenti pubblici[108].

Sarebbe, pertanto, opportuno un intervento della giurisprudenza volto a chiarire lo *status* giuridico del criterio DNSH e il margine di discrezionalità tecnica della Commissione nella sua definizione in concreto. Allo stato, il concetto di DNSH sembra esprimere non tanto un nuovo e autonomo principio di diritto, bensì un criterio di valutazione che specifica principi già riconosciuti dal diritto primario dell'ambiente dell'Unione, in particolare il principio di integrazione[109]. Al riguardo, utili indicazioni potrebbero giungere dal contenzioso pendente innanzi al Tribunale dell'Unione sulla classificazione di singole attività economiche all'interno della Tassonomia UE[110].

Per quanto concerne specificamente gli aiuti di Stato, alcune indicazioni

[106] Cfr., ad es., in ambito CEEAG: Commissione, SA.102084, Germany – EEG 2023, C(2022) 9900 final, punti 217-218; SA.63176, Belgium - Green energy certificates in Wallonia, C (2024) 3151final, punti 142 e 174 ss.; in ambito IPCEI: IPCEI Hy2Tech, cit., punto 477 ss.; SA.64631, Austria et al., IPCEI Hy2Use, C (2022) 6847final, punto 374 ss.

[107] In tal senso si veda, Commissione, SA.104903, France - Aid to ArcelorMittal France, C (2023) 5013final, punto 87 ss.

[108] Cfr. F. COSTA-CABRAL, *Reply to European Commission Call on 'Competition Policy Supporting the European Green Deal'*, SSRN, 2021, www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.3778154, p. 3.

[109] V. *supra*, par. 3.

[110] T-215/23, *ClientEarth e a./Commissione* e T-214/23 *Greenpeace e a./Commissione* (classificazione energia nucleare), ricorsi proposti il 18 aprile 2023; T-583/22, *Fédération environnement durable e a./Commissione* e T-575/22, *Robin Wood e a./Commissione*, entrambi proposti il 16 settembre 2022.

utili possono giungere dalla giurisprudenza dell'Unione sugli aiuti Covid[111], la quale ha circoscritto l'obbligo della Commissione di raffrontare effetti positivi e negativi della misura sulla concorrenza e gli scambi e di esaminare alternative meno distorsive rispetto all'aiuto notificato dallo Stato membro[112]. Peraltro, pur ribadendo che l'obbligo di motivazione è il contraltare necessario alla discrezionalità della Commissione in sede di valutazione di compatibilità[113], la Corte ha escluso che la Commissione sia onerata a rendere specifica motivazione circa la conformità della misura di aiuto a qualunque disposizione di diritto dell'Unione che potrebbe essere astrattamente violata dalla misura stessa[114].

Poiché - come si è visto - il criterio DNSH discende direttamente da altri principi di diritto primario dell'Unione, non si vedono preclusioni ad estenderne l'applicazione alla valutazione di compatibilità di qualunque aiuto con il mercato interno, al di là dell'ambito degli aiuti IPCEI e CEEAG in cui è espressamente richiamato. Al riguardo, è possibile ipotizzare un'evoluzione del criterio DNSH sul modello di altri criteri e nozioni extra-giuridiche che incidono sull'*enforcement* del diritto degli aiuti di Stato[115], quali,

[111] In argomento, sia consentito il rinvio a: M. BARBANO, *EU State aid law as applied to the airline industry: pandemic crisis and long-term perspectives*, Turin, 2025, forthcoming.

[112] Corte giust. 23 novembre 2023, C-209/21, *Ryanair/Commissione*, punti 88-89. Escludere l'esame delle alternative meno distorsive, è peraltro, in controtendenza rispetto alla prassi recente: Commissione, CEEAG, cit., punto 39: «La misura di aiuto proposta deve essere uno strumento di intervento adeguato per conseguire l'obiettivo previsto dell'aiuto, il che significa che non deve esistere uno strumento di politica o di aiuto in grado di conseguire gli stessi risultati in modo meno distorsivo»; Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale, comunicazione 2021/C 153/01, pp. 1-46, punto 85: «gli Stati membri sono tenuti a dimostrare perché altre tipologie di aiuto potenzialmente meno distorsive [...] non siano appropriate»; Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, comunicazione 2022/C 414/01, punto 75.

[113] Tribunale 20 dicembre 2023, T-494/21, *Ryanair e Malta Air/Commissione* (Air France-KLM; COVID-19); 20 dicembre 2023, T-216/21, *Ryanair e Malta Air/Commission* (Air France; COVID-19); 7 febbraio 2024, T-146/22, *Ryanair/Commissione* (KLM II; COVID-19).

[114] Ciò «a pena di compromettere l'efficacia del procedimento previsto all'articolo 108 TFUE»: Corte giust. 23 gennaio 2025, C-490/23, *Neos*, punti 58-60. Tale orientamento, seppur continuità con la dottrina della "connessione indissolubile" sviluppata dalla Corte a partire dalla sentenza *Iannelli* (V. *supra*, par. 2), rappresenta un passo indietro rispetto all'apertura manifestata dal Tribunale nella sua pronuncia di primo grado sulla stessa causa: cfr. Tribunale 24 maggio 2023, T-268/21, *Ryanair/Commissione*, punto 36.

[115] Per approfondimenti sul punto, v. F. MUNARI, *Il ruolo delle clausole generali*, cit., p.

ad esempio, il criterio dell'operatore privato in un'economia di mercato[116] e la nozione di servizio di interesse economico generale[117].

In concreto, l'applicazione del criterio DNSH può essere estesa mediante l'aggiornamento dei rilevanti orientamenti interpretativi, ma non può prescindere da un rafforzamento dell'obbligo della Commissione di rendere adeguate motivazioni in merito agli esiti concreti dell'analisi DNSH. A tal fine, occorre un approccio multidisciplinare che fornisca le necessarie competenze tecniche in materia ambientale, ad esempio attraverso un maggiore coordinamento interno alla Commissione tra la direzione generale concorrenza (DG COMP) e la direzione generale ambiente (DG ENVI).

Inoltre, preme sottolineare come l'analisi di compatibilità con il principio DNSH non debba essere limitata alla valutazione *ex ante* della misura, ma debba estendersi anche nel monitoraggio *ex post*. Una maggiore attenzione verso quest'ultima prospettiva è già riscontrabile negli aiuti ambientali e IPCEI[118] ed è indispensabile per stabilire l'impatto concreto dell'aiuto sull'ambiente e migliorare la struttura e l'efficacia delle nuove misure di aiuto.

Una valutazione di compatibilità "ambientale" ha anche ricadute dirette sulla dimensione processuale del controllo sugli aiuti, in quanto una ricostruzione esaustiva e trasparente del bilanciamento tra effetti positivi e negativi della misura è strumentale a rafforzare il sindacato del giudice

888; O. STEFAN, *General Principles in EU State Aid Law*, in K. ZIEGLER, P. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Cheltenham, 2022, p. 441 ss.

[116] Di recente, v. Corte giust. 17 novembre 2022, C-331/20 P e C-343/20 P, *Volotea e Easyjet*, punto 113 ss. e giurisprudenza ivi citata. Per approfondimenti, v. M. CYNDECKA, *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law: Applicability and Application*, Alphen aan den Rijn, 2016.

[117] Di recente, v. Corte giust. 8 giugno 2023, C-50/21, *Prestige*, punto 75 ss. In dettaglio, v. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale – Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

[118] Come evidenziato dai c.d. Rapporti Letta e Draghi, gli aiuti IPCEI, per la loro dimensione transnazionale, possono trasformarsi in strumento di politica industriale europea, con superamento del rischio di frammentazione del mercato interno insito in ogni politica di flessibilità degli aiuti: E. LETTA, *More than a market - Speed, security, solidarity: Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, April 2024, p. 40; M. DRAGHI, *The future of European competitiveness*, Part B: In-depth analysis and recommendations, September 2024, spec. pp. 156 e 301. In generale sul tema, v. A. BORONAT, *IPCEI: a market design tool for pro-competitive industrial policies in Europe?*, in *JECLP*, 2024, p. 526, spec. p. 532 ss.

dell'Unione. Tale aspetto si ricollega alle iniziative volte a favorire l'accesso alla giustizia ambientale, garantito dalla Convenzione di Aarhus[119], anche nel settore degli aiuti di Stato[120]. Alla luce delle modifiche alla procedura di controllo degli aiuti recentemente proposte dalla Commissione[121], è possibile ipotizzare in futuro un possibile coinvolgimento delle associazioni ambientaliste nel procedimento[122], e il conseguente profilarsi di una nuova categoria di contenzioso climatico sugli aiuti[123].

I primi tasselli verso una disciplina più "verde" degli aiuti di Stato sono già stati posti; molto del suo consolidamento dipenderà dalla capacità del

[119] Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, conclusa ad Aarhus il 25 giugno 1998, UNTS, vol. 2161, p. 447 ss. In dettaglio, cfr.: A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO (a cura di), *La convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Milano, 2011; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 131 ss.

[120] Attualmente, l'applicazione della Convenzione di Aarhus al procedimento di controllo degli aiuti è esclusa ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a) del regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (c.d. regolamento Aarhus). Tale deroga è rimasta immutata nonostante la revisione del citato regolamento del 2021.

[121] Sul punto, si veda la consultazione mirata conclusa dalla Commissione il 6 settembre 2024: Commission, EU environmental and State aid law – access to justice in relation to State aid decisions, call for evidence Ref. Ares(2024)3892276. Tale consultazione prende l'avvio dalle considerazioni espresse dall'Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) sul caso ACCC/C/2015/128 (European Union) (sulle quali la Commissione si è già pronunciata attraverso una comunicazione: Commission, Communication on the findings adopted by the Aarhus Convention Compliance Committee in case ACCC/C/2015/128 as regards state aid: Analysing the implications of the findings and assessing the options available, COM (2023) 307final, 17 May 2023) e ha condotto alla recente proposta di modifica del regolamento di esecuzione (CE) 794/2004 e del Codice delle migliori pratiche in materia di aiuti di Stato: Commission, Commission invites comments on draft amendments to State aid rules with respect to access to justice in environmental matters, press release IP/25/440, 7 February 2025.

[122] Al momento, la giurisprudenza della Corte è orientata nel senso di escludere il *locus standi* delle associazioni ambientaliste che ricorrono per l'annullamento nel merito di una decisione che dichiara l'aiuto compatibile con il mercato interno: Corte giust. 10 ottobre 2017, C-640/16 P, *Greenpeace Energy*.

[123] Per un esempio concreto delle potenzialità di tale attivismo all'interno dei procedimenti amministrativi, sia consentito il rinvio a M. BARBANO, *Thinking outside the (engine) box: il locus standi delle associazioni ambientaliste innanzi ai giudici nazionali alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Deutsche Umwelthilfe (impianti di manipolazione)*, in *RGA*, n. 4, 2023, pp. 1405-1423.

criterio DNSH di assumere un rilievo sistematico nella giurisprudenza e nella prassi relative a questo settore. Senza tuttavia dimenticare che, nel contesto attuale, la prospettiva non può più essere quella del "mercato interno", ma deve guardare alla competitività dell'industria europea nel contesto globale.

Abstract (ita)

Il presente contributo indaga la possibile adozione del criterio DNSH quale parametro generale per valutare la compatibilità degli aiuti di Stato al mercato interno, al fine di garantire che l'intervento pubblico nell'economia sia allineato agli obiettivi di tutela ambientale dell'Unione, in ossequio al principio di integrazione. Premessa una sintetica ricostruzione della disciplina degli aiuti di Stato a finalità ambientale (par. 2), sono approfondite le attestazioni e l'evoluzione del concetto di DNSH nel diritto dell'Unione (par. 3) e, specificamente, nella disciplina degli aiuti di Stato (par. 4), sottolineando l'opportunità di inquadramento sistematico del DNSH quale criterio di applicazione in concreto del principio di integrazione piuttosto che come principio autonomo. Successivamente, è approfondita la prassi decisionale sull'applicazione del criterio DNSH nella procedura di controllo degli aiuti, evidenziando alcuni rischi di *greenwashing* (par. 5). In conclusione, sono discusse le possibili implicazioni derivanti da una più ampia applicazione del criterio DNSH nel controllo degli aiuti, sia in prospettiva *ex ante* (valutazione di compatibilità) che *ex post* (monitoraggio e trasparenza, par. 6).

Abstract (eng)

The paper investigates the possible adoption of the DNSH criterion as a general parameter for assessing the compatibility of State aid with the internal market, in order to ensure that public intervention in the economy is aligned with the EU environmental protection objectives, according to the integration principle. After outlining the legal framework applicable to environmental State aid (para. 2), the paper traces back the origins of the DNSH concept and its evolution in EU secondary legislation (para. 3) and, specifically, in the State aid regime (para. 4), supporting the systematic framing of DNSH as a criterion for implementing the integration principle rather than as an autonomous principle. Then, some examples of the Commission's practice on the application of the DNSH criterion in State aid procedure are examined, emphasizing some risks of greenwashing (para. 5). In conclusion, the possible implications of a broader application of the DNSH criterion in State aid control are discussed, both from an *ex ante* (compatibility assessment) and an *ex post* perspective (monitoring and transparency, para. 6).

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA DELL'ENERGIA TRA MERCATO E SVILUPPO DI OBIETTIVI CLIMATICI

Francesco Buonomenna[*]

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. La costituzione del mercato interno dell'energia. – 3. Lo sviluppo progressivo del mercato interno dell'energia e l'incidenza degli obiettivi climatici. – 4. La portata innovativa degli obiettivi di politica energetica contenuti nell'art. 194 TFUE. – 5. Il *Green Deal* nello sviluppo funzionale del rapporto ambiente, clima ed energia. – 6. Aspetti conclusivi. La "visione strategica" dell'energia tra strumenti di attuazione e limiti applicativi del *Green Deal*.

1. *Profili introduttivi*

L'energia si è posta come una costante del lungo percorso comunitario, percorso dai tratti abbastanza tortuosi, anche perché gli stessi Stati membri hanno volutamente tardato la previsione di una politica specifica. Tuttavia, l'energia ha attratto l'attenzione del diritto comunitario al punto che il percorso della sopranazionalità ha inizio con il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951, che divenne il primo anello decisionale di un sistema di integrazione economica a livello continentale europeo[1].

[*] Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Salerno.

Il presente contributo riprende alcune considerazioni in parte già esposte in F. BUONOMENNA, *La governance dell'energia nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2024, a cui sia consentito rinviare per ulteriori approfondimenti.

[1] L'industria carbosiderurgica dopo la Seconda guerra mondiale ne esce devastata e in risposta a ciò, la Dichiarazione di Schuman del 9 maggio 1950 prendeva in considerazione il complesso produttivo franco-tedesco nel settore carbosiderurgico, proponendo di sottoporlo a un'autorità comune, anticipando così l'idea di una Comunità del carbone e dell'acciaio. In tale logica il Trattato di Parigi ha rappresentato l'occasione normativa per evitare che il settore energetico, nell'impiego delle sue materie prime, fosse strumentalizzato per rafforzare posizioni militari esistenti o in corso di affermazione. Per un approfondimento delle motivazioni che hanno portato alla conclusione del Trattato di Parigi, istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, v. *ex multis* a F. BENVENUTI, *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, Padova, 1961; R. PRIEUR, *Les relations internes et externes de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*,

Ebbene, dopo un Trattato a competenza specifica, quale quello destinato alla disciplina del carbone e dell'acciaio, ci si attendeva una competenza in materia di energia nel Trattato a competenza generale istitutivo della Comunità economica europea.

Tuttavia, si è assistito a un vero paradosso giuridico[2] dettato dall'esigenza di una regolamentazione del settore, senza una base normativa specifica, per superare le resistenze dettate dai monopoli nazionali restii a collocarsi nelle regole dei Trattati. In ogni caso, l'acquisita consapevolezza del bene energia come altra «merce» – di cui la ben nota decisione della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 nella causa *Costa/Enel*, ne è una significativa rappresentazione – ha comportato un lungo percorso di regolamentazione soprattutto nei settori del gas e dell'elettricità per favorire la costituzione di un mercato interno ispirato ai principi di liberalizzazione, nonostante le menzionate resistenze statali che ne hanno rallentato il processo[3].

Certamente il Trattato di Lisbona con l'unica disposizione costitutiva del Titolo XXI dedicato all'energia, rappresenta allo stesso tempo un punto di arrivo ma anche di una nuova fase visto che coniuga l'esigenza "interna" di un ravvicinamento delle normative nazionali per il funzionamento del mercato interno, e l'esigenza "esterna" di realizzare una maggiore indipendenza energetica da Paesi terzi[4].

Paris, 1958; R. PRIEUR, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier. Activité et évolution*, Paris, 1962; R. MONACO, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Milano, 1963; R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio. Commentario*, Milano, 1970.

[2] L'espressione è attribuibile a C. BLUMANN, *Energie et Communautés européennes*, in *RTDE*, 1984, p. 572.

[3] La scelta metodologica degli Stati di preferire singole ed autonome politiche di intervento si era mostrata dannosa per gli stessi Stati, come evidenziato ampiamente nel Libro verde del 29 novembre 2000, segnalando come urgente e non rinviabile l'opzione normativa di un'apposita politica in materia di energia, che potesse inglobare anche le nuove sollecitazioni che scaturivano dagli obiettivi climatici ed ambientali. Cfr. Commissione europea, Libro verde, Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento energetico, 29 novembre 2000, COM (2000) 659def.

Ciò ha aperto la strada verso riflessioni normative che hanno portato all'inclusione di un titolo dedicato all'energia nel progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e poi di un articolo194 TFUE.

[4] A partire dalla comunicazione della Commissione al Consiglio, del 18 dicembre 1968, era già presente la consapevolezza che la dimensione esterna energetica avrebbe inciso sulla dimensione del mercato interno. Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio, del 18 dicembre 1968, *First guidelines for a Community energy policy,* COM (68) 1040final. L'analisi

Gli obiettivi di cui all'art. 194 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) si inseriscono a pieno in tale logica, promuovendo lo sviluppo di nuovi scenari dettati dall'interfunzionalità con obiettivi climatici. Da tale momento in poi si verificano diversi scenari normativi espressione della politica energetica dell'Unione dando rilevanza anche a una dimensione sociale dello stesso fenomeno.

L'accesso all'energia come principio riconosciuto anche in sede internazionale ha comportato una trasformazione dei contenuti delle posizioni ascrivibili al consumatore, che diviene esso stesso produttore di energia nelle comunità energetiche. Allo stesso tempo gli impegni internazionali di riduzione di emissioni di CO_2 divengono obiettivi strutturali dell'azione dell'Unione, ampliando la portata dell'*energy law* anche alla regolamentazione delle energie rinnovabili, rispondenti anche a una logica di indipendenza energetica da Paesi terzi.

Certamente la spinta normativa dettata anche dal *Green Deal* e dalle misure attuative apre interrogativi significativi in ordine a possibili effetti collaterali scaturenti dalle ricadute delle politiche energetiche su alcuni comparti, quale quello industriale, in vista degli obiettivi di zero emissioni da raggiungere nella *roadmap* 2030-2050. Allo stesso tempo il tema dei c.d. conflitti intra-ambientali pone ulteriori riflessioni in ordine al bilanciamento tra obiettivi climatici da raggiungere e azioni ambientali da intraprendere[5].

nella comunicazione muoveva dalla diversità tra i costi dell'energia all'interno degli Stati membri, dovuta alle diverse politiche energetiche nazionali. A ciò corrisponde il primo piano della CE di obiettivi decennali, volto a ridurre la dipendenza della Comunità, dall'energia importata e finalizzato a garantire un approvvigionamento sicuro e durevole, nel rispetto della protezione ambientale e a condizioni economiche soddisfacenti. Il documento si presenta meritevole di attenzione per aver evidenziato l'importanza di un *common energy market* per l'integrazione dei mercati degli Stati membri individuando obiettivi di lungo periodo che sarebbero stati al centro del dibattito energetico della Comunità nei decenni successivi (sicurezza, stabilità ed economicità degli approvvigionamenti, libertà di scelta dei consumatori e competitività tra i diversi tipi di energia) in quanto funzionali al raggiungimento degli scopi enunciati dall'art. 2 TCEE. Per un approfondimento di tale fase normativa, cfr. M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011, p. 8 ss.

[5] In alcune circostanze, diventa quasi inevitabile che sorgano delle controversie che hanno ad oggetto il contrasto tra le «esigenze climatiche ed energetiche, legate all'obiettivo di incrementare la produzione di energia da fonti rinnovabili, da una parte, e le esigenze ambientali, legate all'esigenza di proteggere i territori interessati dalla localizzazione delle nuove centrali di produzione di energia rinnovabile, dall'altra parte». Così, da ultimo M. MONTINI, *La sfida della transizione energetica e l'emergere dei conflitti intra-ambientali*, in questa *Rivista*, 17 febbraio 2023, p. 257 ss., in part. p. 260, consultabile online.

L'obiettivo dell'abbandono dei sistemi energetici basati sui combustibili fossili, che deve in ogni caso tener conto degli effetti derivanti dalle riconversioni industriali e le implicanti ricadute sociali, si pone per l'UE come un traguardo necessario, ma allo stesso tempo non scontato, se si vuole realizzare una transizione energetica "giusta" ed "equa", oltre che possibile[6].

Da ciò ne consegue che la fase attuale, fortemente incentrata sulla lotta ai cambiamenti climatici, prescrive revisioni giuridiche che vanno a incidere su altri settori della vita di relazione economica. Centrale in tale percorso si è posta l'agenda di trasformazione europea guidata dal richiamato *Green Deal* europeo di cui alla comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019[7] che ha trovato ulteriore specificazione per il comparto industriale nel *Clean Industrial Deal*, di cui alla comunicazione della Commissione del 26 febbraio 2025[8].

Parallelamente a tali profili si pone il dibattito in corso, in ordine all'impiego dell'energia nucleare. Merita evidenziare come l'energia nucleare è stata a lungo considerata una fonte alternativa a basse emissioni di carbonio rispetto ai combustibili fossili, costituendo quasi il 26% dell'energia elettrica prodotta nell'UE. Tuttavia, a seguito dei disastri di Chernobyl nel 1986 e di Fukushima nel 2011, ha suscitato molti dubbi in ordine al suo impiego per scopi civili e commerciali[9].

[6] Per i caratteri salienti di una transizione "giusta" nelle diverse rappresentazioni di "non lasciare indietro nessuno" secondo gli obiettivi dichiarati dall'Unione europea nel *Green Deal*, si rinvia *ex multis* a L. AMMANNATI, *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 1, 2022, p. 289 ss.

[7] Altrettanto significativa per i prossimi decenni si pone la sfida di estendere e proporre i *target* ambientali-energetici dell'UE nelle relazioni esterne (c.d. effetto Bruxelles). Per un approfondimento della necessità di far sì che gli obiettivi climatico-ambientali dell'Unione siano perseguiti anche dagli Stati terzi per avere un'incisione sostanziale nella lotta ai cambiamenti climatici, cfr. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in questa *Rivista*, 4 gennaio 2022, p. 170 ss., consultabile online.

[8] Cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 26 febbraio 2025, Il patto per l'industria pulita: una tabella di marcia comune verso la competitività e la decarbonizzazione, COM (2025) 85final.

[9] Sebbene la decisione di includere l'energia nucleare nei mix energetici spetti agli Stati membri, l'UE ha promosso da diverso tempo norme di sicurezza rigorose e la gestione responsabile dei rifiuti nucleari. Attualmente la disciplina trova fondamento nella direttiva 2011/70/Euratom del Consiglio, del 19 luglio 2011, che istituisce un quadro comunitario per la gestione responsabile e sicura del combustibile nucleare esaurito e dei rifiuti radioattivi,

Il tema, di recente, è ritornato ad avere una sua rilevanza a seguito dell'inclusione dell'energia nucleare nel c.d. regolamento tassonomia[10], in cui sono indicate da parte dell'Unione europea le energie a basse emissioni a cui gli Stati possono far riferimento per il raggiungimento degli obiettivi climatici.

Invero, l'inclusione dell'energia nucleare nell'elenco del c.d. Regolamento tassonomia non è parsa affatto scontata, considerate le diverse posizioni statali in ordine al nucleare, per aspetti incentrati sulla sicurezza delle stesse centrali nucleari[11].

Di qui una ulteriore riflessione in ordine alla valutazione del ricorso all'utilizzo delle c.d. mini-centrali nucleari, che rispetto alle centrali nucleari convenzionali più grandi, presentano diversi vantaggi, come tempi di costruzione più brevi, caratteristiche di sicurezza migliorate e una maggiore attrattiva per gli investitori privati grazie ai loro costi iniziali inferiori e ai tempi di sviluppo più brevi.

che prevede in capo agli Stati membri l'obbligo di presentare una relazione sull'attuazione della direttiva ogni tre anni.

[10] Dal 1° gennaio 2023 è entrato in vigore il regolamento delegato (UE) 2022/12, del 9 marzo 2022, che modifica il regolamento delegato (UE) 2021/2139 per quanto riguarda le attività economiche in taluni settori energetici e il regolamento delegato (UE) 2021/2178 per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni specifiche relative a tali attività economiche.

La disciplina sulla tassonomia trova il suo riferimento istitutivo nel regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, che istituisce un quadro per facilitare gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088. Tale disciplina è completata dagli atti delegati della Commissione volti a regolamentare nello specifico due profili rilevanti: uno attinente agli obblighi di informazione e di comunicazione in merito alle attività economiche ecosostenibili da parte delle imprese; l'altro profilo, invece, è attinente ai criteri di vaglio tecnico per le attività economiche che hanno le potenzialità di contribuire alla mitigazione e all'adattamento ai cambiamenti climatici.

Ad entrambi gli aspetti sono corrisposti due regolamenti delegati (regolamento delegato (UE) 2021/2178 della Commissione, del 6 luglio 2021, e regolamento delegato (UE) 2021/2139 della Commissione, del 4 giugno 2021), che hanno visto una recente modifica da parte del richiamato regolamento delegato (UE) 2022/1214 della Commissione, del 9 marzo 2022, che ha modificato, appunto, il regolamento delegato (UE) 2021/2139 per quanto riguarda le attività economiche in taluni settori energetici e il regolamento delegato (UE) 2021/2178 per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni specifiche relative a tali attività economiche. Per un approfondimento, v. F. PETRUCCI, *Tassonomia UE, tra attività "sostenibili" anche gas e nucleare*, in *ReteAmbiente*, 20 luglio 2022, consultabile online.

[11] Per alcuni significativi riferimenti in ordine all'*iter* normativo, non affatto scontato, cfr. comunicato stampa del Parlamento europeo, Tassonomia: sì all'inclusione di attività dei settori del gas e del nucleare. Il Parlamento ha respinto una mozione contro l'inclusione del gas e del nucleare tra le attività economiche eco-sostenibili, 6 luglio, 2022, consultabile online.

In tale logica il 14 febbraio 2024 la stessa Commissione ha promosso l'Alleanza industriale europea per i piccoli reattori modulari (SMR).

L'alleanza si rivolge ad un'ampia gamma di parti interessate in materia di SMR, tra cui fornitori, servizi pubblici, società nucleari specializzate, istituzioni finanziarie, organizzazioni di ricerca, centri di formazione e organizzazioni della società civile.

L'obiettivo principale dell'Alleanza è rafforzare la catena di approvvigionamento nucleare in Europa facendo leva sulla sua capacità di produzione e innovazione e rafforzando la cooperazione dell'UE. I piccoli reattori modulari, oggetto da tempo di analisi e sviluppo del programma ricerca Euratom, rappresentano un potenziale nei sistemi energetici integrati, fornendo elettricità e calore a basse emissioni di carbonio con un'impronta relativamente ridotta[12].

In combinazione con altre fonti di energia pulita, i piccoli produttori saranno chiamati a svolgere un ruolo significativo nella realizzazione della transizione verso l'energia pulita e nel rafforzamento della sicurezza energetica in Europa nei prossimi anni, contribuendo a decarbonizzare l'industria, producendo idrogeno a basse emissioni di carbonio per l'impiego industriale e civile.

È da immaginare, pertanto, un'ulteriore fase di regolamentazione da parte dell'Euratom e della stessa UE in un prossimo futuro. Rispetto alla fase precedente la regolamentazione avrà una prospettiva decisamente diversa, certamente confermativa dei profili di sicurezza e degli impianti e non solo, ma che guarderà al raggiungimento degli obiettivi energetici come prioritari rispetto alle (sia pur legittime) resistenze statali in ordine all'impiego di tale fonte energetica.

2. *La costituzione del mercato interno dell'energia*

Le persistenti prerogative nazionali sulla gestione e controllo sul settore non potevano ignorare in assoluto gli obiettivi di regolamentazione del mercato previsti dal Trattato comunitario e le necessarie esigenze normative che un settore in continua evoluzione richiedeva.

[12] Gli stessi piccoli reattori nucleari possono contribuire alla decarbonizzazione di settori con emissioni difficili da abbattere, come i trasporti, l'industria chimica e siderurgica e il teleriscaldamento.

Per tali ragioni l'intervento per l'adozione di atti derivati in materia ha comportato come necessario il ricorso, a basi giuridiche differenti[13]. Allo stesso tempo, utile si è posto il ricorso alla clausola generale contenuta nell'art. 235 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCEE, ora art. 352 TFUE) per promuovere il ravvicinamento delle normative nazionali rilevanti per l'instaurazione o il funzionamento del mercato comune.

In tale contesto, con particolare riferimento allo sviluppo del mercato interno dell'energia (gas ed elettricità), si è fatto riferimento ai principi generali dell'architettura comunitaria, tra cui il principio di libera concorrenza.

Sin dall'inizio del percorso comunitario, grazie anche al contributo della Corte di giustizia, si è associato il bene-energia alla nozione di merce, potendola così assoggettare alle regole di concorrenza.

A partire dalla storica sentenza *Costa/Enel* del 15 luglio del 1964, la Corte di giustizia ha compiuto il primo passo in quel lungo processo di ancoraggio dell'energia al Trattato che istituisce la Comunità economica europea, asserendo l'applicabilità delle norme sulla libera circolazione delle merci e sui monopoli commerciali (art. 37 TCEE, ora art. 37 TFUE) anche all'energia elettrica in quanto «merce».

Nello sviluppo successivo del processo di integrazione europea, e con le modifiche apportate dall'Atto unico europeo, prende corpo l'orientamento secondo il quale anche le imprese svolgenti attività nel settore elettrico avrebbero dovuto a tutti gli effetti essere assoggettate alle norme sulla concorrenza. Tale visione fu promossa nonostante si trattasse di «imprese incaricate di svolgere servizi di interesse economico generale» (art. 90

[13] Il corso ad altre basi giuridiche ha interessato i settori concernenti la tassazione, *ex* art. 93 TCE (ora 113 TFUE); il mercato interno, *ex* art. 95 TCE (ora 114 TFUE); l'ambiente, *ex* art. 175, parr. 1 e 2, lett. *c*), TCE (ora 192 TFUE) e reti transeuropee, *ex* artt. 154, 156 e 158 TCE, (ora 170, 172 e 174 TFUE). Non è mancato, tuttavia, il ricorso alla base giuridica dell'art 100 TCE (ora 122 TFUE) impiegata per superare difficoltà nell'approvvigionamento energetico. Certamente ciò ha posto in alcuni casi interrogativi in ordine al possibile ricorso al doppio fondamento giuridico, risolto anche secondo i parametri elaborati dalla Corte di giustizia. Sul tema cfr. ex *multis*, Corte giust. 9 ottobre 2001, C-377/98, *Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio*. Per alcune criticità evidenziate, in ordine al ricorso ad altre basi giuridiche, con particolare riferimento all'*ex* art. 95 TCE, cfr. F. MUNARI, *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in *DUE*, n. 4, 2006, in part. p. 892 ss.; M. LOMBARDO, *L'impatto del Trattato di Lisbona sulla politica energetica europea*, in *Diario Europeo*, nn. 1-2, 2009, p. 48 ss., in part. p. 50. In ogni caso, pur in assenza di una base giuridica sulla competenza energetica dell'Unione, la disciplina materiale del diritto dell'Unione dell'energia si è strutturata, fondandosi di volta in volta ora sul diritto della concorrenza, ora sul diritto ambientale, ora sui rapporti bilaterali, ora sulle relazioni esterne.

TCEE, ora art. 106 TFUE), rilevando attenzione l'attività economica posta in essere rispetto alle valutazioni precedenti orientate alla valutazione soltanto del bene.

In seguito, sarà la lettura giurisprudenziale delle regole *antitrust* del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), operata dai giudici di Lussemburgo sin dagli anni '90 del secolo scorso, a convalidare e rafforzare il predetto orientamento e a consolidare l'estensione della disciplina alle imprese energetiche[14].

La Corte, nel ricercare un punto di equilibrio, ha chiarito in che misura le imprese incaricate di svolgere servizi di interesse economico generale avrebbero dovuto essere sottoposte al regime concorrenziale, senza per questo compromettere l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico su di esse gravanti. Essa, in specie, ha definito le condizioni alle quali gli Stati potevano riconoscere alle imprese energetiche quei «diritti speciali o esclusivi» che l'art. 106 TFUE, in via di principio, rende incompatibili con un regime concorrenziale.

Nonostante questi passaggi evolutivi fondamentali, la realizzazione del mercato interno dell'energia – quale completamento del mercato unico – ha scontato limiti strutturali che ne hanno tardato l'affermazione.

Certamente, la resistenza significativa è scaturita dalla sussistenza di monopoli e dalla permanenza di diritti esclusivi di vendita, riguardanti l'importazione ed esportazione dei prodotti energetici. Allo stesso tempo, la disomogeneità tra Stati nella diversità delle fonti energetiche e delle condizioni in cui essi sono prodotte non ha favorito da subito una regolamentazione considerato che trattasi di un settore che richiede un elevato livello di cooperazione tra gestori di sistema. Per tali motivi, i mercati settoriali dell'energia elettrica e del gas naturale sono stati oggetto di intervento progressivo procedendo per fasi graduali nel tempo grazie ai cd. pacchetti energia[15].

[14] Per lo sviluppo di tale orientamento, cfr. *ex multis*, Corte giust. 27 aprile 1994, C-393/92, *Almelo*; Corte giust. 23 ottobre 1997, C-158/94, *Commissione/Italia*; Corte giust. 23 ottobre 1997, C-159/94, *Commissione/Francia*. Nella prima controversia menzionata, riguardante il Comune d'Almelo e la società Monopoli nazionali energia, la Corte al punto 18 ha in particolar modo ha evidenziato «l'interesse generale nella garanzia dell'approvvigionamento continuo di energia elettrica in tutto il territorio oggetto della concessione, a tutti gli utenti – distributori locali o consumatori finali – nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni che possono variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela». In dottrina, cfr. *ex multis* A. COLAVECCHIO, *Energia elettrica*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Torino, 2005, p. 233 ss.; G. CAIA, N. AICARDI, *Energia*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte Speciale, vol. II, Milano, 2007, p. 691 ss.

[15] Per un'analisi dei vari interventi normativi cd. pacchetti energia che si sono succeduti nelle

Il momento iniziale di questo lungo percorso coincide con l'emanazione della direttiva 90/377/CEE del 29 giugno 1990, sulla trasparenza dei prezzi per il gas e per l'energia, e della direttiva 90/547/CEE del 29 ottobre 1990, concernente il transito di energia elettrica sulle grandi reti che hanno aperto la strada alla progressiva eliminazione dei monopoli statali presenti nella maggior parte degli Stati membri.

In tale fase un ruolo significativo ha assunto la stessa Commissione, avviando una serie di pronunce di infrazione nei confronti di alcuni Stati membri (in particolare Italia, Francia e Spagna) ritenendoli responsabili di essersi riservati diritti esclusivi di importazione ed esportazione dell'energia elettrica attraverso i monopoli di importazione del gas e dell'elettricità, violando così gli obblighi incombenti di cui alle disposizione degli artt. 28, 30 e 31 TCE (ora artt. 34, 36 e 37 TFUE)[16].

Tuttavia, l'avvio delle stesse procedure di infrazione assunse un significato oltre che giuridico anche politico nel dibattito, già presente a partire dagli anni '80 del secolo scorso, in ordine alla sussistenza di monopoli volti restringere l'accesso ai mercati nazionali. Ciò comportò una convinta riflessione normativa dando vita così al primo pacchetto energia rappresentato per il mercato dell'elettricità dalla direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996[17] seguita, un anno e mezzo dopo, dall'adozione della direttiva

diverse fasi normative di intervento da parte dell'Unione europea cfr. *ex multis* S. CASSESE, *La disciplina del mercato dell'elettricità*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, n. 4, 1997, p. 753 ss.; A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, 2001; L. AMMANNATI, *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005; G. CAIA, N. AICARDI, *op. cit.*; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regole e concorrenza*, Torino, 2007; C. W. JONES, (ed.), *EU Energy Law*, vol. I e *Internal Energy Markets*, vol. II, *EU Competiton Law and Energy Markets*, Lovanio, 2007; E. GRIPPO, F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008; A. CHECCHI, *op. cit.*; E. CIARALDI, *Mercati europei dell'elettricità e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *MCR*, n. 1, 2008, p. 179 ss.; M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, cit., p. 106 ss.; F. DI CRISTINA, *L'attuazione del "terzo pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2011, p. 928 ss.; P. BERTOLINI, A. GEMMO, *Clean Energy Package*, *La transizione verso l'Unione dell'energia*, in *RGA*, 4 luglio 2019; V. DI STEFANO, E. BREDA, V. OLINI, *L'evoluzione della disciplina energetica europea: dal primo pacchetto al REPowerEU*, in *Amministrazione in cammino*, 26 settembre 2022.

[16] Sul punto cfr. *Commissione/Italia*, C-158/94, sopra citata; *Commissione/Francia*, C-159/94, sopra citata; Corte giust. 23 ottobre 1997, C-160/94, *Commissione/Spagna*.

[17] Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

98/30/CE del 22 giugno 1998[18] per il mercato interno del gas naturale, affermando principi e regole comuni in un'ottica pro-concorrenziale, al fine anche di favorire l'ingresso di nuovi operatori, sia nella fase di produzione sia in quella di vendita.

Tuttavia, gli obiettivi prefigurati di accesso alla rete proprietaria tra le società che detengono la proprietà delle reti ed effettuano la gestione delle attività di trasporto – affermazione del principio di separazione – e le imprese esercenti attività di approvvigionamento/produzione e fornitura di gas naturale, nonché l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, solo in parte vengono raggiunti.

Con la seconda fase di liberalizzazione inaugurata con la direttiva 2003/54/CE del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (direttiva elettricità)[19] e con la direttiva 2003/55/CE del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (direttiva gas)[20], viene rafforzato il principio di accesso alla rete limitando le ipotesi di deroga soltanto per la salvaguardia di interessi generali di carattere imperativo come la sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Tuttavia, le sentenze di condanna nei confronti di alcuni Stati membri per il ritardo del recepimento dei principi contenuti nel secondo pacchetto energia, con particolare riferimento alla direttiva 2003/54/CE del 26 giugno 2003, hanno contribuito al profilarsi di una successiva fase di riflessione[21].

Ciò ha comportato, dapprima il Libro verde della Commissione dell'8 marzo 2006, «Una strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura» e, in seconda battuta, l'emanazione del successivo terzo pacchetto energia comprendente un numero significativo di provvedimenti normativi, anche indice dell'esigenza di una strutturazione del processo normativo volto a superare gli "stalli" precedenti.

[18] Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

[19] Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE.

[20] Direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE.

[21] Cfr. Corte giust. 28 settembre 2006, C-353/05, *Commissione/Lussemburgo*; Corte giust. 21 giugno 2007, C-358/05, *Commissione/Spagna*.

Certamente pietre "miliari" del processo di costruzione e completamento del mercato interno dell'energia sono le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE del 13 luglio 2009, concernenti rispettivamente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale. Predette direttive, contenute nel cd. terzo pacchetto energia, sono state oggetto di recente modifica[22].

Con riferimento alle norme di organizzazione del settore (Capo II, art. 3 ss.) la direttiva 72/2009/CE prevede un rafforzamento dei diritti dei consumatori, riconoscendo agli Stati membri la facoltà di imporre alle imprese del settore dell'elettricità obblighi di servizio pubblico concernenti la sicurezza, compresa quella di approvvigionamento, la regolarità e la qualità del servizio e il prezzo delle forniture.

Rilevanti nella logica di fondo del completamento di un mercato unico dell'energia si pongono le disposizioni volte a garantire la separazione effettiva tra le attività di rete (sistemi di trasmissione e gestori di sistemi di trasmissione) e le attività di fornitura e di produzione (Capo IV, art. 9 ss.) prevedendo un articolato basato su tre opzioni[23].

Come per il settore elettrico, anche per il gas la realizzazione di obiettivi di separazione effettiva tra le attività di rete (sistemi di trasporto e gestori di sistemi di trasporto) si pone prioritario nella direttiva 73/2009/CE del 13 luglio 2009 come determinante per uno sviluppo concorrenziale del settore.

Con le stesse modalità del settore elettrico, la direttiva gas prefigura il

[22] Il cd. terzo pacchetto energia si compone del: regolamento (CE) 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; regolamento (CE) 714/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il regolamento (CE) n. 1228/2003; regolamento (CE) 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il regolamento (CE) n. 1775/2005. Proprio a completamento del pacchetto normativo centrali si sono poste la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE e la direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE.

[23] Nell'ipotesi in cui il sistema di trasmissione appartenga ad un'impresa verticalmente integrata vengono prefigurate tre ipotesi alternative: *a*) separazione integrale della proprietà («ownership unbundling»); b) ricorso a un gestore di sistemi indipendente («indipendent system operator»); c) ricorso a un gestore di trasmissione indipendente («indipendent transmission operator»).

triplice meccanismo opzionale già indicato, diversificato per alcuni aspetti applicativi dettati dalla caratterizzazione del settore.

Più in dettaglio, con la direttiva 2009/73/CE vengono stabilite norme comuni focalizzate per il trasporto, distribuzione, la fornitura e lo stoccaggio di gas naturale. Incentrata alla stessa logica degli obblighi di fornitura dei servizi elettrici si pongono le disposizioni sul rispetto degli impegni dei gestori dei sistemi di distribuzione. Essa definisce le norme relative all'organizzazione e al funzionamento del settore del gas naturale, l'accesso al mercato, i criteri e le procedure applicabili in materia di rilascio di autorizzazioni per il trasporto, la distribuzione, fornitura e lo stoccaggio di gas naturale nonché la gestione di sistemi. Va precisato che le norme stabilite dalla direttiva per il gas naturale, compreso il gas naturale liquefatto, si applicano in modo non discriminatorio anche al biogas e al gas derivante dalla biomassa o ad altri tipi di gas, nella misura in cui i suddetti gas possono essere iniettati nel sistema del gas naturale e trasportati attraverso tale sistema senza porre problemi di ordine tecnico o di sicurezza.

Il terzo pacchetto energia rappresenta decisamente l'intervento strutturato che ha meglio contributo in maniera significativa al lungo percorso normativo dell'energia, in quanto supera le preesistenti criticità di una regolamentazione calibrata soltanto su singole fasi dell'attività economica ponendo così le premesse concrete, maturate nei successivi interventi, per la realizzazione "piena" del mercato interno dell'energia[24].

Mediante le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE si hanno un ulteriore sviluppo e potenziamento dei profili concorrenziali. Diviene oggetto di regolamentazione l'intero processo economico nelle sue diverse articolazioni correlate al trasporto, distribuzione, fornitura, fasi certamente più evidenti nei mercati del gas includente l'ulteriore fase di stoccaggio di gas naturale.

Ulteriore elemento peculiare delle direttive è costituito dall'attenzione al profilo ambientale a partire ad esempio dalle valutazioni in ordine al rilascio di autorizzazioni per la costruzione di impianti, e nel quadro del sistema di trasporto e stoccaggio (Capo III, art. 9 ss. direttiva gas).

[24] Per uno spunto riflessivo in tal senso, v. F. DONATI, *La Roadmap 2050 e la governance europea dell'energia*, in *RRM*, n. 1, 2014, p. 67 ss. L'A., nell'analizzare il percorso normativo concernente nello specifico i tre pacchetti energia, evidenzia la prospettiva di una "nuova" fase regolatoria del mercato interno coincidente con la «tabella di marcia per l'energia 2050», di cui alla comunicazione della Commissione, del 15 dicembre 2011.

3. *Lo sviluppo progressivo del mercato interno dell'energia e l'incidenza degli obiettivi climatici*

Lo snodo dal terzo pacchetto dell'energia in poi è caratterizzato anche dai profili ambientali-climatici che diventano strumenti propositivi della regolamentazione settoriale.

Il lungo percorso di realizzazione del mercato interno dell'energia anche nella sua fase attuale si incrocia con lo sviluppo progressivo nella rinnovata prospettiva di riduzione delle emissioni di CO_2. Ciò comporta che la stessa logica di regolamentazione mediante i cd. pacchetti energia si confronta con provvedimenti attinenti ai mercati, anche settoriali del gas ed elettricità, non più e soltanto calibrati su principi tradizionali di mercato che hanno contraddistinto la regolamentazione, fin qui rappresentata, ma anche basati su nuovi principi ispirati all'esigenza di una transizione energetico-climatica.

Non è un caso che si fanno rientrare nel cd. quarto pacchetto energia i provvedimenti del *Clean Energy Package* adottato il 5 giugno del 2019[25]. Diversamente per le "parallele" innovazioni del mercato del gas bisogna fare riferimento alla direttiva (UE) 2019/692 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che modifica la direttiva 2009/73/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

Tra i provvedimenti costitutivi il *Clean Energy Package*, significativo si pone il regolamento (UE) 2019/943 del 5 giugno che mira a creare mercati elettrici nazionali «efficienti e integrati, che consentano un accesso non discriminatorio a tutti i fornitori di risorse e ai clienti dell'energia elettrica,

[25] Il pacchetto si compone di ben otto provvedimenti: direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'efficienza energetica; direttiva 2018/844/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia; regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima; direttiva 2018/2001/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; direttiva 2018/2002/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica; regolamento (UE) 2019/941 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica; regolamento (UE) 2019/942 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativo all'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER); regolamento (UE) 2019/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sul mercato interno dell'energia elettrica; direttiva 2019/944/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

responsabilizzino i consumatori, assicurino la competitività sul mercato globale, la gestione della domanda, lo stoccaggio di energia e l'efficienza energetica»[26].

In tale logica di principi generali, molteplici si presentano gli obiettivi normativi da perseguire, espressione di una nuova stagione normativa[27]. Tali obiettivi ai sensi dell'art. 3, par. 1 del richiamato regolamento (UE) 2019/943 sono volti a: «favorire la libera formazione del prezzo dell'energia elettrica; incoraggiare i consumatori a partecipare al mercato e alla transizione energetica; agevolare l'aggregazione della domanda distribuita e dell'offerta; consentire l'integrazione e la remunerazione a prezzi di mercato dell'energia elettrica generata da fonti rinnovabili; incentivare investimenti di lungo periodo volti alla creazione di un sistema elettrico de-carbonizzato e sostenibile; rimuovere progressivamente le barriere tra i singoli mercati energetici stabilendo norme eque per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica; agevolare lo sviluppo di un mercato all'ingrosso efficiente e trasparente, al fine di incrementare la sicurezza relativa all'approvvigionamento dell'energia elettrica; garantire ai partecipanti al mercato il diritto di accedere alla rete in modo trasparente e non discriminatorio».

In tale quadro, una novità degna di nota rispetto al percorso normativo precedente consiste nella maggiore responsabilizzazione dei soggetti coinvolti, i quali dovranno essere in grado di poter coprire i rischi di fluttuazione dei prezzi.

A tal fine, i gestori dei sistemi di trasmissione dovranno rilasciare diritti di trasmissione a lungo termine (o disporre misure equivalenti) per permettere ai partecipanti al mercato, inclusi i produttori di energia da fonti rinnovabili, di avere adeguate opportunità di copertura dei rischi finanziari contro la fluttuazione dei prezzi[28].

[26] Così art. 1, lett. *b*), regolamento (UE) 2019/943, cit.

[27] Per un esame dei provvedimenti contenuti nel quarto pacchetto energia, con particolare riferimento a quelli prettamente significativi per il mercato interno, cfr. *ex multis* P. Bertolini, A. Gemmo, *op. cit.*; AA.VV., *Derecho de la energía y clean energy package*, Pamplona, 2021; V. Di Stefano, E. Breda, V. Olini, *op. cit*.

[28] Ispirata ad una logica di contenimento dei prezzi nella prospettiva della tutela dei consumatori e che tiene ovviamente conto del principio fondante del libero mercato si pongono le previsioni degli artt. 9 e 10 del medesimo regolamento, statuendo, altresì che non dovranno essere previsti limiti minimi o massimi del prezzo all'ingrosso dell'energia elettrica (fatti salvi i limiti armonizzati sui prezzi di bilanciamento massimi e minimi e i limiti tecnici di prezzo applicabili negli orizzonti temporali di bilanciamento nei mercati del giorno prima e infragiornaliero).

Tale sistema di garanzia è possibile in quanto le norme regolanti il commercio all'ingrosso dell'energia elettrica contenute nel regolamento (UE) 2019/943 prevedono un'armonizzazione degli orari di chiusura con specifico riferimento ai cd. mercati del giorno prima e ai mercati infragiornalieri[29].

Altra novità caratterizzante la disciplina del regolamento consiste nella possibilità, ai sensi dell'art. 55, di istituire un ente specializzato operante nell'interesse dell'Unione, denominato *EU Distribution System Operators Entity* (EU DSO), il cui scopo principale consiste nel promuovere sia il completamento e il funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica, sia una gestione ottimale e coordinata dei sistemi di distribuzione e trasmissione[30].

Oltre al richiamato regolamento di revisione del mercato interno dell'energia elettrica, merita rilievo anche la direttiva (UE) 2019/944 del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica rientrante anch'essa nel *Clean Energy Package* e che dispone una revisione complessiva della previgente direttiva 2009/72/CE e della direttiva 2012/27/UE[31].

Nel suo impianto complessivo, la direttiva (UE) 2019/944 è volta ad adattare il quadro normativo alle nuove dinamiche del mercato legate all'obiettivo della decarbonizzazione del sistema energetico e ai i possibili sviluppi tecnologici, nonché ad obiettivi di partecipazione dei consumatori, potenziando gli obiettivi già maturati durante il percorso normativo degli anni precedenti, ossia accesso dei terzi all'infrastruttura di trasmissione e di distribuzione, obblighi in materia di separazione e norme sull'indipendenza delle autorità di regolamentazione negli Stati membri.

[29] Ulteriore novità significativa si rinviene nell'art. 12 del regolamento (UE) 2019/943, cit., volto a disciplinare l'attività c.d. di dispacciamento degli impianti di generazione e di gestione della domanda che deve essere non discriminatoria, trasparente e tendenzialmente basata sul mercato. In deroga a quest'ultimo aspetto, il regolamento prevede la priorità del dispacciamento a favore degli impianti di generazione che utilizzano le fonti energetiche rinnovabili aventi una capacità installata inferiore a 400 kW, limite che verrà ridotto a 200 kW per gli impianti entrati in funzione dopo il 1° gennaio 2026. Cfr. art. 12, par. 2, lett. *a*), e par. 5, regolamento (UE) 2019/943.

[30] *Ivi*, art. 55. Tra i compiti attribuiti all'EU DSO figurano le attività finalizzate a promuovere la gestione e la pianificazione delle reti di distribuzione in coordinamento con la gestione e la pianificazione delle reti di trasmissione, nonché ad agevolare l'integrazione delle fonti energetiche rinnovabili e di altre risorse incorporate nella rete di distribuzione, quali lo stoccaggio dell'energia.

[31] Direttiva (UE) 2019/944, cit.

Nella rinnovata visione, anche il rapporto prezzi di mercato e il superamento degli effetti distorsivi della concorrenza assumono – rispetto agli interventi di cui al precedente terzo pacchetto energia – una correlazione significativa non solo per potenziare il principio dell'accesso all'energia, ma anche come incentivo per le interconnessioni transfrontaliere e per gli investimenti nella nuova generazione di energia elettrica, determinando così, a lungo termine, la convergenza dei prezzi[32].

L'intervento di revisione muove dalla considerazione della sussistenza di mercati nazionali frammentati che hanno ostacolato la fornitura di energia elettrica su base paritaria e che hanno comportato un innalzamento dei costi.

Per ovviare a ciò, gli Stati membri e le autorità di regolazione, al fine di assicurare la fornitura di energia elettrica al prezzo più competitivo possibile, dovrebbero agevolare l'accesso transfrontaliero di nuovi fornitori di energia elettrica da fonti di energia diverse[33].

Per il raggiungimento di tali obbiettivi la direttiva prevede due importanti principi: la libertà di scelta del fornitore e l'opzione dei fornitori di determinare liberamente il prezzo della fornitura di energia elettrica ai clienti[34].

In relazione al primo principio, deve essere assicurato dagli Stati membri a tutti i clienti la possibilità di poter scegliere tra più di un contratto di fornitura di energia elettrica. Parallelamente, il secondo principio si colloca in una dinamica di mercato e di effettiva concorrenza, sottoposta in via eccezionale ad un sistema di deroga finalizzato ad assicurare da parte degli Stati membri la protezione dei clienti che versino in condizioni di povertà energetica[35] e dei soggetti classificabili come clienti vulnerabili[36].

[32] *Ivi*, considerando n. 19.

[33] *Ivi*, considerando n. 13.

[34] Tali principi si rinvengono rispettivamente negli artt. 4 e 5 direttiva (UE) 2019/944.

[35] In tale contesto, occorre precisare che in assenza di una di una specifica definizione normativa di "povertà energetica", l'art. 29, par. 1, direttiva (UE) 2019/944 individua alcuni criteri che potranno essere utilizzati dagli Stati membri al fine di identificare il numero delle famiglie che versino in tali condizioni, quali il basso reddito, l'elevata spesa per l'energia rispetto al reddito disponibile e la scarsa efficienza energetica. Non esistendo una misurazione standard per la povertà energetica, vi sono diversi indicatori come il *Low Income/High Costs* (LIHC) che si riferisce a un alto livello di spesa energetica combinato con un reddito inferiore alla soglia di povertà. Sul punto, si rinvia a A. FIORINI, *Contrastare la povertà energetica per una transizione inclusiva ed equa*, in *Energia, Ambiente e Innovazione*, n. 2, 2022, p. 72 ss.

[36] Ai sensi dell'art. 28 direttiva (UE) 2019/944, ciascun Stato membro è tenuto a definire il concetto di cliente vulnerabile facendo riferimento ai livelli di reddito, alla quota del reddito

L'ulteriore conseguenza strutturale di tali previsioni caratterizzante il quarto pacchetto energia non può che riguardare il potenziamento della tutela dei consumatori, e il riconoscimento agli stessi un ruolo attivo nel processo energetico[37].

Come precisato nel considerando 37 della direttiva (UE) 2019/944, tutti i consumatori dovrebbero poter trarre vantaggio dalla partecipazione diretta al mercato, in particolare adeguando i consumi in base ai segnali del mercato e, in cambio, beneficiare di prezzi più bassi dell'energia elettrica o di altri incentivi[38].

La nuova visione del mercato interno dell'energia elettrica si basa molto sulla dimensione allargata dell'inclusione responsabile dei soggetti coinvolti proponendo un modello nuovo di consumatore che diventa esso stesso produttore di energie (cd. prosumer) negli obiettivi delle Comunità energetiche.

Come fatto già cenno, anche per il mercato del gas è possibile delineare aspetti progressivi della disciplina, soprattutto con riferimento all'affermazione delle regole dell'Unione europea applicabili alla interconnessione con

disponibile destinata alle spese per l'energia, all'efficienza energetica delle abitazioni, alla dipendenza critica dalle apparecchiature elettriche per motivi di salute, all'età o altri criteri.

[37] In particolare, ai sensi dell'art. 15 della medesima direttiva, ai clienti sono riconosciuti una serie di diritti (per tali motivi definiti «attivi») volti ad: *a*) operare direttamente o in maniera aggregata; *b*) vendere energia elettrica autoprodotta, anche attraverso accordi per l'acquisto di energia elettrica; *c*) partecipare a meccanismi di flessibilità e a meccanismi di efficienza energetica; *d*) delegare a un terzo la gestione degli impianti necessari per le loro attività, compresi l'installazione, il funzionamento, il trattamento dei dati e la manutenzione, senza che il terzo sia considerato un cliente attivo; *e*) vedersi contabilizzata separatamente l'energia elettrica immessa in rete e quella assorbita dalla rete come base per il calcolo degli oneri di rete.

[38] Ciò si sostanzierebbe nel riconoscimento in capo agli stessi del diritto di poter scegliere di avere un sistema di misurazione intelligente e un contratto con prezzi dinamici dell'energia elettrica.

Ai sensi dell'art. 11 direttiva (UE) 2019/944, gli Stati membri devono assicurare ai clienti finali dotati di un contatore intelligente, la possibilità di poter concludere, su richiesta, un contratto con prezzo dinamico dell'energia elettrica con almeno un fornitore e con ogni fornitore che abbia più di 200.000 clienti finali.

In aggiunta, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare la possibilità in capo a tutti i clienti di poter acquistare e vendere servizi di energia elettrica, anche mediante l'aggregazione, indipendentemente dal loro contratto di fornitura di energia elettrica e da un'impresa elettrica di loro scelta. L'aggregazione è definita dall'art. 2, n. 18 della medesima direttiva come la funzione svolta da una persona fisica o giuridica finalizzata alla combinazione di più carichi di clienti o di energia elettrica generata, per la vendita, l'acquisto o la vendita all'asta in qualsiasi mercato dell'energia elettrica.

gasdotti e reti di Paesi terzi, potenziando così la regolamentazione del mercato interno rispetto ad una visione energetica basata per molto tempo sulla dipendenza da quest'ultimi, non sempre a vantaggio dell'intera Unione, ma spesso a beneficio energetico e commerciale soltanto di alcuni Stati membri.

A tale logica si ispira la direttiva (UE) 2019/692, del 17 aprile 2019, che modifica la direttiva 2009/73/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

In particolare, viene in considerazione l'estensione di alcune norme applicabili ai gasdotti di trasporto tra due o più Stati membri, all'interno dell'Unione, anche ai gasdotti di trasporto che collegano l'Unione con i Paesi terzi, prevedendo la sottoponibilità degli stessi alla disciplina, di c.d. *unbundling*, dapprima menzionata e contenuta nell'art. 9 della direttiva 2009/73/UE.

La rilevanza di tale profilo scaturisce dal dato che la valutazione giuridica del terminale del gasdotto nel Paese terzo non si presenta indifferente alle ricadute sul mercato interno dell'energia e alla sicurezza degli approvvigionamenti.

Per tali motivi la novellata disciplina ritiene che i gasdotti, laddove colleghino un impianto di produzione di petrolio o gas di un Paese terzo ad un impianto di trattamento o ad un terminale costiero di approdo all'interno di uno Stato membro, dovrebbero essere considerati reti di gasdotti a monte con la relativa applicazione di disciplina[39].

Diversamente i gasdotti che collegano un impianto di produzione di petrolio o di gas di uno Stato membro a un impianto di trattamento o a un terminale costiero di approdo all'interno di un Paese terzo non dovrebbero essere considerati reti di gasdotti a monte, data l'improbabilità di un impatto significativo sul mercato interno dell'energia di siffatti gasdotti.

Rilevante ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione, pertanto, si pone la modifica all'art. 1 della definizione di «interconnettore» già contenuta nella direttiva 2009/73/UE, quale una linea di trasporto (gasdotto), che attraversa o si estende oltre una frontiera tra Stati membri con l'unico scopo di collegare i sistemi nazionali di trasporto di tali Stati membri.

La nuova definizione estende la qualifica di interconnettori anche ai

[39] L'applicabilità della direttiva 2009/73/CE ai gasdotti di trasporto, da e verso i Paesi terzi è circoscritta al territorio degli Stati membri. Per quanto riguarda i gasdotti di trasporto *offshore*, la direttiva 2009/73/CE trova applicazione anche per le acque territoriali dello Stato membro in cui è situato il primo punto di interconnessione con la rete degli Stati membri.

gasdotti di trasporto tra uno Stato membro e un Paese terzo fino al confine del territorio degli Stati membri o alle acque territoriali di tale Stato membro[40].

L'esatta individuazione e qualificazione di interconnettore dei gasdotti che collegano l'Unione con i Paesi terzi, comporta l'applicazione della disciplina contenuta all'art. 9 della direttiva 2009/73/UE sul c.d. *unbundling*, inteso quale obbligo della separazione proprietaria tra le società che detengono la proprietà delle reti ed effettuano la gestione delle attività di trasporto e le imprese esercenti attività di approvvigionamento/produzione e fornitura di gas naturale.

In conseguenza dell'affermazione del principio dell'*unbundling* nei confronti delle imprese di gasdotti che collegano l'Unione con i Paesi terzi, vi è la previsione di un sistema di deroghe già presenti nella disciplina di cui alla di cui alla direttiva 2009/73/UE[41] e ulteriormente estese anche ad una nuova fattispecie prevista all'art. 49-*bis* della direttiva (UE) 2019/692. Vale la pena evidenziare che proprio il predetto art. 49-*bis* si è posto al centro di una controversia giudiziaria terminata con la sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia del 12 luglio 2022[42].

[40] Nel caso dell'Italia, anche ai gasdotti di trasporto, dal limite delle acque territoriali italiane fino al primo punto di interconnessione con la rete italiana di trasporto.

[41] Le deroghe richiamate e presenti già nella precedente disciplina sono quelle di cui ai parr. 8 e 9 dell'art. 9 e quelle contenute di cui all'art. 14 direttiva 2009/73/ CE di cui al 13 luglio 2009.

[42] Corte giust. 12 luglio 2022, C-348/20 P, *Nord Stream 2 AG/Parlamento e Consiglio*.

La vicenda ha origini dall'impugnativa, per l'annullamento della direttiva (UE) 2019/692 innanzi al Tribunale di primo grado in data 26 luglio 2019, da parte della ricorrente società di diritto svizzero Nord Stream 2, responsabile della progettazione, della costruzione e della gestione del gasdotto *offshore* Nord Stream 2. Tra i sei motivi sollevati viene richiamata, per l'appunto, l'applicazione del sistema di deroghe di cui alla direttiva 73/2009/CE del 13 luglio 2009 e l'ulteriore fattispecie di cui 49-*bis* della direttiva (UE) 2019/692 che estende, come fatto cenno, il sistema di deroghe ai gasdotti di trasporto tra uno Stato membro e un Paese terzo completati prima del 23 maggio 2019. Nel successivo giudizio innanzi alla Grande sezione della Corte, quest'ultima data si pone particolarmente rilevante considerato che la data di conclusione dei lavori di completamento del gasdotto *offshore* Nord Stream 2 è stata ritenuta non compatibile proprio con il termine del 23 maggio 2019, di cui alla data di entrata in vigore della direttiva.

La Corte nel ribaltare il convincimento del Tribunale (punto 77), che aveva ritenuto la Nord Stream 2 priva di un interesse qualificato all'impugnativa della direttiva (UE) 2019/692, ha in ogni caso ritenuto non applicabile l'ipotesi di deroga di cui all'art. 41 *bis*, in quanto i lavori di completamento del gasdotto non erano stati completati alla data di entrata in vigore della direttiva (punto 104).

Ulteriore modifica della disciplina, introdotta dalla direttiva (UE) 2019/692 del 17 aprile 2019, riguarda la regolamentazione delle controversie transfrontaliere sull'accesso alla rete di gasdotti a monte e che introduce una procedura concertativa tra gli Stati membri ai fini della risoluzione delle controversie[43].

La stessa direttiva dispone la competenza delle Autorità nazionali di regolamentazione in caso di infrastrutture, da e verso un Paese terzo[44].

4. *La portata innovativa degli obiettivi di politica energetica contenuti nell'art. 194 TFUE*

Il lungo percorso comunitario, privo di una specifica base giuridica in materia di energia, non poteva non confrontarsi con nuove istanze energetiche reclamanti risposte normative settoriali, sia dal punto di vista della realizzazione del mercato interno sia dal punto di vista delle relazioni esterne.

L'esigenza di raggiungere obiettivi di indipendenza energetica da Paesi terzi, associata alla realizzazione di obiettivi ambientali espressione anche di

[43] Nello specifico, ai sensi dell'art. 1, n. 4), direttiva (UE) 2019/692 è previsto che «[i]n caso di controversie transfrontaliere si applicano le disposizioni sulla risoluzione delle controversie relative allo Stato membro che ha giurisdizione sulla rete di gasdotti a monte che nega l'accesso. Se, nelle controversie transfrontaliere, la rete interessata fa capo a più di uno Stato membro, gli Stati membri interessati si consultano tra loro al fine di garantire che le disposizioni della presente direttiva siano coerentemente applicate. Se la rete di gasdotti a monte ha origine in un paese terzo e si collega ad almeno uno Stato membro, gli Stati membri interessati si consultano tra loro e lo Stato membro in cui è situato il primo punto di ingresso verso la rete degli Stati membri consulta il paese terzo interessato in cui ha origine la rete di gasdotti a monte al fine di garantire, per quanto concerne la rete interessata, che la presente direttiva sia coerentemente applicata nel territorio degli Stati membri».

[44] Art. 1, n. 6), che sostituisce la lett. *c*) del par. 1 dell'art. 41 direttiva 2009/73/UE; art. 1, n. 7), che aggiunge il par. 6 all'art. 42 direttiva 2009/73/UE.

L'Autorità di regolazione dello Stato membro in cui è situato il primo punto di interconnessione con la rete degli Stati membri può cooperare con le pertinenti Autorità del Paese terzo – dopo aver consultato le Autorità di regolazione degli altri Stati membri interessati – al fine di garantire che la direttiva sul mercato del gas sia coerentemente applicata nel territorio degli Stati membri. In generale, viene previsto che le Autorità di regolazione o le altre Autorità competenti di uno Stato membro, che operano in cooperazione tra loro, possono, relativamente all'esercizio dell'infrastruttura del gas da e verso i Paesi terzi, consultare le pertinenti Autorità dei Paesi terzi e cooperare con esse al fine della corretta applicazione della direttiva nel territorio e nelle acque territoriali dello Stato membro.

target maturati in sede internazionale, richiedeva una risposta non più rinviabile di una politica specifica in materia di energia da parte dell'Unione.

Con il Libro verde «Una strategia per un'energia sostenibile, competitiva e sicura» dell'8 marzo 2006[45] si prende atto concretamente dell'esigenza di una "nuova" strategia energetica volta a garantire la sicurezza degli approvvigionamenti energetici («security of supply»); limitare la dipendenza dalle importazioni di idrocarburi («competitiveness»); coniugare le politiche energetiche con il contrasto al cambiamento climatico («sustainability»)[46].

Tali profili entrano a pieno nello sviluppo dei negoziati del Trattato di Lisbona confluendo in uno specifico Titolo XXI dedicato all'energia[47].

[45] Commissione europea, Libro verde – *Una strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura*, 8 marzo 2006, COM (2006) 105def.

[46] Nel Libro verde da ultimo menzionato vengono individuate cinque priorità: a) completamento dei mercati interni dell'energia elettrica e del gas; b) aumento della sicurezza energetica; c) sviluppo di un mix energetico sostenibile, efficiente e diversificato; d) lotta al riscaldamento globale volta a riconoscere una posizione di leadership a livello globale dell'UE; e) maggiori investimenti nella ricerca. Tali priorità si sono poste alla base anche dei successivi pacchetti integrati sull'energia e cambiamenti climatici, inaugurando una "nuova" stagione del diritto dell'energia dell'Unione europea. Per un approfondimento della rilevanza del Libro verde dell'8 marzo 2006 e per un'analisi degli obiettivi climatici in esso contenuti, posti a base nelle strategie di lotta ai cambiamenti climatici degli anni successivi da parte dell'UE, cfr. A. CHECCHI, *La politica energetica dell'Unione Europea*, Dossier n. 109, Servizio Studi Senato della Repubblica, 2009; C. CORAZZA, *Ecoeuropa. Le nuove politiche per l'energia e il clima*, Milano, 2009; M. BOCCACCI MARIANI, G. M. PIANA, *Energia e ambiente nel Trattato di Lisbona*, in AA.VV. (a cura di), *Il Trattato di Lisbona: genesi, struttura e politiche europee*, in *Quaderni europei*, n. 28, 2011, p. 9 ss., in part. p. 14.

[47] Va precisato, che i termini della discussione in ordine alla necessità di una specifica base giuridica, maturi già agli inizi degli anni duemila avevano portato ad inserire nella Sezione X del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa – firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e, come noto, non entrato mai in vigore – una specifica diposizione, ovvero l'art. III-256. I negoziati del Trattato di Lisbona hanno confermato il contenuto di tale disposizione prevedendo due ulteriori e significative innovazioni, concernenti il richiamo al principio di solidarietà e la previsione di un ulteriore obiettivo da perseguire, ossia l'obiettivo dell'interconnessione delle reti energetiche.

Il Titolo XXI dedicato all'energia si compone del solo art. 194 TFUE, ai sensi del quale: «1. Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche.

In un solo e unico art. 194 TFUE vengono registrati quei caratteri di identità della politica energetica dell'Unione che nel tempo si sono meglio affermati e che nei documenti ufficiali delle istituzioni sono sintetizzati con l'espressione «politica energetica competitiva, sostenibile e sicura»[48].

Volgendo attenzione alla previsione normativa di cui all'art. 194 TFUE,

2. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al paragrafo 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni.

Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'articolo 192, paragrafo 2, lettera c).

3. In deroga al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, stabilisce le misure ivi contemplate se sono principalmente di natura fiscale».

Per un commento all'art. 194 TFUE, cfr. *ex multis* V. TERMINI, *Energia e istituzioni europee*, in S. MICOSSI, G. L. TOSATO (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo. Nel dubbio per l'Europa*, Bologna, 2008, p. 113 ss.; M. ONIDA, *Commento all'art. 194 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012; M. MARLETTA, *Titolo XXI*, *Energia*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1650 ss.; T. M. MOSCHETTA, *Energia*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1116 ss. Con particolare riferimento alla dottrina straniera, cfr. *ex multis* F. BAUMANN, J. TUREK, *Die europäische Energiepolitik im Vertrag von Lissabon*, in W. WEIDENFELD (hrsg.), *Lissabon in der Analyse*, Baden-Baden, 2008, p. 157 ss.; J. F. BRAUN, *EU Energy Policy under the Treaty of Lisbon Rules. Between a New Policy and Business as Usual*, 2011, consultabile online; M. DERDEVET, *L'énergie dans le traité de Lisbonne: un premier pas vers une communauté européenne de l'énergie?*, in A. RACCAH (sous la direction de), *Le traité de Lisbonne: de nouvelles compétences pour l'Union européenne ?*, Paris, 2012, p. 155 ss.; L. HANCHER, F. M. SALERNO, *Energy Policy after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 367 ss.; A. JOHNSTON, E. VAN DE MAREL, *'Ad Lucem?' Interpreting the New EU Energy Provision and in Particular the Meaning of Art. 194 (2) TFEU*, in *European Energy and Environmental Law Review*, n. 5, 2013, p. 181 ss.; K. HARALDSDOTTIR, *The Limits of EU Competence to Reegulate Conditions for Exploitation of Energy Resources: Analisys of Article 194(2) TFEU*, *ivi*, n. 6, 2014, p. 208 ss.; K. HUTHA, *The Scope of State Sovereignty under Article 194(2) TFEU and the Evolution of EU Competences in the Energy Sector*, in *ICLQ*, n. 4, 2021, p. 991 ss.

[48] Tali espressioni sintetiche, ma allo stesso tempo emblematiche dei caratteri della politica energetica dell'Unione europea così come strutturata negli obiettivi di cui all'art. 194 TFUE si rinvengono nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 10 novembre 2010, Energia 2020: strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura, COM (2010) 639def.

la lista degli obiettivi appare da subito impegnativa proprio per la propria eterogeneità: alcuni hanno carattere più generale (il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione); altri sono specifici (risparmio energetico, efficienza energetica, sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili e interconnessione delle reti). Taluni, inoltre, manifestano da subito la loro dimensione "europea" (funzionamento del mercato dell'energia ed interconnessione delle reti energetiche). Altri ancora si identificano con le finalità tipiche delle politiche energetiche nazionali (sicurezza dell'approvvigionamento energetico, utilizzo delle fonti da energia rinnovabile e risparmio energetico), che assumono anche finalità europee[49].

Pur trattandosi di una sola norma, essa rappresenta il punto di arrivo e allo stesso tempo il punto di partenza della politica energetica, definendone i principali ambiti ed obiettivi generali, in una cornice nuova di richiamo alla solidarietà tra gli Stati membri[50]. In altri termini, gli obiettivi della disposizione in oggetto possono essere articolati in due categorie: obiettivi ricognitivi del percorso comunitario fino al Trattato di Lisbona e obiettivi rispondenti a ulteriori esigenze che caratterizzano la fase attuale[51].

Escluso il primo obiettivo, ossia quello di garantire il funzionamento del

[49] Per un inquadramento sistematico degli obiettivi richiamati, si rinvia a M. MARLETTA, *Energia*, in *Enc. dir*., vol. Annali. VIII, 2015, p. 396 ss. In ogni caso, alla trattazione di alcuni dei principali obiettivi sarà dedicata specifica attenzione nel corso dello sviluppo dello studio *ratione materiae*.

[50] Il riferimento e richiamo al principio di solidarietà è stato aggiunto nella fase conclusiva dei negoziati del Trattato di Lisbona su richiesta della delegazione polacca a fronte della dipendenza di alcuni Paesi dell'Est dalle importazioni energetiche dalla Russia e come reazione alla crisi energetica verificatasi a metà degli anni duemila, durante la quale la fornitura di gas venne sospesa per un lungo periodo con importanti conseguenze per l'Unione europea. Per un'analisi del principio nel contesto della politica energetica v. *ex multis*, T. M. MOSCHETTA, *La politica energetica dell'Ue quale "laboratorio sperimentale" per la solidarietà europea*, in *EJ*, n. 2, 2025, p. 322 ss.

[51] Si pensi ad esempio gli obiettivi di risparmio energetico, efficienza energetica e sviluppo di energie nuove e rinnovabili (art. 194, lett. *c*), TFUE) la cui promozione da parte dell'Unione rappresenta una costante soprattutto nella fase attuale di pieno sviluppo della c.d. transizione energetica. L'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali (e dunque di quelle energetiche) è ribadita anche all'interno delle norme sull'ambiente (art. 191 TFUE). Ciò sarà ulteriormente precisato in seguito, in ordine alla complessità del coordinamento delle esigenze ambientali con quelle energetiche, sottolineato a più riprese nei documenti della Commissione e testimoniato dallo spazio sempre maggiore riservato alle politiche energetiche che migliorano l'ambiente.

mercato dell'energia di cui alla lett. *a*), gli altri – sia pure in misura differente – si presentano innovativi del percorso energetico dal punto di vista normativo. È inutile precisare che gli obiettivi indicati dall'art. 194 TFUE non possono essere raggiunti se non mediante un'azione coordinata che si prefigga anche il raggiungimento di altre politiche prioritarie per l'Unione e strettamente collegate ai temi energetici. Questi ricadono nella politica ambientale e in particolare nella lotta ai cambiamenti climatici (art. 191 TFUE), nella politica riguardante le reti transeuropee, il mercato interno e la libera circolazione delle merci e la concorrenza.

Allo stesso modo centrale si presenta la realizzazione di un punto di equilibrio tra azione statale e potere di intervento dell'Unione, anche perché ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. *i*), TFUE, l'energia rientra tra le materie di competenza concorrente.

Nonostante un superamento organico della visione stato-centrica, lo stesso art. 194, par. 2, TFUE dà atto della tensione tra l'idea di un comune approccio dell'Unione e di quello nazionale basato sugli interessi dei singoli Stati, prevedendo che la legislazione UE non incida sul «diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra le varie fonti energetiche e la struttura generale suo approvvigionamento energetico»[52].

Non si può, tuttavia, negare come è stato evidenziato dalla dottrina, che la struttura della norma presenti un grado di «ambiguità»[53] in quanto, da un lato, istituisce una competenza concorrente; dall'altro, mantiene in capo agli Stati membri un'ampia libertà di scelta, riflettendosi anche sulla diversa procedura da seguire in caso di adozione degli atti[54]. Infatti, l'adozione della

[52] Così agli Stati è riconosciuta la possibilità di mantenere importanti diritti nel settore energetico, espressione della "sovranità" sulle risorse e della facoltà di realizzare mix energetico nazionale. Cfr., inoltre, dichiarazione n. 35 allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, in cui si specifica che l'art. 194 TFUE non pregiudica il diritto degli Stati membri di adottare le disposizioni necessarie per garantire il loro approvvigionamento energetico alle condizioni previste dall'art. 347 TFUE, ossia in casi di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico, in caso di guerra, di grave tensione internazionale che costituisca una minaccia di guerra per far fronte agli impegno da essi assunti ai fini della pace e della sicurezza internazionale.

[53] L'espressione è attribuibile a O. POLLICINO, *Le energie rinnovabili nel diritto dell'Unione europea*, in AA.VV. (a cura di), *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, Napoli, 2014, p. 613.

[54] Viene evidenziato come le competenze in materia di energia «si intersechino tra di loro e si connettano come i tasselli di un puzzle. Infatti gli interessi divergenti dei diversi attori si combinano tra di loro e producono una forte intersezione che rappresenta il tessuto di ogni

procedura legislativa ordinaria come regola nell'adozione degli atti di diritto dell'Unione in materia di energia lascia spazio alla procedura legislativa speciale solo qualora un atto europeo incida sulla sua struttura generale di approvvigionamento e sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle proprie fonti energetiche, prevedendo tra l'altro il voto unanime del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale europeo e del Comitato europeo delle Regioni.

Ciò può trovare una spiegazione nel dato non trascurabile che gli obiettivi posti dall'art. 194 TFUE si riferiscono a fonti energetiche molto diverse tra loro sotto più aspetti (fisici, merceologici, strategici) e non ultimo per il luogo di produzione[55]. Questa diversità circa l'origine incide, altresì, sulla combinazione di competenze Unione/Stato membro nella realizzazione degli obiettivi dell'art. 194 TFUE, pur restando sempre nell'ambito di una competenza parallela.

A conferma di questa tesi può ricordarsi che le norme sull'instaurazione di un mercato interno di elettricità e gas, sebbene caratterizzate da una marcata simmetria di regolamentazione, impongono livelli di liberalizzazione in parte diversi[56].

politica come quella per le rinnovabili, per l'efficienza energetica o per la sicurezza degli approvvigionamenti». Così, L. AMMANNATI, *La transizione dell'Unione Europea verso un nuovo modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato*, in *Energia, ambiente e innovazione*, n. 2, 2018, p. 88 ss.

In ogni caso, relativamente all'applicazione del principio di sussidiarietà al settore dell'energia va ricordato che, trattandosi di una materia con versanti fortemente transnazionali (il mercato interno, l'approvvigionamento, la tutela dell'ambiente, le reti), difficilmente potrebbe contestarsi la necessità di un'azione europea in luogo di quella nazionale. Ciò nonostante, se si guarda all'*acquis* normativo formatosi nei vari comparti energetici, emerge che le istituzioni comunitarie hanno dato sinora prova di volerne tenere conto senza ovviamente dimenticare che, anche in questo campo, la legittimità della misura da intraprendere resta in definitiva affidata ai parametri della congruità e dell'adeguatezza sottesi al principio di proporzionalità. Per un approfondimento delle dinamiche del sistema delle competenze in materia, cfr. K. TALUS, P. AALTO, *Competences in EU Energy Policy*, in R. LEAL-ARCAS, J. WOUTERS (eds.), *Research Handbook on EU Energy Law and Policy*, Cheltenham, 2017, p. 20 ss.; K. HARALDSDOTTIR, *op. cit.*, p. 211 ss.; K. HUHTA, *The Scope of State Sovereignty under Article 194(2) TFEU and the Evolution of EU Competences in the Energy Sector*, in *ICLQ*, n. 4, 2021, p. 991 ss.

[55] Come noto, petrolio e gas sono in larghissima parte importati nell'Unione. L'energia elettrica, viceversa, è di produzione europea. Diversamente, in larga parte le fonti da energia rinnovabile sono legate ad un contesto esclusivamente "locale".

[56] Sin dall'inizio, per il settore elettrico è stato più semplice configurare una disciplina

5. *Il* Green Deal *nello sviluppo funzionale del rapporto ambiente, clima ed energia*

A partire dagli anni '50 del secolo scorso, come già notato, il settore dell'energia ha interessato il diritto comunitario in una visione legata all'impiego delle risorse carbosiderurgiche e di sicurezza nucleare per scopi prevalentemente industriali rispetto a obiettivi civili. Il medesimo settore è poi stato interessato nella successiva fase da riforme anticoncorrenziali di sviluppo di mercati energetici tradizionali.

Diversamente, il percorso del diritto ambientale da parte del diritto comunitario e dell'Unione è stato mosso da obiettivi di tutela dall'inquinamento, anche ricorrendo ad altre basi giuridiche, prima che si configurasse una specifica base normativa a protezione dell'ambiente[57].

per tutte le fasi della filiera elettrica (generazione, trasmissione, distribuzione/vendita), svolgendosi queste nello "spazio" dell'Unione. Diversamente è avvenuto per il gas, ove le fasi regolamentate sono solo alcune (trasporto, stoccaggio, distribuzione/vendita), collocandosi la fase della produzione/estrazione in larga parte fuori dall'Unione. Se poi si guarda alle fonti da energia rinnovabile, il panorama cambia ancora. Queste ultime presentano un accentuato carattere regionale, determinato non solo dalle peculiarità geografiche e climatiche degli Stati membri, ma anche dal loro impatto economico, sociale, occupazionale sulle realtà locali che ne influenza la relativa disciplina

[57] Come è noto, con l'Atto unico europeo viene introdotto un apposito titolo dedicato all'ambiente (Titolo VII) quale base giuridica volta a preservare la qualità dell'ambiente, proteggere la salute umana e garantire un uso razionale delle risorse naturali. In ogni caso, in assenza specifica competenza, la Comunità aveva comunque sviluppato una propria politica ambientale, che trovava la sua base giuridica negli artt. 100 e 235 TCE. Inoltre, una lettura funzionalistica dell'art. 2 TCE e l'esigenza avvertita di contrastare l'inquinamento hanno permesso all'allora Comunità di intervenire mediante i ben noti quattro programmi d'azione in materia ambientale adottati dal Consiglio nel periodo 1973-1987, che si sono posti alla base anche di storiche direttive in materia di lotta all'inquinamento prima che si giungesse ad includere la tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile tra gli obiettivi dell'Unione. Con particolare riferimento al percorso evolutivo della tutela dell'ambiente all'interno dei Trattati, cfr. *ex multis* B. NASCIMBENE, *L'evoluzione in tema di tutela dell'ambiente nel diritto dell'Unione europea. Problemi di interpretazione e attuazione, nel nostro paese, delle norme UE*, in B. NASCIMBENE, L. GAROFALO, *Studi su ambiente e diritto. Il diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, p. 25 ss.; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente. Principi, regole e problemi*, Bologna, 2012; J. JANS, H. VEDDER, *European Environmental Law: After Lisbon*, Groningen, 2012. Con particolare riferimento all'evoluzione della disciplina che tiene conto anche degli attuali obiettivi climatici, si rinvia *ex multis* a P. FOIS, *Il Diritto ambientale dell'Unione europea*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2024, p. 94 ss.

Con il perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile[58] e di crescita equilibrata, ma anche del raggiungimento di un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente, entrambi i settori vengono chiamati ad operare in una logica diversa, anche preventiva e di tutela della salute[59], dove gli strumenti dell'uno e dell'altro divengono fondamentali per la lotta ai cambiamenti climatici[60].

[58] Pur non potendosi soffermare sulla portata ampia della nozione di sviluppo sostenibile, che richiederebbe una trattazione specifica vale la pena precisare che nel diritto dell'Unione, il concetto viene non solo menzionato più volte nel diritto primario (ad es., art. 3, par. 5, TUE; art. 21, lett. *d*) e lett. *f*), TUE; art. 11 TFUE), ma anche posto a fondamento dei programmi di politica ed azione a favore dell'ambiente, recependo sostanzialmente le indicazioni ricavabili dal diritto internazionale, sia pure adattandole alle peculiarità che connotano l'azione dell'Unione. Per una recente analisi della nozione dello sviluppo sostenibile nel contesto dell'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente e per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a S. MARCHISIO, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *op. cit.*, p. 23 ss. Inevitabile, la portata multidimensionale che ne è scaturita dall'applicazione di tale principio, ponendo altresì profili interrogativi in ordine ad una esatta definizione dello stesso principio. Con particolare riferimento alla nozione terminologica del principio stesso, si v. M. SILVESTRI, *Sviluppo sostenibile: un problema di definizione*, in *Gentes*, n. 2, 2016, p. 216 ss. Allo stesso tempo, la portata multidimensionale del principio ha indotto ad "abusi" anche terminologici. Per alcune precisazioni terminologiche e per una netta differenziazione tra sviluppo sostenibile e sostenibilità, cfr. P. DE PASQUALE, *Sostenibilità e trasformazione digitale: paradigmi a confronto nella disciplina dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 1, 2022, p. 67 ss.

[59] Esclusa la protezione sanitaria della popolazione e dei lavoratori contro i pericoli derivanti dalle radiazioni ionizzanti (di cui al Capo III, Titolo II del Trattato Euratom), soltanto in una fase recente si è avvertita l'esigenza di porre la salute umana al centro della prospettiva dello studio delle risorse energetiche. L'evidenza scientifica relativa agli effetti dell'inquinamento atmosferico sulla salute umana si è arricchita notevolmente negli ultimi anni ponendo particolare attenzione sulle sostanze responsabili di alcune malattie respiratorie (ad es., il particolato, il biossido di zolfo, il biossido di azoto e l'ozono). Per tali profili l'azione dell'Unione europea si è orientata anche verso i livelli di inquinamento dell'aria, segnalando l'esigenza di obiettivi progressivi e consequenziali atti normativi volti a realizzare programmi di aria pulita per l'Europa. Sul punto, cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 13 dicembre 2013, Un programma «Aria pulita» per l'Europa, COM (2013) 918final. Ne è derivato un doppio *volet* di inquadramento dello studio del diritto ambientale-energetico, che guarda allo stesso come ecosistema e come fonte di sviluppo e preservazione della salute umana. Anche nella logica preventiva di diverse malattie derivanti, dall'inquinamento atmosferico e dall'uso di combustibili fossili, viene valorizzato il ricorso alle energie rinnovabili. Con particolare riferimento al rapporto energia e salute, v. E PROIETTI, *Energie rinnovabili & diritti umani*: *verso un nuovo futuro*, Milano, 2020, in part. p. 64.

[60] Non è da trascurare che, nello sviluppo progressivo di tale percorso, un significativo

Matura in tale fase, l'esigenza di sviluppare politiche climatiche autonome rispetto a quelle ambientali, per garantirne una maggiore efficacia settoriale. In ogni caso, in predetta logica di rinnovati rapporti di *genus a species* l'obiettivo climatico opera in prossimità dei più ampi sviluppi del diritto ambientale dell'UE, avendone una portata multidimensionale[61].

Di tale evoluzione generale fa sintesi il Trattato di Lisbona, proponendo una lettura sinergica della politica ambientale e della politica energetica alla luce degli obiettivi e degli strumenti di intervento prefissati dagli artt. 191 e 194 TFUE (in part., lett. *c*)).

In forza dei principi di tutela ambientale acquisiti nel percorso comunitario e degli obiettivi di miglioramento della qualità dell'ambiente di cui all'art. 191 TFUE, l'Unione ha adottato numerose misure di lotta ai cambiamenti climatici promuovendo il passaggio verso un *mix* energetico prevalentemente basato sull'utilizzo di risorse rinnovabili.

L'attività normativa in tale direzione si è fatta intensa a seguito degli impegni assunti durante l'accordo di Parigi. Proprio in attuazione dei predetti impegni assunti, l'Unione europea ha presentato il pacchetto normativo «Energia pulita per tutti gli europei», meglio noto come *Winter Package*[62].

ruolo hanno svolto i giudici di Lussemburgo, delineando alcuni principi che hanno anticipato le istanze normative nella lotta ai cambiamenti climatici. Sul punto si segnala *ex multis*, Corte giust. 18 marzo 1980, 91/79 e 92/79, *Commissione/Italia*; Corte giust. 7 febbraio 1985, C-240/83, *Procureur de la République/ADBHU*, più noto come caso *Olii usati*; Corte giust. 20 febbraio 1988, C-302/86, *Stanko France/Commissione e Consiglio*. Per un approfondimento del percorso evolutivo dell'Unione europea nella lotta ai cambiamenti climatici, si v. *ex multis* L. SCHIANO DI PEPE, *Cambiamenti climatici e diritto dell'Unione europea. Obblighi internazionali, politiche ambientali e prassi applicative*, Torino, 2012; G. D'ANDREA, *La lotta ai cambiamenti climatici*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 227 ss.; F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, 2020.

[61] Per ulteriori riflessioni sul rapporto ambiente ed energia nel diritto dell'Unione europea, cfr. *ex multis* F. GRASSI, *Ambiente ed energia nella prospettiva dell'Unione Europea*: *aspetti storico-istituzionali*, in M. CIANI SCARNICCI, A. MARCELLI, P. PINELLI, A. ROMANI, R. RUSSO (a cura di), *Economia, Ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2014, p. 126 ss.; C. VIVANI, *Ambiente ed energia*, in M. FERRARA, A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 503 ss.; R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia*, Torino, 2020; C. PETRUTTI, *Diritto dell'ambiente e dell'energia. Profili di comparazione*, Napoli, 2020; V. SPINI, F. TARANTINI, *L'Unione europea tra diritto energetico e il diritto ambientale*, in *Cammino Diritto*, 26 settembre 2022.

[62] L'Unione europea ha definito i propri obiettivi in materia di energia e clima per il

Con tali misure l'Unione interviene in maniera trasversale su settori già regolamentati (ad es. il mercato interno), oppure potenziando altri in corso di rivisitazione (ad es. sicurezza energetica e decarbonizzazione), privilegiando l'efficienza energetica e le energie rinnovabili[63].

È proprio nel contesto di tappe prefissate che si inserisce la successiva comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019 sull'*European Green Deal*, che detta le linee fondamentali di intervento per una transizione energetica dei prossimi decenni, in vista dell'obiettivo emissioni zero di cui al 2050[64].

periodo 2021-2030 con la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca europea per gli investimenti, del 30 novembre 2016, Energia pulita per tutti gli europei, COM (2016) 860final, proponendo un vasto pacchetto di misure per "guidare" la transizione verso un'energia pulita. Rientrano tra tali misure: la direttiva (UE) 2018/844, cit.; il regolamento (UE) 2018/1999, cit., che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio; la direttiva (UE) 2018/2001, cit.; la direttiva (UE) 2018/2002, cit.; il regolamento (UE) 2019/94, cit.; il regolamento (UE) 2019/942, cit.; il regolamento (UE) 2019/943, cit.; la direttiva (UE) 2019/944,cit., che modifica la direttiva 2012/27/UE. Se per alcuni dei menzionati provvedimenti già si è fatto riferimento nella trattazione corrispondente agli ambiti di riferimento richiamati (ad es., per il mercato interno), allo stesso modo si farà riferimento per altri nella trattazione che segue. In ogni caso, per una illustrazione di tutti i provvedimenti menzionati nella logica d'insieme, si rinvia *ex multis* a P. BERTOLINI, A. GEMMO, *op. cit.*; F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, n. 1, 2022, p. 53 ss. Per una valutazione della metodologia legislativa che può porsi come un "labirinto" normativo, cfr. L. AMMANNATI, *La transizione dell'Unione Europea verso un nuovo modello energetico eco-sostenibile*, cit. L'A. evidenzia, altresì, come i provvedimenti in materia di efficienza energetica soltanto a partire dal *Winter Package* vengano ricondotti ad una politica climatica rispetto alle valutazioni pregresse.

[63] In altri termini, muta anche il *modus* di intervento da parte dell'Unione europea, che non guarda agli ambiti energetici soltanto in una dimensione strutturale agli obiettivi corrispondenti, ma muove da una valutazione di insieme, funzionale alle tappe e obiettivi generali da raggiungere nella lotta ai cambiamenti climatici, volendo così affermare un ruolo di *leadership* a livello globale.

[64] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'11 dicembre 2019, Il Green Deal europeo, COM (2019) 640final. Ampia si presenta la bibliografia formatasi sullo studio del *Green Deal* se si tiene anche conto anche dei singoli settori di intervento. Per tali motivi, sia consentito un rinvio parziale in ordine agli aspetti generali del provvedimento. Sul punto,

Non si tratta, soltanto, di un mero documento programmatico per il raggiungimento di obiettivi specifici, ma di un atto istitutivo e propositivo di un percorso che involge diversi settori della società civile, rivoluzionando anche culturalmente l'approccio verso ambiti o settori dapprima tralasciati o non adeguatamente considerati in una visione complessiva di sistema[65].

In altri termini, si propone una nuova visione nei settori cardine della società attuale quale l'industria sostenibile, la preservazione della biodiversità, la mobilità sostenibile ed anche una diversa visione dell'alimentazione.

L'obiettivo dichiarato del *Green Deal* è segnatamente quello di raggiungere entro il 2050 la neutralità climatica, ovverossia l'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra mediante un nuovo e più efficace coordinamento tra le politiche ambientali, economiche e sociali volte a porre la sostenibilità ed il benessere dei cittadini al centro della crescita economica dell'UE[66].

cfr. *ex multis* M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *SIE*, n. 2, 2020, p. 379 ss.; M. C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 54 ss.; A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1, 2021, p. 4 ss.; C. PESCE, *La dimensione esterna del Green Deal: profili attuativi ed evolutivi*, in *SIE*, n. 3, 2022, p. 529 ss.; S. PALEARI, *The Impact of the European Green Deal on EU Environmental Policy*, in *The Journal of Environment & Development*, n. 2, 2022, p. 196 ss.; D. BEVILACQUA, *Dallo sviluppo sostenibile al Green Deal nella governance sovranazionale e multilivello*, in B. G. MATTARELLA (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Torino, 2023, p. 43 ss.; D. BEVILACQUA, E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024; P. FOIS, *Il Diritto ambientale dell'Unione europea*, cit., p. 115 ss.

[65] Ciò si deduce espressamente dal par. 2.1 dello stesso *Green Deal*, ove si afferma che: «per realizzare il *Green Deal* europeo è necessario ripensare le politiche per l'approvvigionamento di energia pulita in tutti i settori dell'economia: industria, produzione e consumo, grandi infrastrutture, trasporti, prodotti alimentari e agricoltura, edilizia, tassazione e prestazioni sociali». Non mancano posizioni e letture critiche del documento. Per tali ultimi aspetti, v. *ex multis* Y. VAROUFAKIS, D. ADLER, *The EU's Green Deal Is a Colossal Exercise in Greenwashing*, in *The Guardian*, 7 February 2020, consultabile online.

[66] Il *Green Deal* europeo riafferma l'ambizione della Commissione di rendere l'Europa il primo continente climaticamente neutro entro il 2050 con un abbattimento del 50/55% rispetto ai livelli del 1990 già entro il 2030 ed aspira a trasformare le sfide climatiche ed ambientali in opportunità in tutte le politiche europee, mediante un meccanismo per la transizione "giusta" che dovrà essere appositamente sviluppato dalle istituzioni UE per agevolare le regioni europee, le industrie ed i lavoratori che risentiranno maggiormente, sotto il profilo economico, del raggiungimento della neutralità carbonica. Così, da ultimo, M. C. CARTA, *Il Green Deal europeo*, cit., in part. pp. 63 e 65. Per quanto concerne la neutralità climatica, è

La rilevanza significativa di tale documento si rinviene, altresì, nel dato che con esso, da un lato, si fa sintesi di quella che è stata l'azione dell'Unione, una sorta di "manifesto" dell'*acquis* ambientale ed energetica; e dall'altro, la programmazione ambientale non è più *a latere* nella definizione del piano di intervento politico dell'Unione europea, ma assume il ruolo di motore per la realizzazione di uno sviluppo sostenibile[67].

In altri termini, il "Patto verde" si caratterizza per il tentativo di ridefinizione della costituzione economica europea, attraverso una rinnovata politica industriale nel quadro del principio dello sviluppo sostenibile – quale corollario del principio di integrazione di cui all'art. 11 TFUE[68] – nonché per l'attuazione di misure volte a favorire il processo di decarbonizzazione[69].

Non vi è dubbio che le tappe programmatiche dettate dal *Green Deal* rappresentino un'accelerazione all'azione dell'Unione rispetto all'atteggiamento più prudente del passato, ponendo il tema della tutela dell'ambiente al centro dell'agenda politica dell'Unione anche nello sviluppo delle relazioni esterne[70].

opportuno precisare che, già nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca europea per gli investimenti, del 28 novembre 2018, Un pianeta pulito per tutti – Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra, COM (2018) 773final, la Commissione aveva delineato una strategia strutturata in un insieme di trasformazioni economiche e sociali da avviare per realizzare la transizione verso quota zero emissioni nette entro il 2050.

[67] Inevitabile come inestricabile relazione esistente tra le dinamiche dei mercati energetici e lo sviluppo sostenibile «ha condotto ad una precisa scelta di campo; esaminare la sostenibilità dall'angolo visuale del settore energetico, concentrandosi sulla portata di tale principio all'interno del percorso di transizione energetica». Così da ultimo, F. VETRÒ, *op. cit.*, p. 55.

[68] Sul principio di integrazione in generale, si rinvia *ex multis* a S. AMADEO, *Commento all'art. 11 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 408 ss.; P. A. PILLITU, *Commento all'art. 11 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 174 ss.

Vale la pena segnalare l'importante funzione generale che svolge la c.d. "clausola di integrazione" di cui all'art. 11 TFUE, volta a far sì che le esigenze di tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nella prospettiva di promozione dello sviluppo sostenibile.

[69] Così, da ultimo, M. C. CARTA, *La Blue Economy dell'Unione europea: evoluzione e prospettive di un nuovo modello economico"circolare" green e blue oriented*, in *EJ*, n. 2, 2024, p. 475 ss., in part. p. 486.

[70] A tal fine, l'UE si propone di raggiungere gli obiettivi di transizione ecologica e di sicurezza previsti all'interno del *Green Deal* attraverso una diplomazia dell'accordo verde (*Green Deal Diplomacy*) ed attraverso i canali della cooperazione internazionale e meccanismi di *soft*

Nella propria visione ampia, il *Green Deal* tiene conto delle implicazioni poste dai cambiamenti climatici relative all'approvvigionamento di risorse, cibo e mezzi di sussistenza anche come potenziali fonti di conflitto, rispetto ai quali è la stessa azione esterna dell'Unione ad essere chiamata ad operare nell'attuazione dei suoi obiettivi prefissati nell'art. 21 TUE.

In questo senso l'articolazione dei propositi – che vede la componente ambientale comunque contemperata se non subordinata a quella economica – riflette le tre dimensioni della sostenibilità così come stabilite nella risoluzione delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015, ovvero sostenibilità economica, sociale e ambientale[71].

Ad ognuna di queste dimensioni sono riconducibili nel *Green Deal* obiettivi e azioni, parallele e complementari, di cui si darà mero cenno per mettere in luce la prospettiva d'insieme, consapevoli che una completezza dell'analisi dei singoli obiettivi richiederebbe ampie trattazioni specifiche[72].

Dunque, il primo obiettivo non può che riguardare l'energia pulita, visto che produzione e uso di energia in tutti i settori sono all'origine del 75% delle emissioni di gas serra in Europa[73]. Secondo pilastro del piano è l'industrializzazione sostenibile e, in particolare, la promozione di un'economia

power in politica estera. Per l'incidenza della diplomazia nell'incentivare gli obiettivi climatici, v. *ex multis* F. PETRI*, Revisiting EU Climate and Energy Diplomacy: A Starting Point for Green Deal Diplomacy?*, in *European Policy Brief*, n. 1, 2020, p. 2 ss. Per un approfondimento degli strumenti volti a promuovere il *Green Deal* nell'azione esterna dell'UE, cfr. C. PESCE, *op. cit*.

[71] Cfr. in part. punto 2 della risoluzione 70/1 dell'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, del 25 settembre 2015, Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development. Sul punto, in particolare, si rinvia a P. A. PILLITU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, p. 219 ss.

Per una rilettura sistematica del *Green Deal* nella prospettiva tridimensionale richiamata, si rinvia a E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del* Green Deal *e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3, 2021, p. 130 ss.

[72] Anche perché, oltre al raggiungimento dei *target* per l'energia pulita, economia circolare, efficienza degli edifici, agricoltura, protezione della biodiversità, lotta all'inquinamento e giustizia sociale, nello stesso Allegato della comunicazione sul *Green Deal* europeo (tabella di marcia-azioni chiave) sono state previste oltre 50 azioni volte a promuovere l'uso efficiente delle risorse.

[73] In tale prospettiva rientra anche lo *Zero Pollution Action Plan*, che punta a eliminare tutte le fonti di inquinamento di aria, acqua e suolo entro il 2050, e la *Biodiversity Strategy for 2030*, con l'obiettivo di proteggere almeno il 30% dei mari e della terraferma, tutelare gli insetti impollinatori, ripristinare il flusso libero di 25.000 km di fiumi.

circolare. Particolare attenzione è rivolta a industrie difficili da decarbonizzare, come quella siderurgica o quella cementizia, tessile, elettronica, chimica[74].

Altro ambito oggetto di attenzione nel *Green Deal* attiene al settore edilizio considerato l'uso massiccio uso di risorse non rinnovabili e intravedendo da parte dell'UE ampi margini di miglioramento nell'efficienza energetica. Invero, gli edifici europei consumano il 40% dell'energia totale del continente e circa il 70% è considerato inefficiente dal punto di vista energetico[75]. Nella logica di applicazione del *Green Deal* si inserisce la direttiva (UE) 2024/1275 del 24 aprile 2024, sulla prestazione energetica nell'edilizia che prevede di portare edifici residenziali alla classe energetica "E" entro il 2030 e alla "D" entro il 2033[76].

Con particolare riferimento all'azione di intervento dell'Unione per il prossimo decennio, v. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 12 maggio 2021, Un percorso verso un pianeta più sano per tutti – Piano d'azione dell'UE: Verso l'inquinamento zero per l'aria, l'acqua e il suolo, COM (2021) 400final. Con particolare riferimento agli obiettivi e progetti di tutela delle risorse dei mari nel contesto specifico del *Green Deal* e per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. *ex multis* J. M. SOBRINO HEREIDA, *La Política Marítima Integrada se tiñe de verde: la dimensión oceánica del Pacto Verde Europeo*, in F. FERNÁNDEZ PROL (dirs.), *Pesca marítima y crecimiento sostenible*: *Análisis en clave jurídica*, Barcellona, 2021, p. 21 ss.; M. C. CARTA, *La Blue Economy dell'Unione europea*, cit., p. 475 ss.

Considerato, inoltre che le foreste rappresentano una risorsa fondamentale non solo come serbatoio di biodiversità, ma perché assorbono CO_2 contribuendo così in modo decisivo ad obiettivi di «aria pulita» e «zero emissioni», il *Green Deal* prevede anche una nuova Strategia europea per la salvaguardia delle foreste in base alla quale si prevede di piantare 3 miliardi di nuovi alberi in Europa entro il 2030 e introdurre sistemi di gestione delle foreste che le aiutino a adattarsi al cambiamento climatico.

[74] L'applicazione degli obiettivi del *Green Deal* al comparto industriale assume una portata peculiare in quanto collegata al tema della riconversione con implicazioni e possibili ricadute ad impatto sociale. Per una valutazione dei possibili effetti, si rinvia a E. BRUTI LIBERATI, *'Green Deal', 'green industrial policy' e settore dell'energia*, in *RGA*, n. 1, 2021, p. 129 ss.

[75] È quindi chiaro come la riqualificazione edilizia ricopra un ruolo critico nel raggiungere gli obiettivi energetici prefissati dall'Unione europea per il 2030, perché si stima che possa ridurre del 5-6% i consumi primari di energia in Europa, con una conseguente diminuzione del 5% delle emissioni di anidride carbonica.

[76] Direttiva (UE) 2024/1275 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 aprile 2024, sulla prestazione energetica nell'edilizia. Il provvedimento meglio noto come direttiva "case *green*" richiede ad ogni Stato membro dell'Unione europea di impegnarsi, mediante la previsione di piani nazionali di ristrutturazione (art. 1), nell'implementazione di una nuova riqua-

Nella stessa visione strategica dell'UE rientra anche il settore dell'agricoltura, introducendo la c.d. strategia *From Farm to Fork*, per combinare sostenibilità e sostegno economico ai produttori agricoli (e pescatori) europei. Il programma include l'obiettivo di raggiungere il 25% di agricoltura biologica entro il 2030, la riduzione dell'impiego di pesticidi del 50% e l'uso di fertilizzanti del 20% entro la stessa data, nonché l'introduzione di etichette che evidenzino il grado di sostenibilità dei prodotti[77].

Centrale nell'azione strategica della riduzione delle emissioni si pone il capitolo dedicato alla mobilità e dei trasporti, considerato che ricopre un quarto delle emissioni europee. Per limitarle, si propone un trasporto intermodale delle merci su rotaia e vie navigabili, nella misura del 75% di merci che viaggiano su gomma nel continente. Diversamente, per il trasporto privato, il *Green Deal* prevede una decisa azione a supporto delle forme di propulsione a zero emissioni, in *primis* l'elettrico, con l'aumento dei punti di ricarica e delle forme di mobilità leggera e condivisa, muovendo dal dato che le emissioni combinate del trasporto su strada con veicoli leggeri e pesanti rappresentano oltre il 70% del totale delle emissioni dei trasporti.

Come è noto, in attuazione di tali obiettivi si riconduce il regolamento (UE) 2023/851 del 19 aprile 2023, che ha sancito l'eliminazione delle emissioni di CO_2 da parte di nuovi veicoli leggeri entro il 2035, incluse le automobili, proponendo il concetto tecnologia c.d. neutrale per il conseguimento degli obiettivi di una mobilità a zero emissioni[78].

In tale contesto, il richiamo alla tecnologia è strettamente se non esclusivamente evocata con riferimento ai veicoli elettrici alimentati batteria o alimentati a idrogeno escludendo di conseguenza l'impiego degli attuali carburanti.

lificazione degli edifici, adottando misure mirate a garantire una riduzione dell'energia primaria media utilizzata dagli edifici residenziali. In particolare, l'art. 9 prevede che gli Stati membri riducano il consumo di energia degli edifici residenziali del 16% entro il 2030 e del 20-22% entro il 2035. Il 55% di questa riduzione dovrà essere ottenuta tramite la ristrutturazione del 43% degli immobili con le prestazioni peggiori.

[77] Tra gli obiettivi chiave della strategia per la sostenibilità alimentare rientrano ulteriori obiettivi quale la riduzione del 50% delle vendite di antimicrobici per gli animali da allevamento e per l'acquacoltura; la destinazione di almeno il 25% della superficie agricola all'agricoltura biologica.

[78] Regolamento (UE) 2023/851del Parlamento e del Consiglio, del 19 aprile 2023, che modifica il regolamento (UE) 2019/631 per quanto riguarda il rafforzamento dei livelli di prestazione in materia di emissioni di CO2 delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi, in linea con la maggiore ambizione dell'Unione in materia di clima.

È pur vero che lo stesso regolamento prevede che nel 2026 la Commissione, basandosi sulle relazioni biennali, riesamini l'efficacia e l'impatto dello stesso regolamento (UE) 2023/851, valutando in particolare i progressi compiuti nel conseguire gli obiettivi di riduzione di cui all'art. 1, par. 5-*bis* del modificato regolamento (UE) 2019/631, tenendo conto degli sviluppi tecnologici, anche per quanto riguarda le tecnologie ibride ricaricabili, in una visione di una transizione economicamente sostenibile. In tale valutazione potrebbe rientrare l'impiego dei carburanti *e-fuel* (c.d. carburanti sintetici), diversi per composizione da biocarburanti (basati su scarti organici), non rientranti quest'ultimi nella previsione normativa di cui al regolamento (UE) 2023/851 che ha sancito l'eliminazione delle emissioni di CO_2 da parte di nuovi veicoli leggeri entro il 2035, incluse le automobili.

6. *Aspetti conclusivi. La "visione strategica" dell'energia tra strumenti di attuazione e limiti applicativi del* Green Deal

Come evidenziato, gli ambiziosi obiettivi prefissati nel *Green Deal* hanno richiesto e richiedono strumenti normativi attuativi incisivi considerato che, per dare concreta attuazione al progetto europeo, è necessario ripensare le politiche per l'approvvigionamento di energia in molti settori dell'economia (industria, produzione e consumo, grandi infrastrutture, trasporti, prodotti alimentari e agricoltura ed edilizia).

Tra gli atti più significativi di attuazione del *Green Deal* va evidenziato il regolamento (UE) 2021/1119 del 30 giugno 2021, più noto per aver istituito la c.d. Legge europea sul clima, che traspone in norma l'obiettivo della neutralità climatica al 2050 e la riduzione dell'emissione di gas serra entro il 2030, per un valore di almeno 55% rispetto ai livelli del 1990[79].

L'impianto normativo si colloca in una doppia prospettiva: da un lato,

[79] Predetta prescrizione, oltre ad essere richiamata nei vari considerando del regolamento, trova una sua specifica affermazione nell'art. 2, parr. 1 e 2, ove si statuisce che «l'equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti di tutta l'Unione dei gas a effetto serra disciplinati dalla normativa unionale è raggiunto nell'Unione al più tardi nel 2050, così da realizzare l'azzeramento delle emissioni nette entro tale data, e successivamente l'Unione mira a conseguire emissioni negative. Le istituzioni competenti dell'Unione e gli Stati membri adottano le misure necessarie, rispettivamente, a livello unionale e nazionale, per consentire il conseguimento collettivo dell'obiettivo della neutralità climatica di cui al paragrafo 1, tenendo conto dell'importanza di promuovere sia l'equità che la solidarietà tra gli Stati membri nonché l'efficienza in termini di costi nel conseguimento di tale obiettivo».

indica l'obiettivo finale da raggiungere; dall'altro, vengono coinvolti i principali settori dell'economia dell'Unione in una metamorfosi economica, culturale e sociale[80].

Emerge la consapevolezza che trattasi di un obiettivo ambizioso che non può essere raggiunto se non vi è un coinvolgimento inclusivo e rappresentativo dei principali portatori di interessi, in modo da incoraggiare i settori stessi a elaborare tabelle di marcia volontarie indicative e a pianificare la transizione verso il conseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica dell'Unione entro il 2050.

Allo stesso tempo, esso non può essere raggiunto in un'unica soluzione temporale, ma richiede una progressiva realizzazione di obiettivi vincolanti scaglionati in *roadmap* precise, come quella di cui alla data del 2030 – la quale impone una riduzione delle emissioni di CO_2 ed un incremento dell'impiego delle energie rinnovabili per limitare la dipendenza energetica da terzi e favorire l'efficienza energetica[81].

Ulteriore strumento normativo attuativo degli obiettivi del *Green Deal* – a conferma di una prospettiva trasversale anche delle prescrizioni della legge sul clima – si rinviene nell'articolato pacchetto di proposte riassunte

[80] Chiara si presenta tale premessa nella legge europea sul clima ove si specifica che, fatta salva la legislazione vincolante e le altre iniziative adottate a livello dell'Unione, tutti i settori dell'economia – compresi l'energia, l'industria, i trasporti, il riscaldamento e il raffreddamento, come pure l'edilizia, l'agricoltura, i rifiuti e l'uso del suolo, i cambiamenti di uso del suolo e la silvicoltura, indipendentemente dal fatto che tali settori rientrino nel sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione – dovrebbero contribuire al conseguimento della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050. Rispetto a ciò un ruolo significativo svolgono anche i piani nazionali di adattamento ai cambiamenti climatici, che devono tener conto nelle loro strategie nazionali *ex* art. 5 delle vulnerabilità dei settori.

[81] L'impianto normativo disciplina anche un sistema di traguardi intermedi che possono essere individuati oltre che nella data del 2030 anche nella data del 2040, parametrando le azioni da intraprendere ai "bilanci" valutativi dei risultati raggiunti rispetto agli accordi di Parigi e ad ulteriori criteri indicati nell'art. 4 del regolamento. In relazione ai diversi criteri che la normativa di adeguamento e di modifica dello stesso regolamento deve tener conto, si segnalano in particolar modo il richiamo alle evidenze scientifiche vagliate dal comitato consultivo scientifico europeo sui cambiamenti climatici, e l'impatto sociale, economico e ambientale. La tematica in ordine al ruolo delle evidenze scientifiche si presenta di particolare rilievo nella valutazione delle misure da adottare e/o da modificare. Come è noto, talvolta il mancato raggiungimento posizioni unanimi rischia di comportare ritardi nelle misure di intervento. Per un approfondimento di tali profili, si rinvia a F. MUNARI, *L'inadeguata percezione della scienza nel diritto internazionale dell'ambiente e l'esigenza di un cambiamento di paradigma*, in *RGA*, n. 2, 2023, p. 443 ss.

nell'espressione «Pronti per il 55%» (*Fit for 55%*). Presentato dalla Commissione il 14 luglio 2021, il pacchetto intende allineare la normativa in materia di clima ed energia all'obiettivo intermedio di riduzione, entro il 2030, delle emissioni nette di gas a effetto serra (emissioni previa deduzione degli assorbimenti) nella più ampia prospettiva della neutralità climatica entro il 2050[82].

[82] Le proposte facenti parte del pacchetto, strettamente interconnesse e complementari, intervengono in una serie di settori (clima, energia e combustibili, trasporti, edilizia, uso del suolo e silvicoltura) in parte già evidenziati dalla legge sul clima. La revisione ha un impatto trasversale considerato che la fissazione di nuovi *target* emissivi si riverbera sui processi produttivi degli impianti e sulle misure che gli Stati membri dovranno adottare nei prossimi anni nella transizione verso un'economia più sostenibile. Il pacchetto *Fit for 55%* prevede una revisione dei meccanismi che da anni disciplinano la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e che costituiscono il perno della politica climatica europea, al fine di adeguarli ai nuovi e più ambiziosi obiettivi climatici. Invero, parte gli obiettivi normativi prefissati alla data della comunicazione, si sono realizzati mediante l'adozione di regolamenti, che intervengono nei settori indicati prefigurando strumenti e/o tappe precise per la riduzione progressiva delle emissioni.

Tra questi interventi normativi, si segnala il regolamento (UE) 2023/857 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 aprile 2023, che modifica il regolamento (UE) 2018/842, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi, nonché il regolamento (UE) 2018/1999, che interviene sul sistema di condivisione degli sforzi (*effort sharing*), in base al quale sono fissati obiettivi vincolanti per gli Stati membri di riduzione delle emissioni di gas serra generate dai settori non inclusi nel sistema ETS. Con gli interventi da ultimo menzionati si è voluta invertire l'attuale tendenza al ribasso degli assorbimenti di CO_2 e aumentare la qualità e la quantità delle foreste dell'UE e di altri pozzi naturali di assorbimento del carbonio. Vengono fissati ulteriori obiettivi di assorbimenti netti di gas a effetto serra nel settore, pari a 310 milioni di tonnellate di CO_2 equivalente entro il 2030.

Come ultimo provvedimento facente parte del pacchetto *Fit for 55%*, si segnala il regolamento (UE) 2023/955, del 10 maggio 2023, che istituisce un Fondo sociale per il clima e che modifica il regolamento (UE) 2021/1060, il quale è volto ad erogare agli Stati membri finanziamenti volti ad aiutare i cittadini a investire nell'efficienza energetica e a mitigare l'impatto sui prezzi della nuova tariffazione del carbonio nei settori del trasporto su strada e degli edifici. Entrato in vigore il 30 giugno 2024, il Fondo sociale per il clima ha una dotazione complessiva di 72,2 miliardi di euro per il periodo 2025-2032 e prevede che ogni Stato membro presenti alla Commissione un Piano sociale per il clima che può essere finanziato in parte dall'UE, restando a carico degli Stati membri almeno il 50% dei costi totali. I piani possono includere il sostegno alle misure e investimenti da prevedere per impatti duraturi quali, ed es.: la ristrutturazione edilizia, in particolare per le famiglie vulnerabili e le microimprese vulnerabili che occupano gli edifici con le prestazioni energetiche minime; la decarbonizzazione mediante l'elettrificazione dei sistemi di riscaldamento, raffrescamento e cottura negli

Tra le varie misure del pacchetto, merita particolare attenzione la revisione e il rafforzamento del sistema di scambio di quote di emissioni di gas effetto serra istituito dalla direttiva 2003/87/CE del 13 ottobre 2003[83]. Tale sistema si pone come strumento importante della politica dell'Unione in materia di clima e si basa su un meccanismo originario ed incentivante la riduzione di CO_2 per le industrie all'interno dei Paesi dell'UE che producono e trasformano metalli ferrosi, lavorano prodotti minerari, nonché per le imprese produttive di energia elettrica.

Il sistema per lo scambio di quote di emissioni nell'Unione europea (*Emissions Trading System*, ETS)[84], invero già in parte modificato dalla direttiva 2018/410/UE relativa alla gestione dell'ETS, è stato ulteriormente innovato dalla direttiva (UE) 2023/959 del 10 maggio 2023[85].

Gli impianti, a seconda delle tipologie specificate nell'Allegato I della direttiva del 13 ottobre 2003, possono acquistare le quote mediante aste pubbliche europee o riceverne a titolo gratuito, oppure ancora, in alternativa, approvvigionarsene sul mercato da imprese in possesso di quote-emissioni in eccesso rispetto alle emissioni prodotte[86].

edifici, fornendo accesso a sistemi efficienti sotto il profilo energetico; la promozione di comunità energetiche; la promozione della mobilità sostenibile.

[83] Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio. Come noto, con la direttiva 2003/87/CE, attuativa anche degli impegni assunti a Kyoto, i gestori di impianti che esercitano determinate attività devono essere in possesso di un'autorizzazione a emettere gas a effetto serra. Ogni impianto autorizzato a cui viene assegnato un tetto massimo di quote di emissione deve compensare annualmente le proprie emissioni in eccesso con quote che possono essere comprate e vendute dai singoli operatori interessati

[84] La revisione della direttiva 2003/87/CE costituisce parte del pacchetto di proposte *Fit For 55%*, presentato dalla Commissione europea il 14 luglio 2021, che ha il fine di aggiornare la legislazione dell'Unione europea in materia di clima, energia e trasporti e allinearla ai nuovi ambiziosi obiettivi europei.

[85] Direttiva (UE) 2023/959 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, recante modifica della direttiva 2003/87/CE, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, e della decisione (UE) 2015/1814, relativa all'istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato nel sistema dell'Unione per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra.

[86] Le quote rappresentano la valuta centrale del sistema: una quota dà al suo titolare il diritto di emettere 1 tonnellata di CO_2 o l'ammontare equivalente di un altro GHG. Il numero delle quote che ogni Stato colloca attraverso queste aste viene misurato partendo dalle emissioni storiche degli impianti che emettono CO_2 che sono presenti nel singolo Paese. Una volta fissato il tetto che stabilisce la quantità massima di gas climalteranti (*Greenhouse Gases*,

Tale sistema è stato recentemente modificato, a seguito della già menzionata direttiva (UE) 2023/959 del 10 maggio 2023 che ha comportato l'ampliamento del campo di applicazione della originaria direttiva 2003/87/CE, rafforzandone il meccanismo[87].

In dettaglio, il campo di applicazione della direttiva ETS è stato integrato dall'inclusione graduale di nuovi settori, oltre a quelli già regolati.

In particolare, a partire dal gennaio 2024, è stata prevista l'estensione del sistema ETS alle emissioni prodotte dal trasporto marittimo, con riferimento alle emissioni di gas a effetto serra rilasciate durante le tratte finalizzate al trasporto di passeggeri o merci a fini commerciali[88].

Diversamente, a partire dal 2025, è stata prevista l'estensione della disciplina alle emissioni di gas ad effetto serra derivante dagli edifici, dal trasporto stradale e dagli ulteriori settori industriali (ETS 2) non contemplati dall'Allegato I della direttiva 2003/87/CE[89].

GHG, ossia: CO_2, CH_4, N_2O, HFCs, PFCs, SF_6, NF_3), che può essere emessa dagli impianti obbligati, le imprese, entro il limite fissato possono acquistare o vendere quote in base alle loro esigenze. Una volta l'anno, tutte le imprese che partecipano all'EU ETS devono restituire una quota di emissione per ogni tonnellata di CO_2 equivalente emessa. L'assoggettamento al sistema ETS comporta l'obbligo di monitoraggio e rendicontazione delle emissioni di CO_2 e/o CO_2 equivalente entro il 31 marzo di ogni anno per l'anno precedente, nonché l'obbligo di monitoraggio e comunicazione del livello di attività per ogni sotto-impianto secondo il regolamento di esecuzione (UE) 2019/1842 entro il 31 marzo di ogni anno per l'anno precedente. Le aziende sono soggette, inoltre, all'obbligo alla restituzione di un numero di quote pari alle emissioni di CO_2 e/o CO_2 equivalente entro il 30 aprile di ogni anno per l'anno precedente.

[87] L'intervento normativo della direttiva (UE) 2023/959, cit., oltre a prevedere un ampliamento dei settori coinvolti prevede un nuovo obiettivo di riduzione delle emissioni dei settori interessati dal sistema ETS del 61% rispetto al 2005 entro il 2030 (rispetto all'attuale -43%), dal quale discende un abbassamento del massimale annuo delle emissioni e una corrispondente diminuzione delle quote assegnate nell'ambito del sistema.

[88] Ai sensi dell'art. 3-*octies-ter* della direttiva da ultimo menzionata: «le società di navigazione sono tenute a restituire quote secondo il seguente calendario: a) 40% delle emissioni verificate comunicate per il 2024 che sarebbero soggette agli obblighi di restituzione a norma dell'articolo 12; b) 70% delle emissioni verificate comunicate per il 2025 che sarebbero soggette agli obblighi di restituzione a norma dell'articolo 12; c) 100% delle emissioni verificate comunicate per il 2026 e per ogni anno successivo a norma dell'articolo 12. Qualora siano restituite meno quote rispetto alle emissioni verificate generate dal trasporto marittimo per gli anni 2024 e 2025, una volta accertata la differenza tra le emissioni verificate e le quote restituite per ciascun anno, un quantitativo di quote corrispondente alla differenza è cancellato anziché messo all'asta a norma dell'articolo 10».

[89] Anche per il settore dell'aviazione è stato confermato l'assoggettamento al sistema

Nel settore degli impianti stazionari, una particolare novità è l'estensione, degli obblighi di monitoraggio e comunicazione delle emissioni prodotti da impianti di incenerimento dei rifiuti urbani con una potenza termica nominale totale superiore a 20 MW[90].

È inutile evidenziare che le misure attuative del *Green Deal*, rientrano in un cantiere normativo aperto rappresentando una sfida di notevole portata, che richiede altresì massicci investimenti pubblici e maggiori sforzi per indirizzare i capitali privati verso interventi a favore del clima e dell'ambiente, evitando allo stesso tempo la dipendenza da pratiche insostenibili[91].

Tali profili sono stati messi in evidenza anche nel rapporto "Il futuro

ETS delle sole emissioni rilasciate dai voli interni allo spazio economico europeo fino al 31 dicembre 2026 (proroga del c.d. "*stop the clock*").

Entro il 1° luglio 2026, dopo le conclusioni della XLII Assemblea dell'Organizzazione internazionale per l'aviazione civile (ICAO), la Commissione europea valuterà lo stato di attuazione del sistema internazionale per la compensazione e riduzione delle emissioni di carbonio del trasporto aereo internazionale (CORSIA) e la sua efficacia ai fini del raggiungimento degli obiettivi dell'Accordo di Parigi sul clima, nonché l'eventuale partecipazione dell'UE allo stesso sistema. Se il sistema CORSIA non avrà prodotto risultati tangibili in termini di riduzione dell'impatto delle emissioni degli aerei, la Commissione presenterà una proposta per estendere l'ETS anche ai voli in partenza dal SEE.

[90] Entro luglio 2026, la Commissione dovrà valutare e riferire al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alla fattibilità dell'inclusione degli impianti di incenerimento dei rifiuti urbani nell'EU ETS, in vista della loro effettiva inclusione a partire dal 2028. Tale valutazione dovrà prendere in considerazione anche la possibilità di includere nell'EU ETS altri processi di gestione dei rifiuti, quali il collocamento in discarica, la fermentazione, il compostaggio e il trattamento meccanico-biologico.

[91] È pur vero che l'Unione europea ha deciso di utilizzare diversi strumenti per finanziare gli investimenti proponendo una destinazione della parte del bilancio pluriennale per programmi quale ad es. Orizzonte Europa, finanziato con il fondo LIFE e fondi strutturali. Diversi sono gli strumenti di finanziamenti, in tale logica significativo si pone l'*European Green Deal Investment Plan* (EGDIP), indicato anche come *Sustainable Europe Investment Plan* (SEIP), le cui linee operative sono indicate nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni**,** del 14 gennaio 2020, Piano di investimenti per un'Europa sostenibile Piano di investimenti del Green Deal europeo, COM (2020) 21final.

Ulteriore e significativo strumento di finanziamento della transizione si rinviene nel *Just Transition Mechanism* articolato in diverse fonti di finanziamento, istituito con il regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta. Non da ultimo, si segnala il già richiamato Fondo sociale per il clima istituito con il regolamento (UE) 2023/955, con una previsione pluriennale di 72,2 miliardi di euro.

della competitività europea" presentato al Parlamento europeo il 17 settembre 2024 da Mario Draghi[92] valorizzando un'idea di decarbonizzazione sostenibile che richiede azioni strategiche ed interventi finanziari di notevole portata a sostegno del comparto industriale. In tale logica, la transizione energetica sostenibile si pone anche quale occasione fondamentale di sviluppo per l'Unione. In particolare nell'allegato A del rapporto viene ribadito che la decarbonizzazione – molto importante per conseguire l'indipendenza energetica dell'Europa e combattere il cambiamento climatico – non può comportare, per l'Unione europea, incidenze critiche industriali nel processo di conversione anche per l'occupazione a causa del fatto che aziende di Paesi terzi conquistano quote di mercato europeo, favorite dal sostegno statale del Paese di origine, ponendo interrogativi su profili di concorrenza sleale.

Rispetto a ciò l'Unione dovrà introdurre una strategia mista che combini diversi strumenti e approcci politici per i vari settori[93]. Dal punto di vista generale nel rapporto vengono individuate aree prioritarie sulle quali dovranno concentrarsi gli sforzi dell'UE, incluse, in particolare, la riduzione dei prezzi dell'energia, lo sfruttamento delle opportunità industriali offerte dalla transizione verde e la creazione di condizioni paritarie nei settori che

[92] Il rapporto *The Future of European Competitiveness*, consultabile online, è articolato in due parti: la prima, "Parte A", suddivisa in una prefazione e sei capitoli, espone la Strategia di competitività per l'Europa nel suo complesso; la seconda, "Parte B", suddivisa in due sezioni, dedicate, rispettivamente, a determinate politiche settoriali (dieci capitoli) e orizzontali (cinque capitoli) dell'UE, contiene un'analisi approfondita di ciascuna di esse, indicando gli obiettivi da raggiungere e proponendo le iniziative da adottare. Sul rapporto, cfr. R. CAFARI PANICO, *Il senso dell'integrazione europea e il suo futuro*, in *EJ*, n. 4, 2024, p. 1 ss.; M. CLARICH, *Un Rapporto con una miniera di dati e molte indicazioni operative. Che, con i governi nazionali sempre più ripiegati su sé stessi, potrebbe però restare un libro dei sogni*, in *il Mulino*, 24 settembre 2024; M. COCCONI, *L'Unione europea ad un bivio sul futuro del mercato unico e della competitività europea*, in *federalismi.it*, n. 4, 2025, p. 144 ss.; G. COZZIO, *Per un "cambiamento radicale": la visione di Mario Draghi sul futuro della competitività dell'Unione*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 2, 2024, p. 645 ss.; S. FURFARI, *Errori e limiti del rapporto Draghi sull'energia*, in *RivistaEnergia*, 17 settembre 2024; M. MARESCA, *Il completamento dell'ordinamento dell'Unione europea nelle proposte di Mario Draghi (e Sergio Mattarella)*, in *EJ*, n. 3, 2024, p. 241 ss.; G. MOCAVINI, *I rapporti Letta e Draghi sul futuro del mercato unico e sulla competitività europea, in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4 del 2024, p. 1318 ss.; A. POGGI, F. FABRIZZI, *Il nuovo Whatever it takes. Il Rapporto Draghi:ambizioni e difficoltà del futuro dell'Europa*, in *federalismi.it*, n. 22, 2024.

[93] In tale logica particolare attenzione viene posta al comparto automobilistico che richiede nella transizione una pianificazione della politica climatica con quella industriale

devono affrontare obiettivi di decarbonizzazione più rigorosi rispetto alla concorrenza estera o che sono più esposti alla concorrenza sleale dall'estero.

Ulteriore obiettivo centrale involge l'accelerazione della decarbonizzazione in modo efficiente dal punto di vista dei costi adottando un approccio tecnologicamente neutrale, che includa tutte le soluzioni disponibili, e in particolare le energie rinnovabili, il nucleare, l'idrogeno, la bioenergia e la cattura, l'utilizzo e lo stoccaggio della CO2[94].

In altri termini emergono delle condizioni imprescindibili per favorire il raggiungimento degli obiettivi climatici, attribuendo alla visione dell'energia così come maturata nel percorso evolutivo dell'Unione un ruolo strategico, sia funzionale al rafforzamento del mercato interno, sia funzionale allo sviluppo delle relazioni con Paesi terzi in una logica di potenziamento dei *target* climatico-ambientali.

Invero, alcune azioni strategiche proposte nel già menzionato rapporto "Il futuro della competitività europea" sono state riproposte nella comunicazione della Commissione del 26 febbraio 2025[95] più nota come *Clean Industrial Deal*. Trattasi di un documento programmatico che individua azioni da mettere in campo limitatamente al comparto industriale ad alta intensità energetica.

In particolare, il patto per l'industria pulita coniuga azione per il clima e competitività in un'unica strategia di crescita globale nella logica di un impegno ad accelerare la decarbonizzazione, la reindustrializzazione e l'innovazione, promuovendo fonti alternative o meno inquinanti, come l'idrogeno verde per il comparto industriale[96].

Per realizzare un nuovo ecosistema industriale europeo di crescita e

[94] Il rafforzamento di tali obiettivi presuppone sfruttare il forte posizionamento dell'UE nel settore della tecnologia pulita e perseguire opportunità di investimento in altri Paesi per ampliare il mercato di diffusione delle tecnologie.

[95] Cfr. COM (2025) 85final, cit.

[96] Particolare attenzione è rivolta all'incentivo all'impiego dell'idrogeno cd. verde, prodotto mediante il processo di elettrolisi, che separa l'idrogeno dall'ossigeno partendo dall'acqua, differentemente dall'idrogeno grigio prodotto esclusivamente da combustibili fossili o da vettori energetici provenienti da combustibili fossili. Con particolare riferimento allo sviluppo dell'energia derivante da idrogeno, si v. A. PORCARI, *Delegare o non delegare? Il dibattito istituzionale europeo sui requisiti per la produzione di idrogeno rinnovabile: addizionalità, correlazione temporale e correlazione geografica*, in questa *Rivista*, 3 dicembre 2022, p. 189 ss. Sui diversi processi volti alla produzione di idrogeno, si rinvia a M. HERMESSMAN, T. E. MÜLLER, *Green, Turquoise, Blues or Grey? Environmentally Friendly Hydrogen Production in Transforming Energy Systems*, in *Progress in Energy and Combustion Science*, n. 90, 2022, p. 996 ss.

prosperità viene proposto un modello complessivo di valutazione del comparto industriale valorizzando i fattori trainanti[97]. In tale logica il piano d'azione prospetta tre iniziative faro particolarmente importanti per l'industria, volte a: 1) ridurre le bollette energetiche, 2) accelerare la diffusione dell'energia pulita e dell'elettrificazione, con il completamento di interconnessioni e reti, nonché della produzione manifatturiera pulita, e 3) garantire il buon funzionamento dei mercati del gas. Ovviamente si tratta di obiettivi ambiziosi che necessitano di interventi non solo normativi, come quelli concernenti una rivisitazione della disciplina degli aiuti di stato, ma anche di natura finanziaria a supporto della transizione industriale, fermo restando come necessaria un'azione coordinata delle politiche industriali degli Stati membri[98].

[97] Vengono individuati sei fattori trainanti: energia a prezzi accessibili; mercati guida; finanziamenti; circolarità e accesso ai materiali; mercati globali e partenariati internazionali; competenze.

[98] Per alcuni spunti critici in ordine al *Clean Industrial Deal*, v. *ex multis*, D. PANZERI, *Il clean industrial rende l'Europa più competiva?*, 27 marzo 2025, consultabile online.

Abstract (ita)

Il presente studio analizza la regolamentazione del settore dell'energia da parte dell'Unione europea nei suoi profili significativi. L'indagine ripercorre le tappe fondamentali a partire dalla costituzione del mercato interno dell'energia, evidenziando i nuovi obiettivi maturati con l'art. 194 TFUE. Particolare attenzione viene dedicata al rapporto tra energia ed obiettivi climatici presenti nel *Green Deal* e nel più recente *Clean Industrial Deal*, di cui alla comunicazione della Commissione dell'Unione europea del 26 febbraio 2025.

Abstract (eng)

This study analyzes the main issues of EU energy regulation. Starting from the establishment of the internal energy market, the milestones are reviewed emphasizing the new objectives laid down in art. 194 TFEU. The relationship between energy and climate objectives reported in the Green Deal and more recent Clean Industrial Deal communication, published by EU Commission on 26th February 2025, is highlighted.

LUCI E OMBRE DELLA DIRETTIVA SUL DOVERE DI DILIGENZA AI FINI DELLA SOSTENIBILITÀ

Federico Ceci*

SOMMARIO: 1. Premessa e piano di lavoro. – 2. Il quadro giuridico di adozione della direttiva. – 3. La proposta e i complessi negoziati. – 4. Il ristretto ambito di applicazione soggettivo e l'estensione indiretta della portata della direttiva. – 5. Gli obblighi di dovuta diligenza e la qualificazione degli impatti negativi. – 6. L'impegno per la mitigazione dei cambiamenti climatici. – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa e piano di lavoro*

Dopo circa due anni di complessi negoziati, il 13 giugno 2024, i colegislatori dell'Unione hanno adottato la direttiva (UE) 2024/1760 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (di seguito la "Direttiva" o, secondo l'acronimo inglese di *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, la "*CSDDD*")[1].

Si tratta di un ulteriore passo compiuto dall'Unione in materia di condotta socialmente responsabile delle imprese, che sancisce, in termini definitivi, il superamento di un approccio meramente volontaristico nell'ambito della responsabilità sociale di impresa (di seguito "RSI")[2].

* Dottore di Ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859. Per le prime analisi del testo della Direttiva, si vedano N. BUENO, N. BERNAZ, G. HOLLY, O. MARTIN-ORTEGA, *The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise*, in *Business and Human Rights Journal*, 2024, p. 1 ss.; S. CIACCHI, *Thenewly-adopted Corporate Sustainability Due Diligence Directive: an overview of the lawmaking process and analysis of the final text*, in *ERA Forum*, 2024, p. 29 ss.; F. OEHM, *Unboxing the New EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Starting the Debate*, in *VBlog*, 2024.

[2] Per una generale ricostruzione dei progressi compiuti in materia di RSI in ambito europeo si veda la pubblicazione della Commissione, intitolata *Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights. Overview of Progress*, March 2019. In dottrina, *inter alia*, si vedano J. LETNAR ČERNIČ, *European Perspectives on the*

Invero, la Direttiva introduce, per la prima volta a livello globale, una disciplina vincolante e trasversale per il rispetto dei diritti umani e la tutela dell'ambiente da parte di determinate società europee ed extraeuropee, nonché delle catene di attività cui le stesse partecipano. Inoltre, l'atto in parola stabilisce un obbligo in capo alle predette imprese di adottare un piano per la mitigazione dei cambiamenti climatici, al fine di garantire la compatibilità delle strategie aziendali con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C.

La *CSDDD* prevede, altresì, un'efficace combinazione di meccanismi di *enforcement* pubblici, attraverso la possibilità di imporre sanzioni amministrative e pecuniarie alle imprese inadempienti, e privati, mediante l'introduzione di un regime di responsabilità civile extracontrattuale per i danni causati a persone fisiche o giuridiche.

Ciò, almeno in termini generali, conformemente agli iniziali obiettivi della proposta di direttiva, presentata dalla Commissione il 23 febbraio 2022 (di seguito, anche, la "Proposta")[3], rientrante nel più ampio quadro

Business and Human Rights Treaty Initiative, in J. LETNAR ČERNIČ (ed.), *The Future of Business and Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 229 ss.; M. C. MALAGUTI, G. G. SALVATI, *La responsabilità sociale d'impresa. Percorsi interpretativi tra casi e materiali di diritto internazionale, dell'Unione europea ed italiano*, Milano, 2017, p. 7 ss.; E. PISTOIA, *Il volontarismo regolamentato nell'azione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa*, in *SIE*, 2013, p. 267 ss.; A. DI PASCALE, *La responsabilità sociale d'impresa nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 168 ss.

[3] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, del 23 febbraio 2022, COM (2022) 71final. A tal riguardo, si vedano A. BONFANTI, M. FASCIGLIONE, *La futura direttiva europea sulla corporate sustainability due diligence: un'introduzione*, in *DUDI*, 2023, p. 655 ss.; M. BORZAGA, F. MUSSI, *Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Lavoro e diritto*, 2023, p. 495 ss.; R. GRECO, *Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection?*, in *DUDI*, 2023, p. 5 ss.; D. BERTRAM, *Green(wash)ing Global Commodity Chains: Light and Shadow in the EU Commission's Due Diligence Proposal*, in *VBlog*, 2022; S. BRABANT, C. BRIGHT, N. NIETZEL, D. SCHÖNFELDER, *Due Diligence Around the World The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)*, *ivi*, 2022; C. G. CORVESE, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate Sustainability Due Diligence Directive (dalla insostenibile leggerezza dello scopo sociale alla obbligatoria sostenibilità della due diligence)*, in *Banca Impresa Società*, 2022, p. 391 ss.; M. FASCIGLIONE, *Luci ed ombre della proposta di direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente*, in *SidiBlog*, 2022; C. PATZ, *The EU's Draft Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A First Assessment*, in *Business and Human Rights Journal*, 2022, p. 294 ss.

normativo dell'Unione per la responsabilizzazione degli attori privati nell'ambito della transizione verso un'economia verde e climaticamente neutra[4] tracciata dal Green Deal europeo[5].

Tuttavia, gli emendamenti alla proposta iniziale della Commissione, recepiti dal testo finale, potrebbero rallentare il raggiungimento dei citati obiettivi. Ciò riguarda, in particolare, le determinazioni assunte relativamente agli aspetti maggiormente dibattuti e controversi della normativa, ovverosia l'ambito soggettivo di applicazione, l'estensione indiretta dello stesso alle catene di attività ivi previste e i diritti tutelati tramite la qualificazione degli impatti negativi.

Tanto brevemente premesso, il presente contributo, attraverso la ricostruzione del contesto di adozione della *CSDDD* e di alcuni degli emendamenti più significativi, intende offrire una valutazione critica, necessariamente non esaustiva[6], della Direttiva, anche rispetto ai propositi inizialmente fissati dalla Commissione.

[4] 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, c.d. Normativa europea sul clima.

[5] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Il Green Deal europeo, dell'11 dicembre 2019, COM (2019) 640final. Sul punto, si veda M. MONTINI, *The European Green Deal from an environmental protection perspective: the missing role of the environmental integration principle*, in K. J. DE GRAAF, B. MARSEILLE, S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, H. WINTER (eds.), *Grensoverstijgende rechtsbeoefening: Liber amicorum Jan Jans*, Zutphen, 2021, p. 97 ss.

[6] Per meglio perimetrare il piano del lavoro, l'indagine qui condotta non tiene conto dei profili relativi agli strumenti di *enforcement* della normativa. Per tali aspetti, soprattutto con riferimento al regime di responsabilità civile, si vedano N. BOSCHIERO, *L'extraterritorialità della futura direttiva europea sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, tra diritto internazionale pubblico e privato*, in *DUDI*, 2023, p. 661 ss.; G. CARELLA, *Art. 19 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: attuazione della responsabilità sociale d'impresa e diritto internazionale privato*, *ivi*, 2023, p. 169 ss.; A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Vita e Pensiero*, 2022, p. 295 ss.; S. BRABANT, C. BRIGHT, N. NIETZEL, D. SCHÖNFELDER, *op. cit.*; G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, in *FSJ*, 2022, p. 10 ss.

2. *Il quadro giuridico di adozione della direttiva*

Gli obblighi di *due diligence* per le imprese con riguardo alle esternalità negative su diritti umani e ambiente rappresentano un tema già regolamentato, seppure in maniera frammentata, da numerose discipline, tanto sul piano europeo, quanto su quello degli ordinamenti degli Stati membri[7].

Sotto il primo profilo, è opportuno osservare come le procedure di dovuta diligenza siano state qualificate come aspetti trasversali per un'efficace promozione della RSI sin dalla comunicazione della Commissione del 25 ottobre 2011, intitolata «Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese»[8]. In particolare, tale comunicazione ha sottolineato la necessità di implementare, nel contesto dell'Unione, gli strumenti internazionali in materia di *business and human rights*, con specifica menzione all'importanza di dare maggiore attuazione ai Principi Guida su Imprese e Diritti Umani del Consiglio dei Diritti Umani dell'ONU (di seguito, anche, "Principi Guida" o "*UNGPs*")[9] e alle Linee

[7] Al riguardo, occorre evidenziare come la disciplina in parola si sia sviluppata, anzitutto, attraverso strumenti di *soft law* adottati a livello internazionale. Per un'analisi dei contenuti propri della *human rights due diligence* nel diritto internazionale si vedano, *ex multis*, M. FASCIGLIONE, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale. Teoria e prassi*, Torino, 2024, p. 142 ss.; C. MACCHI, *Business, Human Rights and the Environment: the Evolving Agenda*, The Hague, 2022, p. 91 ss.; M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto internazionale e diritto societario*, Napoli, 2020, p. 265 ss.; J. BONNITCHA, R. MCCORQUODALE, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *EJIL*, 2017, vol. 28, n. 3, p. 899 ss.; J. RUGGIE, J. SHERMAN, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale*, *ivi*, p. 921 ss.; A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Milano, 2012.

[8] COM (2011) 681def, del 25 ottobre 2011.

[9] *Report of the SRSG on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, March 2011. A tal proposito si vedano, *ex multis*, J. G. RUGGIE, C. REES, R. DAVIS, *Ten Years After: from Un Guiding Principles to Multi-Fiduciary Obligations*, in *Business and Human rights Journal*, 2021, p. 1 ss.; M. FASCIGLIONE, *Per uno studio dei Principi Guida ONU su imprese e diritti umani*, in M. FASCIGLIONE (traduzione a cura di), *I Principi Guida su Imprese e Diritti Umani*, Roma, 2020, p. 35 ss.; F. MARRELLA, *I Principi Guida dell'ONU sulle imprese e i diritti umani del 2011 e l'accesso ai rimedi tramite gli strumenti di diritto internazionale privato europeo: una valutazione critica*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *op. cit.*, p. 315 ss.; N. BERNAZ, *Business and Human Rights. History, Law and Policy. Bridging the Accountability Gap*, London, New York, 2017; D. DAVITTI, *Refining the Protect, Respect and*

Guida per Imprese Multinazionali dell'OCSE (nel prosieguo, anche, "Linee Guida" o "*Guidelines*")[10].

In questa direzione, si collocano i primi atti vincolanti in tema di *due diligence* adottati dall'UE nell'ultimo decennio, seppure con riferimento ai soli settori con maggiori probabilità di causare impatti negativi su diritti umani e ambiente, quali l'industria estrattiva[11], quella del legname[12], dell'abbigliamento e del cuoio.

Allo stesso modo, e nel medesimo periodo, più di uno Stato membro ha introdotto discipline obbligatorie nella materia in esame, finalizzate ad allineare gli ordinamenti interni con le previsioni di *soft law* presenti sul piano internazionale[13].

Remedy Framework for Business and Human Rights and its Guiding Principles, in *Human Rights Law Review*, 2016, p. 55 ss.; M. K. ADDO, *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2014, p. 133 ss. Con riferimento a tale aspetto, si veda, altresì, il documento presentato dalla Commissione nel 2015 *Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights - State of Play*, 2015, SWD (2015) 144.

[10] Linee guida OCSE destinate alle imprese multinazionali, edizione aggiornata del 2011. Sul punto, si vedano, *ex multis*, J. G. RUGGIE, *Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges*, in *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper*, 2015; J. RUTH, M. WETZEL, *Human Rights in Transnational Business*, Luzern, 2015, p. 105 ss.; P. T. MUCHLINSKI, *Rethinking International Corporate Social Responsibility: Due Diligence in the UN Framework on Business and Human Rights, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and in National Laws*, in *Politeia*, 2012, p. 83 ss.

[11] Regolamento (UE) 2017/821 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio.

[12] Regolamento (UE) n. 995/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati. A tal proposito, si veda D. LANGLET, S. MAHMOUDI, *EU Environmental Law and Policy*, Oxford, 2016, p. 151 ss.

[13] Sotto questo profilo, occorre fare riferimento, anzitutto, alla *LOI n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, del 27 marzo 2017, che impone alle grandi imprese francesi di adottare la dovuta diligenza nei confronti di tutti i soggetti coinvolti nella *supply chain* e delle società appartenenti al gruppo o controllate in diverso modo. Sul punto, si vedano C. BRIGHT, C. DA GRAÇA PIRES, M. STREIBELT, D. SCHÖNFELDER, *A Comparative Analysis between the Corporate Sustainability Due Diligence Directive and the French and German Legislation*, in *VBlog*, 2024; S. BRABANT, C. MICHON, E. SAVOUREY, *The Vigilance Plan - Cornerstone of the Law on the Corporate Duty of Vigilance*, in *Revue International de la Compliance et de l'éthique des affaires*, 2017, p. 50 ss.

Senonché, tale quadro di riferimento si è mostrato inadeguato a garantire un'effettiva tutela degli interessi universalmente condivisi nell'ambito dell'attività di impresa.

Invero, da una parte, l'approccio meramente volontario dei citati strumenti internazionali non è stato ritenuto sufficiente ad assicurare la transizione verso un modello economico sostenibile e capace di includere la dimensione sociale nei processi produttivi[14], ormai centrale per il progetto politico e legislativo dell'Unione.

Dall'altra parte, proprio gli atti vincolanti adottati in seno a quest'ultima, hanno comportato effettivi miglioramenti ma solo nei singoli settori di intervento, evidenziando, così, l'esigenza di una normativa uniforme e intersettoriale in materia di dovere di diligenza.

Da ultimo, l'introduzione di differenti normative nell'ambito degli ordinamenti nazionali ha condotto ad una frammentazione della disciplina applicabile, con conseguenze negative sulle condizioni di competitività, anche legate ai relativi costi, nel mercato unico.

In ragione delle criticità evidenziate, e alla luce della sempre più avvertita necessità di garantire l'effettivo rispetto dei diritti umani e delle norme a tutela dell'ambiente nell'ambito dell'attività di impresa[15], il Parlamento

Più di recente, è stata adottata la legge tedesca, del 16 luglio 2021 (*Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*). A tal proposito, e anche con riguardo ad un'analisi comparativa tra le previsioni della direttiva e quelle della disciplina tedesca, si veda S. KOOS, *Civil Law, Conflict of Laws, and Extraterritoriality in the European Supply Chain Due Diligence Law*, in *Hasanuddin Law Review*, 2024, p. 144 ss.; M. HABERSACK, P. ZICKGRAF, *Sorgfaltspflichten und Haftung in der Lieferkette als Regelungsmodell*, in *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2023, p. 532 ss.

Allo stesso modo, appaiono rilevanti, seppur caratterizzate da un più ristretto ambito di applicazione materiale, la legge olandese, del 24 ottobre 2019 (*Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen*) e la legge norvegese, del 12 ottobre 2021 (*Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold*). Sul punto, anche con riguardo ad un confronto rispetto alle previsioni della Direttiva, si veda H. DE KLUIVER, *Towards a Framework for Effective Regulatory Supervision of Sustainability Governance in Accordance with the EU CSDD Directive. A Comparative Study*, in *European Company and Financial Law Review*, 2023, p. 203 ss.

[14] *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report*, 2020, p. 35 ss.

[15] In tal senso, risulta opportuno richiamare la risoluzione del Parlamento europeo, del 27 aprile 2017, sull'iniziativa faro dell'UE nel settore dell'abbigliamento, (2016/2140 (INI)), e la risoluzione del Parlamento europeo, dell'11 settembre 2018, sulla gestione trasparente e responsabile delle risorse naturali nei paesi in via di sviluppo: il caso delle foreste, 2018/2003

europeo ha adottato, il 10 marzo 2021, una risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese[16].

3. *La proposta e i complessi negoziati*

La Commissione, il 23 febbraio 2022, ha poi avviato una procedura legislativa ordinaria attraverso la presentazione della Proposta.

Quest'ultima aveva il dichiarato fine di imporre a talune imprese e alle relative catene di valore uno *standard* di diligenza specifico per individuare, prevenire e attenuare gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente, e attribuire alle stesse una responsabilità per tali impatti[17].

Inoltre, la Proposta si proponeva altresì il raggiungimento di ulteriori e più ampi obiettivi, tra cui un generale miglioramento delle pratiche di governo societario in tema ESG, il superamento della frammentazione delle legislazioni in tema di *due diligence* e la creazione di un quadro uniforme di obblighi in materia di condotta d'impresa responsabile, nonché, l'attribuzione di una responsabilità diretta in capo alle imprese e l'introduzione di strumenti di accesso ai mezzi di ricorso per i soggetti interessati dagli impatti negativi dalle stesse causati[18].

In ragione di tali propositi, il fondamento giuridico della Proposta è stato individuato, sin dal principio, negli artt. 50, par. 1 e par. 2, lett. g), e 114 TFUE, concernenti, rispettivamente, le misure atte a realizzare la libertà di stabilimento – anche attraverso il coordinamento delle garanzie richieste per la protezione di soci e di terzi – e quelle relative al ravvicinamento delle

(INI), finalizzate ad imporre alle imprese, e alle *supply chain* delle stesse, obblighi di *due diligence* relativi ai diritti umani e alla salvaguardia del lavoro nei settori, rispettivamente, dell'abbigliamento e della trasformazione delle risorse naturali nei Paesi in via di sviluppo.

[16] Risoluzione del Parlamento europeo, del 10 marzo 2021, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese, 2020/2129 (INL).

[17] Si noti che la Proposta risulta peraltro in linea con gli obiettivi fissati nel «Piano d'azione dell'UE per i diritti umani e la democrazia 2020-2024» (JOIN (2020) 5final), con cui la Commissione ha definitivo come prioritario il rafforzamento dell'impegno nella promozione a livello globale degli *UNGPs* e delle Linee Guida OCSE.

[18] Alla luce di tali ultimi obiettivi, sarebbe stato utile fondare l'atto, in termini di base giuridica, anche sull'art. 81 TFUE, consentendo l'adozione di misure più incisive in materia internazionalprivatistica.

disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno[19]. Questa scelta riflette la volontà, prioritaria, della Commissione di evitare i rischi derivanti dalla frammentazione della disciplina in esame tra i differenti ordinamenti degli Stati membri e le conseguenti disparità che potrebbero ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali o falsare la concorrenza, incidendo negativamente sulle dinamiche del mercato interno.

L'atto, qualora approvato nella versione presentata dalla Commissione, avrebbe trovato applicazione nei confronti di società europee ed extraeuropee, individuate secondo criteri oggettivi basati sul numero di dipendenti e sul fatturato netto a livello mondiale per le imprese europee[20], o sul solo fatturato netto generato nell'Unione per gli enti di Paesi terzi, nonché sulle relative catene di valore.

Secondo le stime dell'esecutivo dell'Unione, la Proposta avrebbe così interessato circa 13.000 società dell'UE e 4.000 di Stati terzi[21].

Peraltro, in aggiunta rispetto a tali enti, l'ambito soggettivo di applicazione sarebbe stato esteso, seppur indirettamente, anche alle imprese controllate dagli stessi ed alle relative catene di valore, ma solo con riferimento a quei soggetti legati alle società capofila da un rapporto di affari consolidato.

L'impostazione offerta dalla Proposta, nonostante le numerose criticità evidenziate in dottrina[22], avrebbe rappresentato un importante progresso per la promozione della RSI nel contesto europeo ed extraeuropeo. Ciononostante, nel complesso procedimento interistituzionale di adozione della Direttiva, sono stati approvati alcuni rilevanti emendamenti su aspetti fondamentali che, come si vedrà, hanno reso la Direttiva uno strumento meno efficace del previsto.

[19] Per un'analisi del citato articolo, si vedano A. DAMATO, *Art. 114 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 904 ss.; P. DE PASQUALE, *Commento art. 114 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati sull'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1260 ss.

[20] Con riferimento alla legittimità dell'utilizzo del criterio del fatturato quale collegamento con le società terze per l'applicazione del diritto dell'Unione, si veda N. BOSCHIERO, *op. cit*.

[21] Per un'analisi dell'ambito di applicazione *ratione personae* della Proposta, sia consentito rinviare a F. CECI, *Considerazioni critiche sull'ambito di applicazione e altri profili sistematici della recente proposta di direttiva sul dovere di diligenza ai fini della sostenibilità*, in questa *Rivista*, 2023, p. 153 ss.

[22] Si rinvia agli Autori citati nelle note 3 e 6.

In particolare, il progetto di relazione presentato dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo il 7 novembre 2022[23] e l'orientamento generale adottato dal Consiglio il 20 novembre 2022[24], hanno aperto i negoziati sull'adozione della Proposta.

Il 1° giugno 2023, il Parlamento europeo ha adottato la propria posizione finale[25], mantenendo sostanzialmente invariato l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della Proposta e apportando alcuni miglioramenti – quale, ad esempio, la previsione di un ampio termine di prescrizione – alla disciplina relativa alla responsabilità civile per danni.

I primi emendamenti più rilevanti in ordine a tali aspetti, purtroppo in termini di minore effettività, sono poi giunti il 15 dicembre 2023, data in cui il Consiglio e il Parlamento europeo hanno raggiunto un accordo politico provvisorio sulla proposta di Direttiva, pubblicato il successivo 26 febbraio[26].

Senonché, prima della formale adozione del testo da parte di entrambe le istituzioni, sono sorte ulteriori perplessità, soprattutto con riguardo alla volontà, espressa da alcuni rappresentanti degli Stati membri[27], di limitare l'ambito soggettivo di applicazione, che hanno condotto a rinviare la votazione in seno al Consiglio in più occasioni.

Si è così giunti ad un nuovo accordo provvisorio, poi formalizzato con l'approvazione del testo definitivo da parte del Parlamento, il 24 aprile 2024[28], e del Consiglio, il 13 maggio successivo[29].

[23] Progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, COM 2022(0071) - C9-0050(2022) – 2022 0051(COD), 7 novembre 2022.

[24] *Ivi*.

[25] Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 1° giugno 2023, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, del 1° giugno 2023 (2022/0051(COD)).

[26] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937. Esame del testo di compromesso finale in vista di un accordo. Comitato dei rappresentanti permanenti (5893/2/24 REV 2).

[27] Per una più completa ricostruzione della procedura legislativa e, in particolare, della posizione del rappresentante della Germania in seno al Consiglio, si veda S. CIACCHI, *op. cit*.

[28] Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 24 aprile 2024, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)).

[29] 2022/0051(COD) PE-CONS 9/24.

4. *Il ristretto ambito di applicazione soggettivo e l'estensione indiretta della portata della direttiva*

La prima, e probabilmente più significativa, modifica da segnalare nel testo finale della Direttiva concerne la notevole limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della stessa.

Invero, la *CSDDD*, in virtù di quanto disposto dall'art. 1, par. 1, della stessa, troverà applicazione anzitutto per le imprese europee che abbiano avuto *(i)* in media, più di 1.000 dipendenti e *(ii)* un fatturato netto a livello mondiale superiore a 450 milioni di euro nell'ultimo esercizio.

Con riferimento, poi, alle società costituite in conformità con la disciplina di uno Stato terzo, il criterio oggettivo per l'inclusione nell'ambito di applicazione della Direttiva è esclusivamente il fatturato netto prodotto nell'Unione, che dovrà essere superiore anche in questo caso a 450 milioni di euro[30].

Inoltre, saranno destinatarie degli obblighi di dovuta diligenza le *holding* di gruppi che raggiungano tali soglie quantitative su base consolidata[31].

Ciò posto, emerge chiaramente come, in primo luogo, siano stati, rispettivamente, raddoppiati e triplicati i parametri relativi ai dipendenti occupati e al fatturato realizzato e, per di più, sia stato completamente eliminato il riferimento ai settori ritenuti più rischiosi rispetto alla produzione di impatti negativi su diritti umani e sull'ambiente, per i quali la Proposta prevedeva soglie quantitative meno elevate[32].

[30] Un'ulteriore categoria di società incluse nell'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva è rappresentata delle imprese, europee e no, che hanno concluso accordi di franchising o di licenza nell'Unione in cambio di diritti di licenza con società terze indipendenti, a condizione che tali contratti (i) garantiscano un'identità e un concetto aziendale comune e (ii) abbiano ad oggetto diritti di licenza per un equivalente maggiore a 22 milioni di euro, nonché che le citate società abbiano realizzato un fatturato netto a livello mondiale, o dell'Unione, superiore a 80 milioni di euro nell'ultimo esercizio.

[31] A questo proposito, l'art. 1, par. 3, specifica che, qualora la capogruppo abbia come oggetto sociale principale la detenzione di azioni in controllate operative e non risulti coinvolta nell'adozione di decisioni gestionali, operative o finanziarie che interessano il gruppo o una o più delle sue filiazioni, tale società potrà essere esentata dagli obblighi di dovuta diligenza, a condizione che per l'adempimento di questi ultimi venga designata una delle controllate.

[32] In particolare, la Proposta stabiliva che gli obblighi di dovuta diligenza si sarebbero dovuti applicare alle grandi imprese costituite in conformità con la normativa di uno Stato membro che avessero, in media, più di 500 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 150 milioni di euro. Inoltre, nell'ambito di applicazione erano altresì ricomprese le

A restringere ulteriormente il perimetro di applicazione della *CSDDD*, l'art. 1, par. 5, dispone che i criteri dei dipendenti occupati e del fatturato, prodotto su scala mondiale o europea, andranno soddisfatti per due esercizi consecutivi.

Alla luce dei citati emendamenti, la Direttiva, una volta recepita, troverà applicazione solo nei confronti di circa 4.500 imprese, corrispondenti allo 0.5% degli operatori commerciali attivi nel mercato europeo[33] e a circa un quarto delle società che sarebbero risultate sottoposte agli obblighi secondo il testo della Proposta.

Tali dati, anche solo considerati in termini quantitativi, non possono che condurre ad una valutazione negativa del compromesso politico raggiunto durante le negoziazioni, soprattutto avuto riguardo degli interessi tutelati e della necessità di garantire una disciplina armonizzata ed uniforme rispetto agli stessi.

Conclusione che trova sostegno, altresì, nelle tempistiche previste dall'art. 37 per il graduale recepimento della *CSDDD*, giacché gli obblighi di dovuta diligenza si applicheranno alle società menzionate pocanzi solo a decorrere dal 2029. Negli anni precedenti, invece, le disposizioni saranno attuate nei confronti di imprese con soglie di fatturato e dipendenti occupati ben maggiori, con un evidente indebolimento della partecipazione dei privati alla realizzazione degli obiettivi dell'UE per il 2030 in materia di ambiente, energia e clima.

Siffatte osservazioni risultano peraltro confermate dalle ulteriori limitazioni introdotte con riferimento all'estensione indiretta degli obblighi di dovuta diligenza lungo le catene di valore delle società.

Invero, la *CSDDD*, all'art. 2, par. 1, lett. a), restringe l'operatività del dovere di *due diligence* alle attività delle imprese sopra menzionate, delle relative controllate e dei «partner commerciali nelle catene di attività».

società europee con più di 250 dipendenti in media e fatturato netto a livello mondiale di oltre 40 milioni di euro nell'ultimo esercizio, a condizione che almeno la metà del detto fatturato fosse stato generato in uno o più settori a rischio, ovverosia (i) la fabbricazione e il commercio all'ingrosso di tessuti, pellami e relativi prodotti, (ii) l'agricoltura, silvicoltura e la pesca, nonché la fabbricazione di prodotti alimentari e il commercio all'ingrosso di materie prime agricole, bestiame, legname, alimenti e bevande; (iii) l'estrazione di risorse minerarie e la fabbricazione e il commercio dei derivati delle stesse.

[33] Tali dati emergono dalle stime presentate dal *Centre for Research on Multinational Corporations* (*SOMO*), sulla base degli studi forniti da Orbis ed Eurostat, rinvenibili all'indirizzo www.somo.nl/breakthrough-in-csddd-negotiations/. Sul punto, si veda K. BAKHTINA, *The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Success or a Failure?*, in *Amsterdam Law Forum*, n. 16, 2024, p. 77 ss.

Al riguardo, occorre evidenziare che, nonostante l'ampio riferimento alle filiazioni sia rimasto immutato[34], la sostituzione delle catene di valore – menzionate nella Proposta – con le catene di attività costituisce un emendamento più che rilevante.

In particolare, se, da una parte, le prime ricomprendono l'insieme delle attività, dirette o indirette, inerenti ai processi di produzione di un bene o alla prestazione di un servizio, da monte a valle degli stessi, comprese le fasi di sviluppo, di uso e di smaltimento[35], dall'altra parte, le catene di attività includono la *supply chain* a monte di una società e solo le prestazioni di distribuzione, trasporto e immagazzinamento dei prodotti dalla stessa realizzati[36]. In tale modo, risultano escluse dall'ambito di applicazione indiretto della *CSDDD* alcune delle attività con più significativi impatti negativi, quali, tra tutte, quelle di smaltimento dei beni, soprattutto qualora operate da imprese extraeuropee.

Al contrario, e sempre con riguardo all'estensione degli obblighi di *due diligence* lungo la catena di attività delle imprese, appare senz'altro positiva l'eliminazione della richiesta della sussistenza di un rapporto d'affari consolidato. La qualificazione presente nella Proposta – relativa a rapporti diretti o indiretti che, per intensità o periodo interessato, risultano duraturi o rappresentano una parte non trascurabile né meramente accessoria della catena – si sarebbe prestata a facili elusioni attraverso meccanismi per i quali le

[34] In proposito, la Direttiva rinvia alla definizione di impresa controllata data dall'art. 2, par. 1, lett. (f), della direttiva 2004/109/CE del Parlamento e del Consiglio. Tale previsione stabilisce un elenco aperto, che, pur ricomprendendo le fattispecie di controllo più note, presenta il vantaggio di potersi applicare a tutte le ipotesi di società sulla quale una persona fisica o giuridica ha il potere di esercitare o esercita effettivamente un'influenza dominante o un controllo.

[35] La citata definizione emerge da quanto previsto dall'art. 3, par. 1, lett. f), della Proposta.

[36] In particolare, l'art. 3, par. 1, lett. g), della Direttiva definisce una catena di attività come «(i) attività di un partner commerciale a monte di una società inerenti alla produzione di beni o alla prestazione di servizi da parte di tale società, compresi la progettazione, l'estrazione, l'approvvigionamento, la produzione, il trasporto, l'immagazzinamento e la fornitura di materie prime, prodotti o parti di prodotti e lo sviluppo del prodotto o del servizio; e ii) attività di un partner commerciale a valle di una società inerenti alla distribuzione, al trasporto e all'immagazzinamento del prodotto di tale società, laddove i partner commerciali svolgano tali attività per la società o a nome della società, a eccezione della distribuzione, del trasporto e dell'immagazzinamento del prodotto soggetto al controllo delle esportazioni a norma del regolamento (UE) 2021/821 o a controlli delle esportazioni relativi ad armi, munizioni o materiali bellici, una volta che l'esportazione del prodotto sia stata autorizzata».

società a capo della filiera avrebbero potuto preferire i rapporti commerciali occasionali e non continuativi a quelli stabili. Ciò, con un effetto distorsivo sia delle verifiche in capo a tali soggetti, sia delle dinamiche concorrenziali. Grazie agli emendamenti confluiti nel testo definitivo, invece, gli obblighi e il conseguente regime di responsabilità della *CSDDD* si applicheranno indirettamente a tutti i partner commerciali diretti e indiretti[37], tramite un effetto a cascata in virtù del quale, attraverso strumenti contrattuali o di controllo societario, la società *leader* o madre avrà il dovere di richiedere alle imprese della catena di valore adeguate garanzie in ordine al rispetto delle procedure di dovuta diligenza.

In tale modo, la Direttiva avrà una portata ben più ampia di quella relativa al solo ambito di applicazione soggettivo diretto della stessa. In particolare, il meccanismo a cascata coinvolge o comunque responsabilizza anche le piccole e medie imprese nelle procedure di *due diligence*. Ciò condurrà alla creazione di uno *standard* comune di diligenza con riferimento ai diritti umani e alle norme sull'ambiente, con conseguenze positive in termini di armonizzazione della disciplina e di condizioni concorrenziali sul mercato.

5. *Gli obblighi di dovuta diligenza e la qualificazione degli impatti negativi*

Il testo della direttiva ha subito degli emendamenti anche con riguardo al contenuto degli obblighi di *due diligence*. In tale contesto, tuttavia, è stata mantenuta la medesima struttura presente nella Proposta, peraltro con l'introduzione di alcune modifiche, a nostro avviso, positive.

Invero, la *CSDDD* impone che il dovere di diligenza sia esercitato dalle società attraverso procedure multifasiche basate sul rischio, previste dagli artt. 7-16, finalizzate a: *a*) integrare il dovere di diligenza nelle politiche e nei sistemi di gestione dei rischi delle imprese (art. 7); *b*) individuare e valutare gli impatti negativi effettivi o potenziali e, se necessario, attribuire una priorità agli stessi (artt. 8-9); *c*) prevenire e attenuare i citati impatti o, qualora verificatisi, arrestare e minimizzare le relative entità (artt. 10-11); *d*) riparare gli impatti negativi (art. 12); *e*) svolgere un dialogo significativo con i portatori di interessi (art. 13); *f*) instaurare e mantenere un meccanismo di notifica

[37] La Direttiva, all'art. 3, par. 1, lett. f), definisce il partner commerciale come un soggetto con il quale la società ha concluso un accordo commerciale connesso alle attività, ai prodotti o ai servizi della società, nonché come il soggetto che svolge attività commerciali connesse a tali attività, prodotti e servizi.

e una procedura di reclamo (art. 14); *g)* monitorare l'efficacia delle procedure e delle politiche adottate (art. 15); *h)* comunicare pubblicamente le azioni intraprese (art. 16).

In termini generali, la Direttiva dispone che le prescrizioni vadano adempiute attraverso l'adozione di misure adeguate, per tali intendendosi quelle che permettono di conseguire gli obiettivi del dovere di diligenza, affrontando efficacemente gli impatti negativi in modo commisurato al grado di gravità e alla probabilità degli stessi, e ragionevolmente disponibili per la società, considerate le circostanze del caso specifico, comprese la natura e la portata di tali impatti e dei fattori di rischio pertinenti[38]. La predetta specificazione consente di confermare, da un lato, che le procedure di *due diligence* vadano predisposte su un approccio *risk-based* e, dall'altro lato, che le stesse costituiscano un obbligo di mezzi e non di risultato[39]. La conseguenza di quest'ultimo aspetto, con riflessi anche sul regime di responsabilità, è che le imprese non saranno tenute a garantire che gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente non si verifichino o vengano arrestati, bensì, più semplicemente, di aver posto in essere tutte le misure ritenute, nelle circostanze del caso specifico, più adeguate a prevenire o minimizzare l'impatto[40].

Venendo, poi, agli emendamenti nel testo finale, occorre anzitutto evidenziare come le disposizioni relative alle varie fasi di *due diligence* siano state integrate con indicazioni pratiche e operative, al fine di agevolare l'applicazione delle stesse da parte delle imprese, nonché di rendere la Direttiva uno *standard* globale di riferimento.

Inoltre, appare da accogliere con favore l'introduzione di un generale obbligo di riparazione rispetto agli impatti negativi causati dalle società incluse nell'ambito di applicazione soggettivo. Tuttavia, tale obbligo si traduce in una facoltà o, meglio, in una riparazione volontaria, qualora l'impatto negativo sia realizzato da un partner commerciale. Soluzione, quest'ultima, che mal si concilia con la struttura a cascata delle procedure di *due diligence*.

[38] Cfr. considerando n. 40.

[39] Elemento confermato dal considerando n. 19.

[40] Come anticipato, l'analisi qui condotta non tiene conto dei profili relativi al regime di responsabilità civile introdotto dalla Direttiva. A questo riguardo, tuttavia, occorre rilevare come l'art. 29 preveda un'armonizzazione minima, lasciando, poi, il resto della regolamentazione agli Stati membri. In termini generali, la citata disposizione stabilisce che le imprese possano essere ritenute responsabili dei danni cagionati a persone fisiche o giuridiche, qualora le stesse non abbiano adempiuto agli obblighi di prevenzione e arresto degli impatti negativi previsti dai citati artt. 10 e 11 e, a seguito di detto inadempimento, si sia verificato un danno ad interessi giuridici soggettivi tutelati dal diritto nazionale.

Parimenti, risulta certamente positivo il nuovo riferimento alla necessità di implementare misure per il coinvolgimento dei portatori di interesse nell'ambito delle fasi più cruciali dell'esercizio del dovere di diligenza. In virtù di detta previsione, e a fine di svolgere le consultazioni in modo trasparente ed efficace, le società saranno tenute a fornire agli *stakeholders* informazioni pertinenti e complete rispetto alle procedure adottate. Questo garantirà, da una parte, un potere di controllo ai portatori di interesse[41] e, dall'altra parte, una maggiore aderenza delle *policies* alle differenti realtà aziendali.

Per altro verso, invece, non ci sembrano condivisibili, soprattutto per la minore tutela garantita agli interessi coinvolti, le determinazioni assunte in ordine alla qualificazione di impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente, sulla quale si fondano gli obblighi di *due diligence* che, come osservato, sono mirati ad evitare ed eventualmente neutralizzare tali impatti.

La predetta definizione è fornita dall'art. 3, lettere b), c) e f), della *CSDDD*, che qualifica gli impatti negativi, per ciò che concerne i diritti umani, come quelli causati dall'abuso dei diritti elencati nell'Allegato I, parte I, della stessa. Con riguardo alla tutela dell'ambiente, rilevano poi le violazioni dei diritti, dei divieti o degli obblighi elencati nell'Allegato I, parte I, sezione 1, punti 15 e 16, e parte II.

Relativamente ai diritti umani, l'elencazione degli abusi ricomprende sia alcune previsioni di carattere generale[42], sia alcune fattispecie specifiche, tra cui quelle a tutela dei diritti dei lavoratori e dei minori[43]. Rispetto alla Proposta, tuttavia, da tale lista sono stati espunti i riferimenti a talune ipotesi particolarmente utili a tutelare i diritti delle minoranze e delle comunità indigene[44].

[41] Si noti che tali soggetti, in virtù di quanto previsto dall'art. 12, par. 2, avranno anche il diritto di ottenere informazioni pertinenti supplementari.

[42] Tra queste vanno senz'altro citate le violazioni del diritto alla vita, della libertà, della sicurezza, nonché del divieto di tortura e di trattamenti degradanti, di interferenze illegittime nella vita privata, nella libertà di pensiero, coscienza e religione, in conformità con le disposizioni dettate dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

[43] In relazione ai diritti più strettamente connessi alle condizioni lavorative, l'Allegato menziona svariate violazioni delle previsioni del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali – quali il divieto di lavoro forzato e il diritto di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro – oltre a molteplici diritti, come sanciti dalle convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), tra cui il diritto alla libertà di associazione e di riunione o il divieto di impiego di minori.

[44] Nello specifico, è stato eliminato il riferimento al diritto dei popoli indigeni alle terre,

La sezione II, della Parte I, del predetto Allegato menziona, invece, alcune convenzioni internazionali in materia di diritti umani[45], che, tuttavia, divengono rilevanti, qualora violate, solo a condizione «la società sia stata ragionevolmente in grado di prevedere il rischio che tale diritto umano potesse essere leso, considerate le circostanze del caso specifico, compresi la natura e la portata delle attività commerciali della società e la sua catena di attività, le caratteristiche del settore economico e il contesto geografico e operativo». La formulazione della norma sembrerebbe suggerire che la sussistenza dell'impatto negativo sia condizionata ad una valutazione di ragionevolezza del rischio del pregiudizio, basata sulle circostanze concrete, con un conseguente onere aggiuntivo, anche in termini probatori, rispetto all'accertamento dell'inosservanza[46]. Peraltro, nel testo finale della Direttiva, la citata sezione II risulta priva dei riferimenti ad alcuni fondamenti strumenti internazionali, presenti nella Proposta, quali, tra tutti, la dichiarazione universale dei diritti umani, la dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni e la dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale dell'OIL.

Con riferimento agli impatti negativi sull'ambiente, la parte I, sezione 1, punti 15 e 16, e la parte II dell'Allegato prevedono divieti e obblighi inclusi in alcune convenzioni ambientali, individuati in ragione della frequenza del verificarsi delle relative condotte nell'ambito dell'attività di impresa, che risultano ampliati rispetto a quelli stabiliti nella Proposta[47].

Nel complesso, la finalità della Direttiva, almeno con riguardo

ai territori e alle risorse che tradizionalmente possedevano o occupavano oppure che hanno altrimenti utilizzato o acquisito, in conformità con gli artt. 25, 26, 27 e 29 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni.

[45] In particolare, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali; la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e Convenzioni fondamentali dell'OIL.

[46] Cfr. G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale*, cit., p. 26 ss.

[47] Tra queste rientrano quelle delle convenzioni in materia di diversità biologica, di commercio internazionale delle specie di flora e di fauna selvatiche minacciate di estinzione, di utilizzo del mercurio, di protezione della fascia dell'ozono, di movimentazione transfrontaliera di rifiuti pericolosi, di utilizzo di pesticidi e agenti chimici pericolosi o di inquinanti organici persistenti. Inoltre, la portata di tale elenco appare estesa in virtù di quanto disposto dal punto n. 15 della Parte I dell'Allegato. Invero, la previsione qualifica come impatto negativo la violazione del divieto di causare qualsiasi degrado ambientale misurabile, quali cambiamenti nocivi del suolo, inquinamento idrico o atmosferico, emissioni nocive o consumo eccessivo di acqua o altri effetti sulle risorse naturali, ma esclusivamente qualora tali condotte ledano taluni diritti umani.

all'ambito di applicazione *ratione materiae* della stessa, appare quella di determinare un perimetro limitato per l'attuazione delle politiche di individuazione, prevenzione e attenuazione degli impatti negativi, attraverso la previsione di un elenco tassativo di diritti che le imprese saranno tenute a rispettare. Al riguardo, va rilevata una diversità rispetto all'approccio adottato dai Principi Guida, in quanto questi ultimi si riferiscono alla totalità dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale, compresi quelli il cui rispetto è tradizionalmente richiesto ai soli soggetti statali[48].

Nondimeno, tale prospettiva risulta apprezzata da parte delle società alla luce dei benefici in termini di certezza dell'estensione della propria responsabilità[49] e pare altresì presentare il vantaggio di assicurare l'effettiva tutela dei diritti richiamati negli allegati, che potrebbe essere meno garantita dalle formule di generico rinvio ai diversi strumenti di salvaguardia dei diritti umani e dell'ambiente riconosciuti a livello internazionale.

Una siffatta scelta, pur potendosi rilevare i limiti di un elenco ristretto delle possibili violazioni, appare giustificabile nella misura in cui attribuisce maggiore concretezza alla tutela dei diritti ricompresi nel perimetro di applicazione materiale.

6. *L'impegno per la mitigazione dei cambiamenti climatici*

Discorso ambivalente può essere svolto anche con riferimento al trattamento riservato nella Direttiva agli obblighi delle imprese rispetto al cambiamento climatico.

In particolare, ad una prima lettura, sembrerebbe positiva l'inclusione nell'oggetto della *CSDDD* – come stabilito dall'art. 1, par. 1 – degli «obblighi che incombono sulle società di adottare e attuare un piano di transizione per

[48] In particolare, in linea con quanto disposto dalle Linee Guida OCSE e dal *Global Compact*, il Principio 12 stabilisce che la responsabilità delle imprese debba estendersi almeno al rispetto dei diritti umani riconosciuti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e dai principali strumenti che la codificano, come il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, unitamente ai diritti contenuti nelle otto convenzioni fondamentali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, come riportati nella Dichiarazione sui Principi e i Diritti Fondamentali nel Lavoro.

[49] A tal proposito, si vedano gli esiti della consultazione pubblica avviata dalla Commissione per la presentazione della Proposta, disponibili all'indirizzo www.ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/public-consultation_it.

la mitigazione dei cambiamenti climatici volto a garantire, con il massimo impegno possibile, la compatibilità del modello e della strategia aziendali della società con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 o C in linea con l'accordo di Parigi».

Questa conclusione, tuttavia, è smentita dall'analisi della disciplina prevista per tali profili dall'art. 22.

Anzitutto, dal tenore della norma emerge chiaramente come l'onere in esame costituisca un obbligo di mezzi, da adempiere nel limite dell'«impegno possibile» e da valutare tenendo conto delle specifiche circostanze del caso, nonché dei progressi compiuti dalle società e, soprattutto, della complessità e della natura evolutiva della transizione climatica[50].

In secondo luogo, l'impegno concerne esclusivamente le società ricomprese nell'ambito di applicazione diretto della *CSDDD* e non anche quelle appartenenti alla catena di attività delle stesse.

Da ultimo, tale approccio si riflette, altresì, nella mancata inclusione nelle violazioni sussumibili nell'alveo degli impatti negativi ambientali di riferimenti ai cambiamenti climatici, con conseguenze rilevanti su due distinti aspetti.

Da una parte, il mancato adempimento dell'obbligo in parola, anche qualora lo stesso causi danni a persone fisiche o giuridiche, non potrà essere invocato dalle eventuali vittime per richieste di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 29 della Direttiva.

Dall'altra parte, le autorità di vigilanza istituite dalla *CSDDD* saranno tenute a compiere un mero controllo formale circa l'adozione e l'elaborazione del piano, senza tuttavia poter esperire una verifica di merito in ordine ai contenuti dello stesso. In questo modo, ci sembra risulterà complesso raggiungere uno degli obiettivi ricercati da tale norma, ovverosia quello di evitare dichiarazioni fuorvianti e porre fine al *greenwashing* e alla disinformazione.

Tuttavia, possono rinvenirsi anche alcuni elementi positivi della norma in esame. Invero, pare opportuno rilevare come la stessa rappresenti un primo e flessibile strumento per condividere formalmente con gli attori privati gli obiettivi dell'Accordo di Parigi. Si tratta di un approccio che, seppur non allineato con i più recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di responsabilità delle società per il loro impatto sui cambiamenti climatici[51], può

[50] Cfr. considerando n. 73.

[51] A tal riguardo, si vedano, *ex multis*, E. A LVAREZ-ARMAS, *SDG 13: Climate Action*, in R. MICHAELS, V. RUIZ ABOU-NIGM, H. VAN LOON (eds.), *The Private Side of Transforming*

trovare spiegazione nell'opportunità di strutturare in maniera graduale il percorso verso un nuovo modello economico.

7. *Osservazioni conclusive*

Dall'analisi compiuta in ordine ad alcuni degli emendamenti apportati al testo della direttiva, pare ragionevole affermare che le zone d'ombra conseguenti al compromesso politico raggiunto siano prevalenti rispetto alle novità positive.

Nello specifico, le limitazioni operate con riferimento all'ambito soggettivo, diretto e indiretto, della *CSDDD*, unitamente con la più rigida e meno ampia qualificazione degli impatti negativi rilevanti ai fini della stessa, segnano, per i motivi illustrati, un deciso passo indietro rispetto alla disciplina (già perfettibile) contenuta nella Proposta.

Proprio in ragione di tale valutazione, occorre chiedersi se il testo finale sia idoneo a realizzare gli obiettivi iniziali avanzati dalla Commissione e, più in generale, quelli propri del quadro normativo dell'Unione per la responsabilizzazione degli attori privati nel percorso di transizione verso un'economia sostenibile, verde e climaticamente neutra, in linea con il Green Deal europeo.

In questa prospettiva, la risposta può essere affermativa esclusivamente tenendo in considerazione due elementi, tra loro interconnessi.

Anzitutto, va ricordato che la *CSDDD* rappresenta il primo strumento a

our World - UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law, Cambridge, 2022, p. 409 ss.; C. MACCHI, *op. cit.*, p. 17 ss., e, più in generale con riferimento alla giustizia climatica, G. CONTALDI, *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *OIDU*, n. 3, 2023, p. 567 ss.

Una rilevante e recente pronuncia in materia è stata resa nel caso Milieudefensie e altri c. Royal Dutch Shell PLC, del 2021, in cui la Corte distrettuale dell'Aja ha ritenuto responsabile la società olandese per le violazioni dei diritti umani cagionate dalle emissioni di gas delle imprese partecipanti alla catena di lavoro, in ragione della mancata adozione da parte della *holding* di un piano di contenimento delle stesse. The Hague District Court, *Vereiniging Milieudefensie and Others v. Royal Dutch Shell plc* (C/9571932/HA ZA 19-379). Per un'analisi della sentenza si vedano A. BONFANTI, *Cambiamenti climatici, diritti umani e attività d'impresa: recenti tendenze e futuri sviluppi del diritto internazionale in materia di due diligence d'impresa*, in *Le Nazioni Unite di fronte alle nuove sfide economico-sociali 75 anni dopo la loro fondazione, Quaderni de La Comunità internazionale*, 2021, p. 47 ss.; C. MACCHI, J. VAN ZEBEN, *Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, in *Revue of European, Comparative and International Environmental Law*, 2021, p. 409 ss.

livello internazionale finalizzato ad imporre alle imprese degli obblighi trasversali di prevenzione, arresto e riparazione degli impatti negati sui diritti umani e sull'ambiente. Di conseguenza, non stupisce che, anche al fine di evitare eccessivi oneri e problemi di competitività, le istituzioni dell'Unione abbiano preferito un percorso graduale di armonizzazione, così da garantire anche una maggiore sensibilità e consapevolezza nei soggetti convolti. Al riguardo, fa ben sperare che lo stesso approccio sia stato seguito, sempre nel contesto europeo, in relazione ad un altro tema fondamentale e trasversale nell'ambito della disciplina della RSI, ovverosia la rendicontazione societaria di sostenibilità. Rispetto a quest'ultima, è stata adottata, in un primo momento, la direttiva 2014/95/UE relativa alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, e, successivamente, la direttiva (UE) 2022/2464 concernente la rendicontazione societaria di sostenibilità, con una netta estensione del relativo perimetro di applicazione e una maggiore specificazione degli obblighi in capo ai privati[52].

In secondo luogo, la *CSDDD* stabilisce doveri che si applicheranno nei confronti di alcune grandi imprese extraeuropee e, seppure indirettamente, condurrà ulteriori società di Stati terzi a conformarsi alle procedure di dovuta diligenza, al fine di mantenere rapporti con gli operatori del mercato interno. In tale modo, la disciplina della Direttiva, oltre a costituire uno *standard* comune di diligenza a livello globale per le società, potrebbe influenzare anche cambiamenti normativi sul piano internazionale e in diversi ordinamenti interni, in applicazione del c.d. "effetto Bruxelles"[53].

Alla luce delle osservazioni che precedono, la *CSDDD*, nonostante i limiti e le criticità, rappresenta un ulteriore, seppur contenuto, passo in avanti verso la protezione effettiva dei singoli e delle comunità coinvolte dalle attività di impresa nonché verso condizioni di parità di mercato, capace di arginare il rischio di impatti negativi sulle tutele dei diritti, ma anche di ingiusti vantaggi economici ottenuti attraverso la violazione degli stessi.

[52] Sull'evoluzione della normativa in materia di *disclosure* non finanziaria, ci permettiamo di rinviare a F. CECI, *Dalle dichiarazioni di carattere non finanziario alla rendicontazione societaria di sostenibilità: una prima lettura della direttiva (UE) 2022/2464*, in questa *Rivista*, n. 1, 2023, p. 151 ss.; ID, *L'obbligo di divulgazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di Corporate Social Responsibility nel quadro dell'Unione europea*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *op. cit.*, p. 339 ss.

[53] Sul punto si veda A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles: Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021, e, con specifico riferimento a tale effetto nell'ambito della politica ambientale dell'UE, F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *RDGA*, n. 4, 2021, p. 751 ss.

Abstract (ita)

Il contributo intende offrire una valutazione critica della direttiva (UE) 2024/1760 sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (secondo l'acronimo inglese di *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, la "*CSDDD*"), adottata il 13 giugno 2024, quale strumento normativo finalizzato a vincolare determinati operatori economici europei ed extraeuropei al rispetto dei diritti umani e alla tutela dell'ambiente lungo le relative catene di attività. Il lavoro si concentra sul contesto normativo che ha condotto alla sua adozione, sulle principali modifiche intervenute durante il negoziato interistituzionale e sulle implicazioni sostanziali che ne derivano in termini di efficacia regolatoria. In particolare, da una parte, viene messa in luce l'innovazione rappresentata dalla previsione di obblighi giuridicamente vincolanti in materia di sostenibilità aziendale, compresi quelli di riparazione e di adozione di piani di transizione climatica e, dall'altra parte, si evidenziano le rilevanti limitazioni introdotte in sede di approvazione, con particolare riguardo all'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, alla portata del dovere di *due diligence* e alla definizione degli impatti negativi rilevanti. In questa prospettiva, il contributo tenta di valutare se la direttiva, pur nella sua portata ridimensionata rispetto alla proposta iniziale della Commissione, possa ancora costituire uno strumento efficace per orientare le imprese verso una condotta responsabile, ridurre il rischio di violazioni dei diritti fondamentali e promuovere condizioni concorrenziali eque nel mercato interno. La conclusione è moderatamente positiva, nella misura in cui la *CSDDD* pone le basi per un approccio graduale e armonizzato, suscettibile di produrre effetti extraterritoriali significativi, anche grazie al c.d. "effetto Bruxelles".

Abstract (eng)

The paper offers a critical assessment of Directive (EU) 2024/1760 on corporate sustainability due diligence (hereinafter "CSDDD"), adopted on 13 June 2024, as a legal instrument designed to impose binding obligations on certain European and third-country companies with respect to human rights and environmental protection throughout their chains of activities. The analysis focuses on the legal background leading to the Directive's adoption, on the key amendments introduced during the interinstitutional negotiation process, and on the substantive implications in terms of

regulatory effectiveness. In this framework, the paper highlights, on the one hand, the innovative nature of introducing legally binding obligations in the field of corporate sustainability, including duties of reparation and the adoption of climate transition plans; on the other hand, it critically examines the significant limitations introduced at the final drafting stage, especially with regard to the personal and material scope of application, the breadth of the due diligence duty, and the definition of relevant adverse impacts. Against this backdrop, the paper seeks to assess whether the Directive, albeit narrowed in scope compared to the Commission's original proposal, can still serve as an effective instrument to steer companies towards responsible conduct, reduce the risk of fundamental rights violations, and promote fair competition in the internal market. The conclusion is cautiously positive, insofar as the CSDDD lays the groundwork for a gradual and harmonised approach, capable of producing significant extraterritorial effects, also by virtue of the so-called "Brussels effect".

LA TUTELA PENALE DELL'AMBIENTE: LUCI E OMBRE DELLA DIRETTIVA 2024/1203*

Angela Correra**

SOMMARIO: 1. Definizione del piano d'indagine. – 2. Breve ricognizione dell'evoluzione del diritto penale europeo dell'ambiente: dalla direttiva del 2008 alle ragioni del suo insuccesso. – 3. Le principali novità della direttiva (UE) 2024/1203. – 3.1. La definizione di «ecosistema». – 3.2. La tecnica di tipizzazione del fatto penalmente rilevante. – 3.3. Le sanzioni. – 3.4. Altre innovazioni relative al diritto penale di parte generale. Gli obblighi di armonizzazione dei termini di prescrizione dei reati. – 3.5. Alcuni cenni agli strumenti investigativi di contrasto alle ecomafie. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Definizione del piano d'indagine*

La questione della individuazione di efficaci regole di contrasto della criminalità ambientale ha suscitato negli ultimi anni un'attenzione crescente e una parte importante del dibattito ha riguardato l'opportunità di utilizzare il diritto penale nei casi di violazioni ambientali.

Nell'Unione europea, in particolare, questo profilo ha guadagnato rinnovata attenzione con l'adozione e l'entrata in vigore della direttiva (UE) 2024/1203 sulla tutela penale dell'ambiente[1], che sostituisce l'omonima direttiva 2008/99/CE[2] e 2009/123/CE sull'inquinamento causato dalle navi[3].

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della presentazione svolta in occasione del I convegno annuale del Forum AES, intitolato "Le nuove sfide della sostenibilità ambientale", tenutosi presso l'Università degli Studi di Siena il 5-6 dicembre 2024.

** Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università Telematica Pegaso.

[1] Direttiva (UE) 2024/1203 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, sulla tutela penale dell'ambiente.

[2] Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente. Sulle disposizioni della direttiva, v. G. M. VAGLIASINDI, *The EU Environmental Crime Directive*, in A. FARMER, M. FAURE, G. M. VAGLIASINDI (eds.), *Environmental Crime in Europe*, Oxford, 2017; G. M. VAGLIASINDI, *The European Harmonisation in the Sector of Protection of the Environment Through Criminal Law: The Results Achieved and Further Needs for Intervention*, in *NJECL*, nn. 3-4, 2012, p. 323.

[3] Direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e

L'interesse per l'impiego del diritto penale nella protezione dell'ambiente, invero, non è nuovo tra gli studiosi del diritto, come dimostrano i numerosi studi e articoli accademici che discutono l'adeguatezza dell'uso del diritto penale in campo ambientale e il suo ruolo rispetto ad altre strategie per l'applicazione della normativa a tutela dell'ambiente[4].

Il presente contributo si colloca nel solco di questa produzione dottrinale, focalizzandosi sulle più recenti tecniche e modalità di tipizzazione impiegate dal legislatore europeo nella definizione della sfera del penalmente rilevante, evidenziando le potenziali ricadute sull'efficacia della lotta contro la criminalità ambientale. L'obiettivo è quello di individuare le possibili criticità e prospettive di sviluppo della politica criminale nel contesto dell'Unione europea.

Come si vedrà, il diritto penale ambientale, che, in passato, ha inaugurato un percorso di armonizzazione legislativa senza precedenti a livello dell'Unione, continua a costituire un laboratorio normativo di primaria importanza, conservando, ancor oggi, inalterata la sua connaturata attitudine a fungere da osservatorio privilegiato per esaminare l'evoluzione del diritto penale dell'Unione e le tensioni tra l'esigenza di tutela degli interessi "comunitari" e il principio di sovranità degli ordinamenti nazionali in materia penale[5].

all'introduzione di sanzioni per violazioni.

[4] *Ex multis*, v. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, soprattutto p. 266 ss.; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente. Principi, regole e problemi*, Bologna, 2012; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 481 ss., spec. p. 593 ss.; Per un'ampia ricognizione dell'azione UE di contrasto ai crimini ambientali, v. anche A. FARMER, M. FAURE, G. M. VAGLIASINDI (eds.), *Environmental Crime in Europe*, cit., pp. 1-272.

[5] Cfr. A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di Diritto penale europeo*, Torino, 2014, p. 247; G. M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 113-115: «motore propulsivo nel percorso verso l'affermazione della competenza comunitaria ad imporre obblighi di penalizzazione e oggetto della prima direttiva di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri, la materia ambientale mantiene ancor oggi inalterata la sua connaturata attitudine a fungere da privilegiato luogo di sperimentazione e verifica delle opportunità e dei limiti caratterizzanti l'evoluzione del diritto penale e della politica criminale nel contesto del diritto dell'Unione europea».

2. *Breve ricognizione dell'evoluzione del diritto penale europeo dell'ambiente: dalla direttiva del 2008 alle ragioni del suo insuccesso*

Nell'affrontare tali questioni sembra opportuno ricordare che, dal punto di vista giuridico, la tutela dell'ambiente è espressione di uno dei profili di maggiore attualità e interesse, nonché uno degli scopi essenziali dell'Unione europea[6]. In considerazione dell'importanza che ad essa è stata riservata nei Trattati[7] e nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la necessità di garantire un'adeguata protezione all'ecosistema in tutte le sue componenti vede le istituzioni europee da tempo impegnate nella individuazione di regole puntuali, non solo per preservare l'ambiente e la salute umana, ma anche per promuovere la competitività delle imprese europee e lo sviluppo sostenibile.

In ambito UE, l'impegno istituzionale nel settore in esame si spiega poi

[6] Cfr. artt. 191 TFUE, parr. 3 e 5, TUE (sui fini dell'Unione di adoperarsi «per lo sviluppo sostenibile dell'Europa», a sua volta basato «su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente», e sul contributo dell'Unione «allo sviluppo sostenibile della Terra»), 3, par. 1, lett. *d*), e 4, par. 2, lett. *e*) TFUE (con riferimento alla natura delle competenze relative all'ambiente), 13 TFUE (che dispone l'obbligo dell'Unione di tenere pienamente in conto le «esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti») e, ancora, 194 TFUE (secondo cui la politica dell'Unione nel settore dell'energia tiene conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente).

[7] Degna di nota è la risoluzione del Parlamento europeo, dell'8 settembre 2015, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2013-2014), 2014/2254 (INI), nella quale il Parlamento invita la Commissione a prevedere reati per contrastare i crimini ambientali commessi da singoli o da gruppi criminali organizzati, che hanno un impatto sul diritto degli esseri umani alla salute, alla vita e al godimento di un ambiente salubre, nonché sull'economia e sull'uso di risorse pubbliche. Nel luglio 2020, la strategia dell'UE per la sicurezza, presentata dalla Commissione, ha posto in luce come la criminalità ambientale rappresenti un'attività illecita in espansione, fonte di crescenti profitti per le reti criminali, e come ciò renda necessarie ulteriori misure di contrasto. Successivamente, nell'aprile 2021, la strategia dell'UE per la lotta alla criminalità organizzata 2021-2025 ha sottolineato gli effetti pregiudizievoli dei crimini ambientali sulla biodiversità, sulla salute e sulla coesione sociale, sia all'interno dell'Unione che nei paesi terzi, sollecitando un potenziamento della capacità di applicazione della legge a livello nazionale ed europeo. Tale strategia è stata poi integrata da un articolato insieme di azioni prioritarie definite nella tabella di marcia dell'UE per la lotta al traffico di stupefacenti e alla criminalità organizzata per il periodo 2024-2025, che si concentra su quattro ambiti cruciali per un'azione intensificata: il rafforzamento della resilienza dei nodi logistici, lo smantellamento delle strutture criminali e dei loro modelli economici attraverso il sequestro e la confisca dei proventi illeciti, l'attuazione di un approccio amministrativo per la prevenzione e il potenziamento della cooperazione internazionale.

anche alla luce della previsione, all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali, di una tutela rafforzata del bene dell'ambiente, il quale, sotto il profilo del suo contenuto sostanziale, più che come un diritto fondamentale, è descritto dagli estensori della Carta come un «principio di interesse (e dovere) collettivo», ovvero un valore comune, appartenente a tutti, e un *dovere* delle istituzioni e degli Stati[8].

Se si rivolge lo sguardo alla cooperazione giudiziaria in materia penale si comprende ben presto che la tutela dell'ambiente costituisce forse la materia in relazione alla quale il processo di integrazione europea ha maggiormente inciso. Ciò dipende dal fatto che, sul versante strettamente attinente al diritto penale, il settore ambientale si trova a *dover* affrontare le minacce provenienti dal fenomeno della criminalità trans-frontaliera, che, per le radici profonde che lo connotano e le conseguenze devastanti per l'ecosistema e la salute umana che ad esso si ricollegano, costituisce senza dubbio una delle maggiori sfide del nostro tempo[9].

L'Unione, consapevole di tale emergenza, ha da tempo profuso immensi sforzi per adottare atti idonei ad arginare l'esponenziale crescita degli ecocrimini e preservare l'ambiente come bene giuridico funzionale alla vita di ciascun individuo[10].

In tale prospettiva, mentre in una prima stagione di interventi, l'azione a livello sovranazionale si contentava di richiedere che le sanzioni penali previste fossero effettive, proporzionate e dissuasive, senza imporre ai governi nazionali l'obbligo di incriminare specifici comportamenti[11]; negli anni successivi, si è assistito a un significativo cambiamento di rotta con l'adozione della direttiva 2008/99/CE, che ha inaugurato il processo di formale

[8] Cfr. M. ONIDA, *Articolo 37*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, F. PAPPALARDO, S. ALLEGREZZA, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 691.

[9] V. conclusioni del Consiglio, del 10 ottobre 2024, sulla lotta alla criminalità ambientale transfrontaliera.

[10] Risale al 2004 la direttiva 35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, con cui il Parlamento e il Consiglio hanno gettato le basi della politica ambientale europea. Riconoscendo che i "numerosi siti contaminati" all'interno della Comunità rappresentavano "rischi significativi per la salute" (cfr. considerando n. 2), il legislatore comunitario stabilì che non ogni tipo di "danno ambientale" o "minaccia imminente" può essere affrontato attraverso la responsabilità civile, in quanto tale strumento si rivela inadeguato per fenomeni di inquinamento diffuso, difficilmente collegabili all'attività di "singoli operatori" (cfr. art. 4).

[11] Decisione quadro 2003/80/GAI, del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale.

estensione delle competenze comunitarie anche rispetto alla disciplina penale[12].

Nell'esplicitare le ragioni giustificatrici dell'atto, il preambolo della direttiva del 2008 parla di una misura resasi necessaria per contrastare efficacemente i reati ambientali transnazionali, a fronte dell'insufficienza delle misure nazionali di fornire risposte adeguate a fattispecie dannose per l'ambiente che, pur verificandosi all'interno dei loro confini, presentano implicazioni che si estendono ben al di là del territorio nazionale.

Come ben noto, tale evoluzione normativa, in assenza di una norma primaria fondativa di una competenza penale "comunitaria", traeva la propria *ratio essendi* nella giurisprudenza – ormai risalente – della Corte di giustizia[13], secondo la quale l'azione dell'Unione nel diritto penale si spiega in virtù della sua connotazione di competenza comunitariamente necessaria, ovvero strumentale ad assicurare l'effettività alla normativa a tutela dell'ambiente prodotta a livello sovranazionale. Per tal via, il principio di sussidiarietà (di cui all'allora art. 5 TCE)[14] ha consentito di attrarre a livello sovranazionale la potestà punitiva[15], in vista del raggiungimento di un obiettivo (la tutela dell'ambiente, appunto) che non avrebbe potuto essere sufficientemente assicurato a livello statale[16] e ha legittimato l'Unione a ricorrere allo strumento delle direttive, con cui imporre agli Stati membri l'adozione di misure anche in materia penale, lasciando tuttavia inalterata la competenza

[12] Sull'evoluzione del diritto penale dell'ambiente nell'UE, v. A. DAWES, O. LYNSKEY, *The Ever-longer Arm of EC law: The Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law*, in *CMLR*, n. 1, 2008, pp. 131-158; F. MUNARI, *Protecting the Environment through Union Sanctions: The Many Facets of the Enforcement of EU Environmental Law*, in S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (eds.), *EU Law Enforcement The Evolution of Sanctioning Powers*, London, 2022, p. 285.

[13] Corte giust. 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione/Consiglio*, con la quale è stata annullata la decisione quadro 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003 sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. Lo stesso orientamento è stato poi successivamente confermato nella sentenza del 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione/Consiglio*. Per un commento, v. L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il «caso» dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 769; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1433.

[14] Sul principio di sussidiarietà, v. P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, Napoli, 2000.

[15] Per una panoramica storica di tali profili, v. K. LENAERTS, *The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, in *FILJ*, 1993, p. 846.

[16] V. il considerando n. 14 della direttiva del 2008.

esclusiva di quest'ultimi nel determinare il tipo e la misura delle sanzioni penali all'uopo applicabili.

Adeguandosi ai *dicta* della Corte di giustizia, il legislatore europeo del 2008 ha quindi optato per un approccio minimalista fondato sulla previsione di uno *standard* minimo di tutela penale comune a tutti gli Stati membri, limitato alle violazioni più gravi, lasciando liberi i governi nazionali di valutare se estendere la tutela penale anche a violazioni meno gravi, oppure se affidarsi a strumenti sanzionatori di natura amministrativa per garantire il rispetto delle norme comunitarie in materia ambientale[17].

All'indomani dell'approvazione della direttiva del 2008, l'impianto normativo è stato oggetto di valutazioni positive, soprattutto con riguardo al rapporto con gli ordinamenti interni, in quanto si auspicava che nel darle attuazione i legislatori nazionali introducessero fattispecie penali di danno volte a reprimere gravi condotte di disastro ambientale, assai spesso prive di considerazione nella maggior parte dei sistemi penali degli Stati membri, compreso quello italiano[18]. Inoltre, la limitazione dell'obbligo di incriminazione alle violazioni più gravi sembrava coerente con quella funzione sussidiaria dell'intervento comunitario, che doveva limitarsi all'adozione delle sole misure necessarie ad ovviare a eventuali lacune degli ordinamenti statali e a dare concreta attuazione alle politiche sovranazionali di settore[19].

[17] Pur conservando il legislatore nazionale la possibilità di anticipare comunque la soglia di tutela sul versante del pericolo astratto, il testo normativo introduce diverse fattispecie di reato concretamente lesive del bene ambiente, nella parte in cui richiede che alcune delle condotte descritte all'art. 3 siano punite qualora «provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora».

[18] L'introduzione del delitto di disastro ambientale nel nostro ordinamento è avvenuta in occasione della riforma del 2015, realizzata con legge n. 68. Prima di tale momento, in assenza di una espressa previsione normativa che potesse fronteggiare le aggressioni più gravi alle componenti ecologiche, è stata la giurisprudenza a sussumere il disastro ambientale prima nella fattispecie del cd. disastro innominato colposo previsto dall'art. 449 c.p. e poi nell'omologa e più severa figura di cui all'art. 434, comma 2, c.p. In tale contesto, la direttiva del 2008 era stata salutata come una "svolta storica", così C. RUGA RIVA, *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, p. 1 ss. In generale, sulle positive ricadute della direttiva del 2008 nel nostro ordinamento, v. A. MERLIN, *La tutela penale dell'ambiente nella direttiva 2008/99/CE*, in *Ambiente e sicurezza*, 2009, p. 86 ss.; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 918 ss.; G. M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *DCI*, 2010, p. 458 ss.

[19] Tale riferimento sembra essere chiaramente corroborato dal considerando n. 10 e

Sennonché, a distanza di dodici anni dalla sua entrata in vigore, la valutazione della Commissione sullo stato di attuazione della direttiva ha messo in luce gravi carenze nel recepimento della disciplina, principalmente con riguardo alla limitata efficacia del sistema complessivo di tutela dell'ambiente, caratterizzato, a livello nazionale, dalla prevalente previsione di reati contravvenzionali, concernenti la violazione di normative complementari di settore e sanzionati con pene esigue[20]. A ben vedere, questa tipologia di illecito penale, non solo consente sovente l'estinzione del reato mediante l'oblazione o la decorrenza più veloce dei termini di prescrizione, ma impedisce anche la punibilità a titolo di tentativo e preclude l'utilizzo di taluni mezzi di prova, come le intercettazioni telefoniche e ambientali.

Invero, tra i fattori che hanno maggiormente concorso a determinare l'insuccesso della disciplina del 2008, il più decisivo è ricollegabile all'ampia discrezionalità concessa ai legislatori nazionali nel definire i requisiti minimi delle fattispecie di reato, che ha dato luogo a significative divergenze nell'attuazione concreta della disciplina europea tanto sul versante della qualificazione giuridica dei reati quanto sotto il profilo della rappresentazione degli elementi costitutivi delle fattispecie penali. In proposito, è utile ricordare che, nell'imporre agli ordinamenti interni specifici obblighi di criminalizzazione[21], il legislatore del 2008 prevedeva una «clausola di illiceità speciale»[22], che - attraverso la tecnica del rinvio «recettizio»[23] – condizionava la rilevanza penale del fatto all'inosservanza delle prescrizioni scaturenti dalla legislazione europea, tassativamente richiamata in allegato alla direttiva, nonché della normativa interna (un atto legislativo, un regolamento amministrativo o una decisione), attuativa della legislazione comunitaria di settore[24].

implicitamente presupposto dai considerando nn. 3, 5, 12 della direttiva del 2008.

[20] Per approfondimenti, si veda la valutazione della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente (direttiva sulla tutela penale dell'ambiente), SWD (2020) 259final, del 28 ottobre 2020.

[21] *Ivi*, art. 3.

[22] *Ivi*, art. 2.

[23] La natura recettizia o rigida del rinvio alla disciplina comunitaria in materia ambientale e a quella nazionale di recepimento è confermata dal considerando n. 15 della direttiva, il quale esclude espressamente che le successive modifiche della legislazione richiamata possano determinare una dilatazione della sfera di tipicità come definita attraverso la clausola di illiceità speciale.

[24] In tal modo, il legislatore europeo, impossibilitato a introdurre reati autonomi (in base all'assetto istituzionale di quel tempo, in mancanza di una espressa previsione dei Trattati attributiva di una esplicita competenza in tal senso, sarebbe stato, infatti, impossibile procedere in questa direzione), optava per un modello di illecito incentrato sulla violazione della

Tale schema rifletteva una scelta comune alla maggior parte dei sistemi degli Stati membri per un diritto penale dell'ambiente meramente accessorio rispetto alla normativa amministrativa ambientale e rispondeva alla necessità di trovare il giusto equilibrio tra uno *standard* di tutela sovranazionale troppo sbilanciato verso l'alto, se fondato solo su condotte di danno a forma libera, e un livello di tutela troppo blando, ove basato solo sulla punizione di reati bagatellari, ovvero condotte poste in essere in violazione della disciplina extrapenale di settore[25]. Nondimeno la Commissione ha verificato che, nel trasporre tale clausola di illiceità, si è assistito, in alcuni casi, tra i quali si annovera l'ordinamento italiano[26], ad una dilatazione eccessiva del campo di applicazione delle norme penali ambientali, includendovi automaticamente qualsiasi successiva modifica o aggiornamento della normativa ambientale, sia a livello nazionale che comunitario, rendendo complessa e incerta l'interpretazione delle norme interne, specie considerando la frammentazione degli atti normativi di attuazione. In altri casi, è stata adottata una formulazione più precisa che, pur garantendo maggiore certezza giuridica, ha limitato l'adattabilità delle norme rispetto a future evoluzioni legislative, esponendole al rischio di una rapida obsolescenza[27]. Altre criticità sono state

disciplina europea, tassativamente richiamata in allegato alla direttiva, nonché della normativa interna e dei provvedimenti amministrativi dei singoli Stati, che danno attuazione alla disciplina europea in materia ambientale.

[25] In tal senso, v. L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *DPC*, 2011, spec. pp. 1 e 2; nonché, più di recente, A. DI LANDRO, *Models of Environmental Criminal Law, Between Dependence on Administrative Law and Autonomy*, in *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 31, n. 5, 2022, pp. 272-297.

[26] L'Italia rientra tra gli ordinamenti nazionali che hanno optato per un'interpretazione particolarmente estensiva della clausola di illiceità speciale. Nello specifico, il legislatore interno ha recepito il termine "*unlawful*", previsto all'art. 2 della direttiva, con l'espressione "abusivamente", attribuendole un'accezione significativamente ampia. La Suprema Corte (v. soprattutto Corte Cass. 30 marzo 2017, n. 15865) ha consolidato un'interpretazione estensiva del concetto di abusività, stabilendo che essa trascende la mera violazione di normative statali o regionali, includendo anche quelle non strettamente afferenti al settore ambientale. Tale interpretazione ricomprende, altresì, le condotte poste in essere in assenza o in violazione di autorizzazioni amministrative, ovvero in presenza di titoli autorizzatori carenti dei prescritti requisiti formali. Si aggiunga poi che la giurisprudenza italiana ha esteso la portata del concetto di abusività fino a includere condotte formalmente autorizzate, qualora siano il frutto di illeciti penali, come gli atti corruttivi. Quest'ultima estensione interpretativa si discosta dalla formulazione della direttiva europea, che non contempla esplicitamente tale casistica.

[27] L'ipotesi è assai frequente nel diritto dell'ambiente, vista l'iperproduzione normativa da parte dell'Unione nella materia e soprattutto la rapida evoluzione delle evidenze scientifiche nel medesimo settore.

riscontrate poi con riguardo all'individuazione degli elementi costitutivi dei reati ambientali. L'analisi compiuta dalla Commissione ha evidenziato che la nozione intrinsecamente vaga di «danno rilevante», introdotta dalla direttiva quale soglia minima di offensività, è stata trasposta in maniera letterale dalla maggior parte degli ordinamenti, senza fornire indicazioni più precise sui criteri per individuare l'offesa penale, in tal modo delegando ai giudici nazionali la scelta assiologica della definizione del suo perimetro.

Si è così innescato un meccanismo di supplenza giudiziaria che ha portato all'adozione di approcci differenti nella quantificazione del danno da uno Stato membro all'altro, privilegiando talvolta criteri quantitativi (e, dunque, una valutazione del danno in termini monetari) e talaltra criteri qualitativi (prendendo in considerazione fattori come la durata, la reversibilità e l'impatto sull'ambiente)[28]. Su questa scia, mentre nell'ordinamento italiano, per il delitto di disastro ambientale, l'art. 452 *quater* c.p. prevede un parametro parzialmente valutativo, come quello dell'irreversibilità del danno; in altri ordinamenti europei, il concetto di rilevanza del danno ambientale è stato ancorato a valori monetari, come nella fattispecie di inquinamento doloso di cui al § 181 c.p. austriaco, che richiede che il danno comporti una spesa di ripristino superiore ad Euro 50.000, oppure a fattori temporali, come nel caso del reato di *écocide* di cui al codice dell'ambiente francese, che considera durevoli i danni suscettibili di durare almeno sette anni. Lo stesso dicasi per la definizione di «quantità non trascurabile di rifiuti», essenziale per configurare alcuni reati ambientali come il traffico illecito di rifiuti, ove gli Stati membri hanno adottato soluzioni oscillanti tra una trasposizione letterale della formulazione europea e l'introduzione di soglie quantitative precise.

A tutto questo si aggiunga che la mancata previsione di vincoli di armonizzazione sotto il profilo sanzionatorio ha determinato un panorama assolutamente composito nell'UE, nel quale tipi, livelli e regimi applicativi delle sanzioni divergono profondamente.

Secondo una relazione dell'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione penale («Eurojust»), del gennaio 2021[29], l'esponenziale crescita dei crimini ambientali sarebbe direttamente correlata alla debolezza del regime sanzionatorio del 2008, che non solo non è riuscito a colmare le lacune esistenti,

[28] Per approfondimenti, si rinvia a C. RUGA RIVA, *La fattispecie di inquinamento ambientale: uno sguardo comparatistico*, in *Lexambiente - Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, n. 1, 2025.

[29] Cfr. Eurojust, *Report on Eurojust's Casework on Environmental Crime*, January 2021.

ma ha altresì alimentato il rischio di creare quelli che sono stati definiti come veri e propri «*pollution havens*»[30], offrendo alle imprese la facoltà di allocare le proprie attività in contesti giuridici caratterizzati da una maggiore tolleranza verso determinate condotte lesive dell'ambiente. Come in una perversa reazione a catena, la crescente sofisticazione della criminalità organizzata ha visto nei reati ambientali una fonte di profitto sempre più attraente[31].

Alla luce del panorama sommariamente esposto, è chiaro che l'esperienza applicativa della direttiva del 2008 ha manifestato tutti i limiti di una tecnica legislativa sintetica, fondata sull'uso di clausole elastiche, priva di riferimenti quantitativi e qualitativi specifici, e, di conseguenza, la necessità di una risposta legislativa europea più incisiva e dettagliata[32]per contrastare fenomeni ampiamente diffusi nell'attuale contesto storico, come lo smaltimento dei rifiuti e la gestione irregolare delle energie alternative.

Infine, l'aggiornamento del quadro legislativo è apparso non più procrastinabile con l'emergere di nuove tecnologie, come biotecnologie e nanotecnologie, che pongono sfide inedite alla tutela dell'ambiente.

3. *Le principali novità della direttiva (UE) 2024/1203*

La nuova direttiva sulla tutela penale dell'ambiente, adottata per superare i deludenti risultati prodotti dal quadro normativo del 2008[33], si

[30] L'espressione è stata utilizzata da R. PEREIRA, *Environmental Criminal Law in the First Pillar: A Positive Development for Environmental Protection in the European Union?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 16, n. 10, 2006, p. 255. Parla del rischio di creazione di "paradisi ambientali" anche F. MUNARI, *Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, in questa *Rivista*, 1° gennaio 2023, p. 33.

[31] Sul punto, v. anche risoluzione del Parlamento europeo, del 20 maggio 2021, sulla responsabilità delle imprese per i danni ambientali (2020/2027 (INI)).

[32] In proposito, v. F. MUNARI, *Protecting the Environment through Union Sanctions*, cit.

[33] L'obiettivo di superare le criticità della previgente disciplina è stato sottolineato dalla Commissione sin dalla fase della proposta. V. COM (2021) 851final, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE, del 15 dicembre 2021. Tra i primi commenti, v. A. RIZZO, *"Criminalizing" environmental wrongdoings under European Union law: a proposal from the European Commission in the light of old and new challenges*, in *EJ*, n. 1, 2022; F. EROICO, *La proposta di direttiva della Commissione europea per rafforzare la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in questa *Rivista*, n. 2, 2022, p. 15 ss. Per un commento successivo all'approvazione della direttiva, v. L. SICURELLA, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'ambiente*, n. 2, 2024.

inserisce in un contesto istituzionale completamente rinnovato, in cui l'Unione è titolare di esplicite competenze in materia penale, soggette al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia[34].

In proposito, rileva anzitutto la diversa base giuridica dell'atto rispetto al suo predecessore, individuata oggi nell'art. 83, par. 2, TFUE in materia di cooperazione penale, in luogo dell'art. 192, par. 1, TFUE sull'esercizio delle competenze ambientali, nel segno di un decisivo passo in avanti nel processo di armonizzazione degli ordinamenti nazionali nel settore in esame. In effetti, appare subito chiaro quanto la nuova normativa si caratterizzi per una struttura più organica, che si articola in un preambolo costituito da ben 40 considerando e 29 articoli, a fronte degli 8 previsti nel 2008. Si evince, altresì, un approccio metodologico improntato ad un maggiore rigore, attuato mediante la previsione di una serie di novità significative, tra cui l'ampliamento del catalogo dei reati, ora inclusivo anche dei casi di immissione nel mercato di prodotti pericolosi; di fabbricazione e immissione nel mercato o di uso di sostanze pericolose; delle violazioni delle normative in materia di AIA; degli scarichi inquinanti da navi; dell'installazione, esercizio o smantellamento di impianto in cui si svolge attività pericolosa o si immagazzinano o utilizzano sostanze pericolose; dell'estrazione di acque superficiali o sotterranee[35], etc.

Si segnalano, inoltre, l'inasprimento delle sanzioni per le persone fisiche e, per la prima volta, per le imprese in tutti gli Stati membri; il rafforzamento degli strumenti investigativi e l'introduzione di più adeguate forme di cooperazione fra le autorità preposte al contrasto della criminalità ambientale.

Con specifico riferimento al nuovo catalogo dei reati ambientali, in generale, le fattispecie penali di derivazione sovranazionale appaiono in linea con la cultura giuridica europea, che attribuisce primaria importanza alla tutela effettiva di beni essenziali e sempre più vulnerabili come l'ambiente, la salute e la vita[36].

[34] Il Trattato di Lisbona ha ampliato le garanzie giurisdizionali - precedentemente riservate agli atti del primo pilastro - al settore della cooperazione penale, vale a dire la possibilità di fare ricorso alla procedura di infrazione, al procedimento pregiudiziale e all'azione di annullamento. Sul tema, v. B. NASCIMBENE, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 522 ss.; C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in *SIE*, 2009, p. 113 ss.; nonché, V. HATZOPOULOS, *Casual but Smart: The Court's new clothes in the Area of Freedom Security and Justice after the Lisbon Treaty*, in *Reserch Papers in Law, College of Europe*, 2008, p. 1 ss.

[35] V. art. 3 della direttiva.

[36] È degna di nota la previsione, tra le condotte penalmente rilevanti, della fattispecie di estrazione illecita di acque superficiali e sotterranee. Tale scelta, motivata dall'evidente

L'obiettivo centrale della normativa dell'Unione è, infatti, quello di potenziare la protezione di quei valori collettivi (come ambiente e sicurezza) che la società del rischio espone a gravi pericoli. Non si può tacere, però, che la scelta di ricomprendere entro il perimetro della tutela penale dell'ambiente fattispecie di diversa natura, che spaziano da quelle generalmente previste a tutela della salute individuale o collettiva ai reati in materia di danni da prodotto, sollevi qualche perplessità sul piano dogmatico, nella misura in cui potrebbe determinare seri ostacoli nel processo di implementazione della direttiva.

Nell'impossibilità di tracciare un'analisi approfondita di tutte le fattispecie recentemente introdotte, saranno svolte di seguito considerazioni a carattere generale sull'impianto complessivo del nuovo testo normativo, al fine di individuarne i tratti essenziali.

3.1. *La definizione di «ecosistema»*

La prima grande innovazione della direttiva del 2024 riguarda l'introduzione, all'art. 2, lett. c, di una definizione onnicomprensiva di «ecosistema», da intendersi come «un complesso dinamico di comunità di piante, animali, funghi e microrganismi e del loro ambiente non vivente che, mediante la loro interazione, formano un'unità funzionale». Per chiarire meglio la portata della nozione, il considerando n. 13 stabilisce che essa dovrebbe comprendere sia i servizi ecosistemici, attraverso i quali un ecosistema contribuisce direttamente o indirettamente al benessere umano, sia le funzioni ecosistemiche, che si riferiscono ai processi naturali di un ecosistema. Ciò significa che non è più solo l'esaurimento delle singole risorse ambientali a essere considerato dannoso per l'ambiente, ma anche il modo in cui esse interagiscono tra loro ad assumere rilevanza.

Se si muove dall'assunto secondo cui la tutela dell'ambiente naturale non può essere intesa in modo asettico e prescindere dalla salvaguardia delle specie animali e vegetali che lo popolano, è certamente condivisibile l'approccio olistico adottato dalla direttiva per la tutela delle matrici ambientali, giacché consente di dare il giusto rilievo a fattispecie che assumono una portata "plurioffensiva": ad esempio, un prelievo sconsiderato e non

diffusione e gravità di tali crimini a livello europeo, smentisce il preconcetto secondo cui questo tipo di attività illecite sarebbe circoscritto ai Paesi in via di sviluppo. I dati criminologici, infatti, dimostrano come anche nei Paesi dell'Unione europea l'estrazione illegale di risorse idriche costituisca un fenomeno di rilevanza sociale ed economica.

regolamentato di acque superficiali può danneggiare anche le specie animali e vegetali che vivono sui terreni confinanti.

Allo stesso modo, l'aspetto sicuramente favorevole del nuovo assetto normativo sta nel fatto che esso non si limita a garantire il mero «stato di conservazione» delle specie, ma introduce una tutela più ampia e incisiva, punendo non solo le condotte dirette all'uccisione o al prelievo illegale, ma anche le successive fasi della catena delittuosa, quali la detenzione e la commercializzazione illegali.

La *ratio* di questa scelta è evidentemente quella di superare un approccio frammentato alla tutela penale dell'ambiente, attraverso un'ottica unitaria che permette di riconoscere che tutte le condotte lesive dell'ambiente, indipendentemente dalla loro specificità, possono costituire un'offesa allo stesso bene giuridico fondamentale.

3.2. *La tecnica di tipizzazione del fatto penalmente rilevante*

Con particolare riferimento alla tipizzazione delle offese e alla definizione degli elementi costitutivi dei reati, la nuova direttiva - come la precedente - limita l'area della rilevanza penale alle condotte che cagionano «un danno o un pericolo concreto rilevanti» alla vita o all'incolumità delle persone, oppure, alla qualità di acqua, suolo e aria, ma – ed è questa la novità rispetto al passato – si preoccupa di specificare meglio le caratteristiche del danno ambientale, attraverso l'individuazione di una serie di indici sintomatici della significatività dell'accadimento lesivo. Più in particolare, per superare le criticità che accompagnavano l'indeterminatezza della nozione di «danno sostanziale» contenuta nella previgente disciplina e agevolare la valutazione della gravità dell'evento di danno vengono elencati taluni indicatori oggettivi, quali la natura, la durata, l'estensione e la reversibilità dell'alterazione ecologica, nonché lo *status quo ante* l'evento[37].

Per quanto riguarda poi il «pericolo rilevante», si considerano elementi quali la pericolosità intrinseca delle sostanze coinvolte, lo scostamento dai limiti normativi e l'assenza delle necessarie autorizzazioni[38].

La qualificazione giuridica di questi indicatori si presta, tuttavia, a diverse interpretazioni. Non è chiaro se essi debbano essere considerati alla stregua di elementi costitutivi del fatto, ovvero come requisiti indispensabili per la configurabilità del reato, oppure come semplici indici probatori, utili

[37] V. art. 3, par. 6, della direttiva (UE) 2024/1203, cit.

[38] *Ivi*, art. 3, par. 7.

per accertare la sussistenza del fatto tipico. Tale distinzione, lungi dall'essere meramente teorica, ha ricadute applicative cruciali, in quanto incide sulla valutazione della responsabilità penale e sulle modalità di accertamento del reato.

In mancanza di un preciso inquadramento giuridico, gli ordinamenti statali potrebbero essere indotti a procedere in ordine sparso, decidendo alcuni di accordare a quegli indici una valenza meramente processuale e considerarli come elementi di prova, con la conseguenza che la sussistenza di anche solo uno di quelli elencati dal legislatore europeo, basterebbe a far ritenere integrato il fatto tipico; altri potrebbero considerarli come elementi costitutivi della fattispecie criminosa, necessitando in tale ultimo caso la contemporanea ricorrenza di tutti gli elementi normativamente individuati perché il reato si realizzi.

Sempre allo scopo di superare il vuoto definitorio lasciato dalla direttiva del 2008, il nuovo testo introduce criteri oggettivi per definire la nozione di «quantità non trascurabile» di rifiuti, quale elemento essenziale per configurare alcuni reati ambientali relativi non solo alla gestione illecita di rifiuti in senso lato (raccolta, trasporto, trattamento, sorveglianza e controllo dei siti di smaltimento, spedizione illecita)[39], ma riferiti anche all'uccisione, distruzione, prelievo, possesso, commercializzazione o offerta a scopi commerciali di uno o più esemplari di specie animali o vegetali selvatiche[40], *etc.* Così, secondo il disposto normativo, la definizione di «quantità non trascurabile» deve fondarsi su una valutazione complessiva di diversi fattori, quali la quantità di rifiuti, il grado di pericolosità, l'impatto sull'ambiente e i costi di bonifica, il superamento di una certa soglia regolamentare o altro riferimento obbligatorio stabilito dalla legislazione europea a tutela delle specie animali e vegetali[41].

Fatta eccezione per uno solo dei parametri indicati e, cioè, il superamento delle soglie normativamente previste, il quale, oltre a rilevare come indice sintomatico della pericolosità del comportamento delittuoso, integra, al tempo stesso, un requisito di illiceità della condotta, con riferimento a tutti gli altri indicatori sembrano sorgere le medesime perplessità viste poc'anzi in ordine al loro corretto inquadramento dogmatico.

In definitiva, sembra che l'adozione di criteri descrittivi generici quali il «numero dei rifiuti trattati», il «superamento di soglie» e il «costo del

[39] *Ivi*, art. 3, par. 2, lett. f e lett. g.

[40] *Ivi*, art. 3, par. 2, lett. n.

[41] *Ivi*, art. 3, par. 8.

ripristino», pur fornendo talune indicazioni operative, non risolva l'intrinseca indeterminatezza del concetto di «quantità non trascurabile di rifiuti». Tale nozione, infatti, conservando un elevato grado di vaghezza, comporterà verosimilmente che agli ordinamenti interni sarà rimessa l'operazione di rifinitura delle formule elastiche impiegate dal legislatore europeo, col rischio che i parametri nazionali per definire la soglia di offesa siano altrettanto vaghi quanto la nozione di partenza. Ciò potrebbe innescare un rinvio a catena a criteri di valutazione incerti e, di conseguenza, a interpretazioni mutevoli in fase applicativa. Inoltre, le difficoltà di tipizzazione legate a concetti indeterminati non solo minano il principio di tassatività nel diritto penale interno, ma prefigurano ancora una volta un orizzonte arcipelagico di soluzioni a livello degli ordinamenti nazionali.

La discrezionalità concessa agli Stati membri nella definizione concreta di tali indici rischia, infatti, di non risolvere le criticità esistenti, collegate alla frammentazione delle legislazioni nazionali, e di tradire l'obiettivo di un'armonizzazione concreta delle norme penali ambientali. Sarebbe stato perciò preferibile che il legislatore avesse optato per una definizione più rigorosa e puntuale della «quantità non trascurabile», fissando una soglia quantitativa precisa e indicando con esattezza la misura dello sforamento dei valori limite necessaria per integrare il reato.

Infine, la direttiva chiarisce la portata della «clausola di illiceità» speciale di cui all'art. 3, par. 1, delimitandola alle violazioni specifiche delle norme ambientali europee e nazionali. Per poi chiarire subito dopo che, mentre l'assenza di autorizzazione è considerata un indicatore della pericolosità della condotta, l'ottenimento fraudolento o mediante corruzione, estorsione o coercizione dell'autorizzazione configura un profilo di illiceità più grave.

Sul punto, due ordini di considerazioni meritano di essere formulate. Sotto il primo profilo della generale definizione del concetto di illiceità, il testo della nuova direttiva abbandona la pregressa tecnica del rinvio alla legislazione europea o nazionale di recepimento contenuta in eventuali allegati (come previsto nella previgente disciplina), a vantaggio di una concezione dinamica (o quasi) di illeceità, idonea a coprire, come si legge nel preambolo, anche «eventuali atti dell'Unione che modificano disposizioni o requisiti pertinenti per descrivere condotte illecite che rientrano tra i reati» previsti dal legislatore, con la ulteriore precisazione che, in caso di modifica di tali atti, «sarebbe opportuno includervi un riferimento alla presente direttiva»[42].

[42] *Ivi*, considerando n. 23.

Tale scelta consente finalmente di adeguare la nozione di illiceità alle sopravvenienze normative e, al tempo stesso, contribuisce ad ampliare la sfera della rilevanza penale.

Quanto al secondo profilo di riflessione, preme sottolineare che l'affermazione di illiceità di una condotta anche in presenza di un provvedimento autorizzativo è espressione di un segnale di forte rinnovamento. Nonostante la direttiva del 2024 conservi l'opzione per un diritto penale a connotazione sostanzialmente sanzionatoria, essa, per la prima volta, apre la strada ad una criminalizzazione più autonoma del danno ambientale. Il risvolto pratico di questo sviluppo giuridico non può essere sottovalutato, se solo si considera che oggi sono assai frequenti casi di inquinamento ambientale che non possono essere perseguiti, perché conseguenti a condotte che sono formalmente conformi ad autorizzazioni amministrative che, di fatto, precludono l'azione penale, nonostante vi siano conseguenze devastanti per l'ambiente e la salute umana.

3.3. *Le sanzioni*

Sul versante delle pene, in netta discontinuità con la previgente disciplina, il legislatore europeo ha riscritto l'intero assetto sanzionatorio in termini di progressione offensiva. La nuova direttiva ha così disegnato una cornice delittuosa nella quale si distinguono sanzioni detentive massime di almeno dieci anni di reclusione, in caso di morte o lesioni gravi alle persone o nei casi di danni ambientali irreversibili o duraturi; e sanzioni detentive massime di almeno tre anni di reclusione per gli illeciti-base[43].

L'esito è un modello di tutela gradualistico che segue la logica della maggiore riprovevolezza del fatto, in connessione alla quale trovano giustificazione pene più elevate, secondo lo schema, non della circostanza aggravante o del reato autonomo come originariamente previsto in sede di proposta, ma dei cd. reati qualificati o aggravati dall'evento, nella specie assimilabili all'ecocidio[44].

[43] *Ivi*, art. 5.

[44] Le pene previste per i reati qualificati possono essere applicate a ciascuna fattispecie prevista dall'art. 3 della direttiva. Tali reati qualificati sono paragonabili al cd. ecocidio, una figura criminale che è già regolamentata in alcuni Stati membri (ad esempio Francia e Belgio) e sulla quale v'è un intenso dibattito a livello internazionale. Nel testo definitivo della direttiva, solo il considerando n. 21 fa espressamente riferimento al termine "ecocidio", il quale non è più stato inserito nell'articolato, com'era stato proposto in un emendamento della Commissione giuridica del Parlamento europeo.

Riflettendo sulle implicazioni che l'adozione di tale modello è suscettibile di provocare nell'ordinamento italiano, esso comporterà verosimilmente una rivisitazione radicale della struttura bifasica dei reati ambientali nel nostro sistema, che attualmente distingue tra inquinamento e disastro ambientale[45]. Si potrà assistere cioè all'assorbimento della fattispecie di disastro ambientale all'interno di quella di inquinamento, configurando quest'ultima come reato a forma libera, suscettibile di graduazione in ragione della gravità dell'offesa. In tale prospettiva, come già auspicato dalla dottrina[46], il disastro ambientale potrà essere qualificato come una forma aggravata di inquinamento, caratterizzata da un maggior grado di offensività nei confronti dell'ambiente e, potenzialmente, anche della vita o dell'incolumità individuale.

Al netto delle considerazioni esposte, l'imposizione di un impianto sanzionatorio a tutti gli Stati membri, nella misura in cui produce l'effetto di innescare il meccanismo di verifica della conformità della disciplina dello Stato membro al diritto dell'Unione, ha certamente il pregio di aprire la strada ad un sistema di norme sanzionatorie comuni (sia pur attraverso l'intervento mediato del legislatore nazionale), con positive ricadute anche sul momento processuale.

Per le persone giuridiche, che rappresentano il protagonista privilegiato della crescente criminalità ambientale[47], la direttiva introduce pene ancora più penetranti, stabilendo che ogniqualvolta il reato ambientale sia commesso a vantaggio e nell'interesse dell'ente, gli Stati membri sono obbligati a prevedere sanzioni che si riferiscono a una percentuale del fatturato mondiale o a una percentuale fissa[48].

Analogamente a quanto stabilito per le persone fisiche, nell'ottica di

[45] Il reato di inquinamento ambientale, previsto all'art. 452-*bis* c.p., come quello di disastro ambientale *ex* 452-*quater* c.p., è stato introdotto dalla legge n. 68, del 22 maggio 2015, recante *Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*.

[46] Cfr. C. RUGA RIVA, *I reati ambientali*, in *Associazione italiana dei Professori di Diritto penale, Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale* (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP: atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DipLap*, Milano, 2023, specie p. 826.

[47] Ad eccezione dei reati specificamente disciplinati in materia di gestione dei rifiuti e di commercio illegale di specie selvatiche, la maggior parte delle nuove fattispecie criminose presenta una spiccata connotazione seriale, se non addirittura industriale. Tale caratteristica, unita alla diffusività e alla cumulatività delle condotte, riconduce le nuove fattispecie ai paradigmi tipici dei *corporate crimes*.

[48] V. art. 6 della direttiva (UE) 2024/1203.

assicurare il principio di offensività, sussidiarietà e proporzionalità della pena, la direttiva individua la soglia minima al di sotto della quale non può scendere il massimo edittale della sanzione pecuniaria, lasciando agli Stati membri la facoltà di determinare, entro tale cornice, il *quantum* sanzionatorio più adeguato: in concreto, per determinati reati più gravi (ad esempio, lo scarico illegale di sostanze chimiche, l'attuazione di un progetto senza VIA, la gestione illegale dei rifiuti), la sanzione massima non può essere inferiore al 5% del fatturato mondiale o, in alternativa, a 40 milioni di euro[49]. Per altri reati meno gravi (ad esempio quelli relativi al traffico di fauna selvatica e al deterioramento di un habitat protetto o alla perturbazione di una specie protetta), il limite massimo della pena non può essere inferiore al 3% del fatturato mondiale o a 24 milioni di euro[50].

A ben vedere, il modello sanzionatorio proposto nei termini appena ricordati, strettamente connesso alla capacità reddituale delle imprese e chiaramente ispirato al principio europeo «chi inquina paga»[51], per cui il responsabile del danno ambientale deve sopportare i costi dei riflessi negativi determinati dalla sua condotta, replica uno schema già utilizzato dal legislatore europeo nella politica digitale, in particolare nel GDPR[52] e, più di recente, nel *Digital Services Act*[53], nel *Digital Markets Act*[54] e *AI Act*[55].

E, allo stesso modo di quanto si verifica in tali ultimi contesti, sembra che la direttiva si rivolga alla media o alla grande impresa che opera nella

[49] *Ivi*, art. 7, par. 3, lett. *a*.

[50] *Ivi*, art. 7, par. 3, lett. *b*.

[51] Sul principio, v. F. FERRARO, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale: The main principles of EU environmental law*, in *DPCE online*, 2023, p. 51.

[52] V. art. 83, par. 4, del 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).

[53] V. art. 74, par. 1 e par. 2, del 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).

[54] V. artt. 30 e 31 del 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).

[55] V. art. 99, par 3 e par. 4, del regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

dimensione internazionale o meglio globale – visto il riferimento al «fatturato mondiale» – e che vanta guadagni considerevoli. Sotto il profilo delle implicazioni che una simile previsione potrà avere nel contesto italiano, bisogna prendere atto che probabilmente quello concepito dal legislatore europeo è un insieme di sanzioni troppo elevate, sproporzionate rispetto alla maggioranza delle imprese italiane – quasi sempre di modeste dimensioni, talvolta individuali – autori di ecocrimini.

A completamento dell'impianto sanzionatorio, la direttiva 2024/1203 comprende una serie di sanzioni accessorie di natura interdittiva, ripristinatoria, risarcitoria e di altro tipo, applicabili alle persone fisiche e alle persone giuridiche. Rientrano in tale ultima categoria il ripristino dell'ambiente (ad esempio mediante operazioni di bonifica), se il danno è reversibile, o il risarcimento del danno all'ambiente, se il danno è irreversibile.

Vi rientrano altresì l'esclusione dall'accesso ai finanziamenti pubblici, agli appalti e alle concessioni; l'interdizione dal ricoprire una carica apicale in una persona giuridica (per le persone fisiche); la revoca dei permessi e delle autorizzazioni; la sottoposizione a controllo giudiziario; e la pubblicazione della sentenza di condanna.

Le persone giuridiche possono inoltre essere soggette a interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di una determinata attività commerciale; alla chiusura dei locali utilizzati per commettere il reato; e all'obbligo di istituire sistemi di *due diligence* per rafforzare il rispetto degli *standard* ambientali. Senza dubbio, quest'ultima disposizione – evocativa dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati, già previsti all'art. 6 del D. lgs. 231/2001 italiano – dovrà essere letta alla luce dei requisiti della nuova direttiva sulla *due diligence*[56].

La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente contempla, quale sanzione applicabile alle imprese responsabili di ecoreati, anche lo scioglimento dell'ente. Pur riconoscendosi il potenziale effetto deterrente e simbolico di tale misura, essa *prima facie* appare sproporzionata ed eccessivamente afflittiva.

Il legislatore dell'Unione sembra aver introdotto nel sistema della responsabilità degli enti un effetto giuridico analogo a quello derivante dalla dichiarazione di fallimento. Tuttavia, mentre quest'ultima si fonda su presupposti economico-finanziari, precludendo all'ente la prosecuzione

[56] Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859.

dell'attività sul mercato, lo scioglimento previsto dalla direttiva persegue una finalità eminentemente punitiva e repressiva, ascrivibile alle logiche di prevenzione generale e speciale negativa.

Anche qualora l'impresa operi esclusivamente in uno Stato membro, il suo scioglimento *iussu iudicis*, a seguito dell'accertamento della responsabilità penale, risulta praticabile. Diversamente, nel caso di imprese multinazionali, nonostante gli strumenti di cooperazione giudiziaria contemplati dalla direttiva, appare problematico ipotizzare lo scioglimento di un ente con sede al di fuori del territorio dell'Unione.

Possono, infine, essere congelati o confiscati anche i beni strumentali e i proventi del reato ambientale.

Dalla sintetica disamina del quadro sanzionatorio prospettato, emerge una significativa mancanza nel testo della direttiva, ovvero un accenno alla crescente rilevanza della giustizia riparativa e di forme di mediazione che favoriscono un dialogo tra autore dell'illecito ambientale e vittima e che potrebbero portare alla composizione della lesione cagionata all'esito di determinate condotte di contaminazione ambientale. Lungi dall'essere uno strumento di clemenza, la giustizia riparativa imporrebbe all'autore di un crimine, specie di un crimine ambientale, di assumersi tutta la sua responsabilità dinanzi alla vittima e alla comunità, gettando le basi perché simili condotte non si ripetano.

3.4. *Altre innovazioni relative al diritto penale di parte generale. Gli obblighi di armonizzazione dei termini di prescrizione dei reati*

Pure sul versante del diritto penale sostanziale sono apprezzabili significative novità: se la direttiva del 2008 già contemplava disposizioni relative alla punibilità del tentativo, al concorso di persone e al favoreggiamento[57], la più recente misura legislativa introduce specifiche disposizioni sulle circostanze aggravanti e attenuanti[58].

Nondimeno, la novità che sembra assumere contorni quasi rivoluzionari nell'ambito della legislazione penale di matrice sovranazionale attiene ad un altro *punctum dolens* della previgente disciplina, ovvero l'introduzione di obblighi di armonizzazione relativi ai termini di prescrizione dei reati ambientali[59], una novità assoluta nel panorama legislativo europeo, fatta

[57] *Ivi*, art. 4.
[58] *Ivi*, artt. 8 e 9.
[59] *Ivi*, art. 11.

eccezione per la direttiva PIF[60].

Più specificamente, nella consapevolezza dell'impatto che gli istituti della punibilità possono avere sull'efficacia della repressione penale, il legislatore europeo introduce un obbligo di armonizzazione anche delle regole di estinzione del reato ambientale, ricorrendo ad un approccio che, per il passato, aveva adottato solo rispetto alla tutela degli interessi finanziari dell'UE. In più, fissando il *dies a quo* della prescrizione al momento nel quale viene certificata la lesione di un bene giuridico (analisi ambientali, specie a rischio in un determinato territorio e così via), si vuole scongiurare il rischio che la natura di taluni reati, i cui effetti pregiudizievoli ben possono manifestarsi anche molto tempo dopo la condotta, permetta agli autori di sottrarsi alla responsabilità penale.

Dal punto di vista del nostro diritto interno, la previsione di norme specificamente dedicate alle cause di estinzione del reato comporterà che le disposizioni vigenti per le persone fisiche dovranno essere estese agli enti. Secondo la disciplina italiana attualmente vigente, contenuta all'art. 8 del d.lgs n. 231/2001, infatti, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia. Sicché, ad oggi, la società che, in concreto, "paga" le sanzioni, i ripristini e i risarcimenti dei quali beneficiano i propri rappresentanti legali non gode di alcuna causa di estinzione dell'illecito.

Non possono, però, tacersi i dubbi che l'impostazione proposta a livello sovranazionale potrebbe sollevare.

In via generale, l'obiettivo a cui tende la direttiva di rafforzare la repressione penale attraverso il ravvicinamento dei sistemi statali, potrebbe entrare in conflitto con le funzioni tradizionalmente attribuite alla prescrizione a livello nazionale, come la limitazione della punibilità e il bilanciamento tra esigenze repressive e garantistiche, nella misura in cui realizza, al contrario, un ampliamento della punibilità.

Con più specifico riferimento agli istituti di estinzione della pena, non si possono dimenticare le difficoltà che la vicenda *Taricco*[61] e la direttiva PIF

[60] Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale.

[61] Il riferimento è alla ben nota saga Taricco, originata dalla sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015 e alla reazione della giurisprudenza italiana (Corte cost. ord. 2017, n. 24), sfociata in un nuovo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, e conclusasi con le precisazioni alla "regola Taricco" fissata nel 2015, nella sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2017 (C-42/17, *M.A.S. e M.B.*), sulla quale, in dottrina, tra i moltissimi contributi,

hanno evidenziato nel recente passato, per lo più ascrivibili alla grande eterogeneità dei sistemi giuridici nazionali, ove la prescrizione è inquadrata talora tra gli istituti di natura processuale, talaltra tra quelli di natura sostanziale e altre volte ancora tra le misure a connotazione mista, processuale e sostanziale.

Peraltro, la direttiva 2024/1203, pur tentando un inquadramento minimo del regime generale della prescrizione penale, si limita a fornire indicazioni sommarie e lascia ampi margini di discrezionalità agli Stati membri. Basti pensare che essa, al considerando n. 50, pur fissando un punto di partenza per il decorso dei termini di estinzione degli ecoreati, non affronta in modo esaustivo le complesse questioni relative alla disciplina delle cause interruttive e sospensive, riconoscendo agli ordinamenti nazionali la facoltà di stabilire termini più brevi, purché accompagnati da meccanismi idonei a dilatare i tempi della punibilità.

Permane, pertanto, il dubbio che il livello di armonizzazione proposto, necessariamente parziale, in quanto limitato ai singoli reati, finisca col non essere adeguato a garantire un effettivo ravvicinamento del regime prescrittivo a livello europeo, lasciando persistere significative divergenze tra le legislazioni nazionali. Peraltro, un'armonizzazione solo parziale come quella prospettata rischia di generare tensioni interpretative su questioni che coinvolgono principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e generare conflitti tra giudici interni e sovranazionali non sempre facilmente componibili.

3.5. *Alcuni cenni agli strumenti investigativi di contrasto alle ecomafie*

Nel tentativo di contrastare la crescente minaccia delle ecomafie, la direttiva del 2024 segna un significativo passo in avanti, concretizzando proposte che il Parlamento europeo aveva già avanzato oltre dieci anni prima, in una risoluzione del 2011[62].

v. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *DUE*, n. 1, 2018, p. 153 ss.; nello stesso numero di quest'ultima *Rivista*, E. MONTSERRAT PAPPALETTERE, *La sentenza "Taricco bis": dalla contrapposizione degli ordinamenti al bilanciamento dei princìpi attraverso il dialogo*, p. 203 ss.; P. MORI, *Il principio di legalità e il ruolo del giudice comune tra Corte costituzionale e Corti europee*, p. 97 ss.; G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *federalismi.it*, n. 11, 2018; D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale ei rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *DUE* , n. 2, 2017, p. 249 ss.

[62] V. risoluzione del Parlamento europeo, del 25 ottobre 2011, sulla criminalità organizzata nell'Unione europea (2010/2309 (INI), punto 42.

In quell'occasione, il Parlamento aveva sollecitato la Commissione a introdurre «strumenti innovativi per il perseguimento degli autori di reati ambientali in cui il ruolo della criminalità organizzata è rilevante», suggerendo persino di estendere a livello comunitario il reato di «attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti», già previsto dalla legislazione italiana (all'articolo 260 del Codice dell'ambiente).

In effetti, questo specifico reato, che dal 2011 è annoverato tra i delitti di grave allarme sociale in Italia[63] – in quanto tale, rientra nella competenza delle Direzioni Distrettuali Antimafia ed è soggetto alle procedure tipiche della criminalità organizzata[64] – si è posto come un importante modello di riferimento sul versante internazionale per l'incriminazione di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti.

Su questa scia, l'attuale direttiva ha accolto le indicazioni per una riforma complessiva della materia, delineate nella risoluzione parlamentare, prevedendo che gli Stati membri, al fine di contrastare più efficacemente un fenomeno intrinsecamente transnazionale come quello delle ecomafie, adottino «strumenti investigativi speciali, come quelli utilizzati per contrastare la criminalità organizzata». Inoltre, per garantire che l'utilizzo di tali strumenti investigativi avvenga nel pieno rispetto dei principi di legalità e proporzionalità, la direttiva prevede limiti edittali congrui, attualmente del tutto insufficienti, stabilendo una pena minima di reclusione non inferiore a cinque anni.

L'inasprimento delle sanzioni penali e l'utilizzo di strumenti investigativi speciali costituiscono, a ben vedere, due facce della stessa medaglia, che dimostrano senz'altro il grave disvalore penale delle condotte incriminate nel nuovo quadro legislativo.

L'assimilazione di specifiche tipologie di reati ambientali, caratterizzati da un elevato grado di offensività e da una natura transnazionale, al paradigma della criminalità organizzata comporta poi importanti implicazioni in termini di tutela penale. Non solo essa potrebbe aprire la strada alla possibilità di includere i reati ambientali tra quelli di cui all'articolo 83, paragrafo 1, TFUE[65], ma giustifica anche l'estensione della competenza della Procura

[63] V. art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.

[64] Rilevano a tal fine specifiche regole in tema di segretezza delle indagini preliminari, misure cautelari personali, esclusione del c.d. patteggiamento allargato, limitazioni del diritto alla prova, trasmissione delle rogatorie attive e passive al Procuratore Nazionale Antimafia, raddoppio dei termini di prescrizione, operatività dello strumento delle operazioni sotto copertura.

[65] Una sollecitazione di tal genere era già stata avanzata dal Parlamento europeo nei

europea alle fattispecie criminose ambientali, chiaramente laddove esse risultino connesse o strumentali alla commissione dei reati rientranti nella sfera EPPO. In questi contesti, la possibilità di beneficiare di un apparato investigativo dotato di poteri più ampi e di una maggiore capacità di coordinamento a livello transnazionale può essere determinante per superare le limitazioni insite nei poteri d'indagine delle autorità nazionali, spesso inadeguati a fronteggiare la complessità delle ecomafie[66].

Tale previsione va certamente salutata con favore, giacché si connette alle iniziative attualmente in corso a livello internazionale, laddove il Consiglio d'Europa ha avviato i negoziati per una nuova convenzione sulla tutela penale dell'ambiente[67] e nelle Nazioni Unite è vivo il dibattito sul riconoscimento dell'ecocidio come crimine internazionale ai sensi dello Statuto di Roma, al fine di attribuire alla Corte Penale Internazionale la competenza giurisdizionale per la sua repressione[68].

4. *Considerazioni conclusive*

La riforma della legislazione penale ambientale dell'Unione europea è stata incentivata sia da un mutato contesto politico internazionale sia dalla raggiunta consapevolezza che l'efficacia di ogni politica ecosostenibile dipenda non solo dalle azioni preventive ed economiche, nonché dall'esigenza tecnica di sostituire una direttiva adottata in un quadro normativo precedente al Trattato di Lisbona, il quale attribuisce all'UE competenze penali più chiare e ampie, permettendole di agire anche sull'armonizzazione delle pene, e non più solamente sulle condotte punite.

L'efficacia del nuovo assetto normativo per la tutela penale dell'ambiente dipenderà in modo determinante dalla sua corretta e tempestiva attuazione da parte degli Stati membri[69], che dovranno essere ben consapevoli

confronti della Commissione nella già citata risoluzione, del 20 maggio 2021, sulla responsabilità delle imprese per i danni ambientali, al punto 29.

[66] In tal senso, v. anche Eurojust, *Report on Eurojust's Casework*, cit., p. 13.

[67] CM (2022) 148-add2final - European Committee on Crime Problems (CDPC) - Terms of reference of the Committee of Experts on the protection of the environment through criminal law (PC-ENV).

[68] Cfr. risoluzione del Parlamento europeo, del 19 maggio 2021, sugli effetti dei cambiamenti climatici sui diritti umani e sul ruolo dei difensori dell'ambiente in tale materia (2020/2134 (INI)), soprattutto punto 11.

[69] Gli Stati membri hanno tempo fino al 21 maggio 2026 per recepire la nuova direttiva.

che per il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi definiti dall'UE nel *Green Deal* europeo e nella strategia sulla biodiversità[70], la lotta alla criminalità ambientale assume un'importanza decisiva.

La puntuale esecuzione degli obblighi previsti nella direttiva sarà significativa anche nel quadro dell'impostazione olistica voluta dal legislatore UE, di cui è espressione un ampio ventaglio di misure sinergiche che sono già state approvate o che sono ancora in fase di elaborazione legislativa, che mirano a proteggere l'ambiente nel contesto della transizione dell'UE verso un'economia climaticamente neutra e verde. A tal riguardo, tra le misure più recenti, basti pensare alla *Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)*, che ha introdotto a carico delle aziende l'obbligo di rendicontare le prestazioni di sostenibilità che sono in grado di assicurare, nonché gli impatti e i rischi aziendali correlati[71]; alla già ricordata, *Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)*, che ha imposto alle imprese di assumere misure atte a prevenire, mitigare o ridurre al minimo gli impatti sui diritti umani e sull'ambiente che potrebbero derivare dalle attività che svolgono[72]; e, da ultimo, al recentissimo «pacchetto omnibus», che mira a semplificare le norme in materia di sostenibilità ambientale per le imprese europee, cercando un nuovo equilibrio tra tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile[73].

Non mancano, però, come già sottolineato, valutazioni di segno negativo che investono le conseguenze che l'intervento europeo genererà nel settore ambientale e le ricadute che esso è destinato ad avere sul piano degli ordinamenti interni alla luce delle caratteristiche dei singoli sistemi nazionali. Nonostante gli sforzi compiuti, le persistenti divergenze terminologiche tra gli ordinamenti degli Stati potrebbero rappresentare un ostacolo significativo all'armonizzazione delle legislazioni penali e all'effettiva attuazione

[70] V. comunicazioni della Commissione, dell'11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo*, e del 20 maggio 2020, *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030 - Riportare la natura nella nostra vita*.

[71] Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE, per quanto riguarda la rendicontazione sulla sostenibilità aziendale.

[72] Direttiva (UE) 2024/1760, cit.

[73] COM (2025) 80final, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive (UE) 2022/2464 e (UE) 2024/1760 per quanto riguarda le date a partire dalle quali gli Stati membri devono applicare determinati obblighi di comunicazione sulla sostenibilità aziendale e di dovuta diligenza.

della direttiva, basti pensare alle diverse accezioni che termini come *danno*, *compromissione*, *alterazione*, *pregiudizio* o *deterioramento* possono assumere nei vari contesti giuridici nazionali.

Analogamente, nel campo delle sanzioni penali, l'utilizzo di termini specifici come *reclusione*, anziché di espressioni più generiche come *pena detentiva*, può influenzare la qualificazione giuridica del fatto, le procedure processuali applicabili, l'applicazione di pene accessorie e la possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione. Inoltre, l'esistenza di differenti approcci legislativi alla criminalità ambientale, in uno alle diverse percezioni su alcune qualificazioni giuridiche chiave, può innescare anche problemi di *ne bis in idem* nella cooperazione transfrontaliera[74].

Pertanto, al fine di superare le difficoltà interpretative e applicative connesse alle divergenze terminologiche a cui il nuovo testo potrà andare incontro, il coordinamento tra le autorità statali e le istituzioni europee non è solo auspicabile, bensì essenziale. In questa ottica, una più stretta cooperazione sarebbe necessaria per procedere all'elaborazione di un glossario comune e all'armonizzazione progressiva dei termini giuridici utilizzati nelle diverse legislazioni penali.

Oltre a questo aspetto, tra le numerose questioni giuridiche e difficoltà pratiche riscontrate nei casi di criminalità ambientale deferiti a Eurojust negli ultimi anni, è emerso che gli organi nazionali competenti sono per lo più riluttanti a partecipare proattivamente a indagini internazionali di criminalità ambientale. Questo comportamento è verosimilmente attribuibile a diversi fattori che vanno dalla mancanza di esperienze operative pregresse nel settore, alla scarsa conoscenza specialistica riguardo al quadro giuridico penale ambientale dell'UE, alla limitatezza delle risorse disponibili[75]. Sarebbe opportuno, dunque, che le autorità nazionali competenti sviluppassero una più approfondita *expertise* sulle fattispecie ambientali di natura transfrontaliera.

[74] In un caso di traffico illecito di rifiuti, poiché l'oggetto del traffico era qualificato come «rifiuto» nello Stato membro che aveva emesso l'ordine europeo di indagine (OEI), ma come «prodotto» nello Stato membro di esecuzione, ne è derivato il rifiuto di eseguire l'OEI. Sul punto, v. Eurojust, *Report on Eurojust's Casework*, cit., p. 13.

[75] Dalla più volte citata relazione di Eurojust risulta che, in un procedimento multilaterale concernente il traffico illecito di oli combustibili e la connessa contaminazione chimica pericolosa, pur sussistendo indagini parallele in molteplici Stati Membri, le autorità nazionali degli Stati interessati hanno manifestato disinteresse verso la partecipazione a *coordination meetings* e alla costituzione di una *joint investigation team*, come proposto dallo Stato membro che aveva portato il caso all'attenzione di Eurojust, v. p. 14.

Due ultime riflessioni riguardano il riparto di competenze in tale settore.

In primo luogo, se la sussidiarietà nella sua formulazione lessicale suggerisce che l'Unione è legittimata ad intervenire soltanto quando gli Stati membri non sono in grado di garantire adeguatamente il raggiungimento di un dato risultato, la globalizzazione della criminalità sembra legittimare *ipso iure et facto* l'intervento delle istituzioni europee[76]. Più specificamente, in relazione alla materia ambientale, ma in generale con riguardo a tutte le materie che, formalmente attribuite alla potestà concorrente, manifestano una vocazione sostanzialmente transnazionale, il giudizio in ordine all'insufficienza di una regolamentazione statale diviene superfluo. Vale a dire che al cospetto di condotte che hanno implicazioni che superano i confini nazionali (come gli ecocrimini), è proprio la dimensione globale di talune forme criminose a fondare *ipso facto* la necessità che sia l'Unione ad intervenire e ad escludere *ab origine* un'azione da parte degli Stati membri.

In secondo luogo, nei settori concorrenti che mirano ad armonizzare le norme legislative, regolamentari e amministrative tra gli Stati membri, il principio di sussidiarietà è privato fin dall'inizio di una componente fondamentale, ovvero della valutazione della sufficienza di una regolamentazione nazionale, poiché in tali contesti la competenza è attribuita "automaticamente" all'unico soggetto in grado di adottare misure di ravvicinamento dei singoli ordinamenti. Ciò vale in ambito penale, dove, ai sensi dell'art. 83, parr. 1 e 2, TFUE, l'Unione è chiamata a adottare «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni», qualora «il ravvicinamento delle

[76] Cfr. P. DE PASQUALE, *Sharing is caring: i primi trent'anni del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, in *DUE*, nn. 3-4, 2021, p. 253, ove si legge che: «(…) in alcuni settori, il principio di sussidiarietà non è più richiamato come criterio per allocare una funzione ad un livello piuttosto che ad un altro, quanto per validare un meccanismo diretto a garantire un esercizio delle competenze "coordinato" tra le autorità nazionali e le istituzioni europee. A ben vedere, la legittimità dell'Unione ad agire in alcuni campi è stata rinvenuta *in re ipsa*, dal momento che, quantunque formalmente in contitolarità, per la loro natura transnazionale, per la loro incidenza sul mercato e/o sulla concorrenza, sono stati sempre ricondotti nell'alveo dell'Unione. Così è a dire, soprattutto, (…) per l'ambiente (…) che rientra tra quei settori contraddistinti da obiettivi che giustificano di per sé la sussistenza di una competenza dell'Unione e, di conseguenza, escludono a priori una (anche soltanto sufficiente) azione degli Stati membri. Vale a dire che la valutazione che il principio di sussidiarietà postula con riferimento a tali politiche non riguarda più la questione se l'obiettivo esiga un'azione da parte delle istituzioni dell'Unione, bensì l'insieme di scelte e di comportamenti diretti a programmarla ed a darne attuazione».

disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica». Di talché, laddove l'obiettivo è quello di ridurre le differenze tra i sistemi nazionali come nel settore penale dell'ambiente, è ormai chiaro che soltanto l'Unione abbia il potere di adottare norme di armonizzazione che stabiliscono livelli minimi di tutela, in forza di una attribuzione ontologica, che è intrinseca alla sua stessa natura. Diversamente opinando, si perverrebbe all'inaccettabile asimmetria di una criminalità transnazionale libera di muoversi oltre le frontiere, a fronte di una giustizia penale ostacolata da barriere territoriali quasi insormontabili[77].

È pur vero che bisogna superare le resistenze degli Stati membri, giacché è ben nota la ritrosia a cedere ulteriori sfere di sovranità soprattutto in settori sensibili quale quello penale. Tale riluttanza riflette la diffusa percezione che l'armonizzazione sovranazionale possa minare l'identità giuridica dei singoli ordinamenti e che può essere superata soltanto attraverso una narrazione politica che sappia valorizzare il concetto di sovranità condivisa come strumento di protezione collettiva, anziché come una mera rinuncia.

[77] Cfr. C. SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in C. E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 35.

Abstract (ita)

Il presente lavoro analizza l'evoluzione dell'azione dell'Unione europea contro la criminalità ambientale. Sebbene la direttiva UE 2008/99 sulla tutela penale dell'ambiente abbia dato un primo impulso alla materia, l'aumento dei reati ambientali connesso alla ineffettività del regime sanzionatorio ivi previsto dimostra come essa non sia riuscita a colmare le lacune esistenti. In risposta a queste criticità, è stata introdotta la recente direttiva UE 2024/1203, espressione di un mutato approccio strategico dell'Unione, che si traduce nel passaggio da un modello minimalista, incentrato sulla previsione di poche norme e definizioni vaghe, ad un modello integrale, caratterizzato da un dettato normativo articolato e di dettaglio. L'autore svolge alcune considerazioni di carattere generale sull'efficacia di tale revisione legislativa in attesa del suo recepimento, esaminando le implicazioni che essa avrà sugli ordinamenti interni, in particolare quello italiano, che dovranno implementare le nuove e più stringenti misure.

Abstract (eng)

This paper analyzes the evolution of the European Union's efforts to combat environmental crime. While the EU Environmental Crime Directive 2008/99 provided an initial impetus to this field, the persistent rise in environmental offenses, coupled with the ineffectiveness of its sanctioning regime, demonstrates its failure to address existing gaps. In response to these critical shortcomings, the recent EU Directive 2024/1203 has been introduced. This new instrument reflects a significant shift in the Union's strategic approach, moving from a minimalist model – characterized by limited provisions and vague definitions – towards a comprehensive framework with detailed and articulated legislative mandates. The author offers general considerations regarding the efficacy of this legislative revision, anticipating its transposition. The analysis delves into the implications for national legal systems, particularly the Italian one, as they prepare to implement these new and more stringent measures.

ECONOMIA CIRCOLARE E IA: A CHE CONDIZIONI È UNA SFIDA POSSIBILE PER L'UE?

Costanza Di Francesco Maesa*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'obiettivo dell'economia circolare nell'Unione. – 3. Definizione della nozione di "sistemi di IA" nel diritto dell'Unione. – 4. Danni provocati dai sistemi di IA sull'ambiente e le comunità locali. – 5. Disciplina a livello europeo. – 5.1. Regolamento sull'IA. – 5.2. Atti legislativi UE adottati in attuazione del Green Deal europeo. – 6. Diritti fondamentali lesi e portata extraterritoriale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. – 6.1. Diritti dell'Unione violati. – 6.2. Portata extraterritoriale dei diritti contenuti nella Carta. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'economia circolare, come è stato affermato dal Commissario europeo per l'ambiente nel 2022, dovrebbe consentire all'UE di ridurre la propria domanda di materie prime e di usare molta meno energia per la produzione e il consumo di beni. Tuttavia, queste affermazioni rischiano di rimanere solo sulla carta per quanto riguarda l'uso dell'Intelligenza Artificiale (d'ora innanzi "IA"). Nonostante i numerosi atti legislativi che sono stati proposti o adottati dall'UE nell'ultimo quinquennio, ivi compresi quelli in attuazione del Green Deal europeo, infatti, la disciplina predisposta non sembra adeguata a garantire che il processo produttivo che porta alla creazione e all'utilizzo di sistemi di IA sia circolare.

Con questo contributo ci proponiamo, pertanto, di verificare fino a che punto il processo produttivo che porta alla creazione di sistemi di IA e il seguente utilizzo degli stessi sia circolare. Sebbene i sistemi di IA possano essere utilizzati per mitigare o adattarsi al cambiamento climatico, essi producono anche effetti negativi per l'ambiente e per le popolazioni che vivono nelle zone inquinate e danneggiate, soprattutto in Paesi terzi, spesso in via sviluppo, in cui sono situate le zone estrattive da cui ricavare le materie prime necessarie a costruire i supporti per far funzionare correttamente i sistemi di IA, in cui sono localizzati i *data centres* che permettono

* Marie Sklodowska-Curie Postdoctoral Fellow, Università di Siena, Dipartimento di Studi aziendali e giuridici, e Universidade de São Paulo, Dipartimento di Giurisprudenza.

l'addestramento e il corretto funzionamento dei sistemi di IA e in cui vengono abbandonati o bruciati i rifiuti elettronici. L'obiettivo è, quindi, quello di indagare fino a che punto la doppia transizione "verde" e "digitale" vada nella stessa direzione.

A tal fine, studieremo il ruolo che l'UE svolge in questo contesto, effettuando, in primo luogo, una breve panoramica del concetto di economia circolare nell'Unione (par. 2) e fornendo definizione di sistemi di IA (par. 3), per poi analizzare le ripercussioni che i sistemi di IA hanno per l'ambiente e i diritti fondamentali delle popolazioni locali, soprattutto in Paesi extra-UE (par. 4) e valutare, pur senza pretesa di esaustività, le lacune esistenti nel diritto dell'Unione, ossia nel regolamento sull'IA (par. 5.1) e negli atti legislativi adottati in attuazione del Green Deal europeo che rilevano maggiormente nel caso di specie (par. 5.2). Esamineremo, poi quali diritti fondamentali tutelati dalla Carta sono violati (par. 6.1) e se la Carta abbia portata extraterritoriale (par. 6.2) al fine di valutare fino a che punto l'esternalizzazione dei costi negativi in Paesi extra-UE sia legittimo in base al diritto dell'Unione. Infine, nelle conclusioni indicheremo quale, a nostro avviso, sia la strada migliore da percorrere alla luce del diritto dell'Unione per proteggere l'ambiente e tutelare i diritti delle popolazioni locali in Paesi extra-UE.

2. *L'obiettivo dell'economia circolare nell'Unione*

L'obiettivo dell'economia circolare[1] è diventato uno dei pilastri fondamentali per assicurare la transizione "verde" dell'UE, il cui scopo è quello di rendere l'Europa climaticamente neutra entro il 2050, rilanciare l'economia per mezzo della tecnologia verde, ridurre l'inquinamento e creare industrie e trasporti sostenibili[2]. A tal fine, in attuazione del *Green Deal* europeo sono state adottate, nel 2015 e nel 2020, due strategie sull'economia circolare[3], che si pongono l'obiettivo di contribuire a conseguire la neutralità

[1] Sul concetto di economia circolare, si veda E. BOMPAN, I. N. BRAMBILLA, *Che cosa è l'economia circolare*, Milano, 2021. Per un'analisi approfondita dei principi giuridici collegati al concetto di economia circolare, si veda M. MONTINI, *Quali principi giuridici per l'economia circolare nell'Unione europea?*, in *DPCE online*, n. 4, 2023, p. 3257 ss.

[2] Il concetto di transizione "verde" è stato utilizzato per la prima volta in modo programmatico nella comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2019, Il Green Deal europeo, COM (2019) 640final.

[3] Comunicazione della Commissione, del 2 dicembre 2015, L'anello mancante - Piano

climatica entro il 2050 e a dissociare la crescita economica dall'uso delle risorse al fine di attuare una «transizione progressiva, ma irreversibile, verso un sistema economico sostenibile»[4]. Benché entrambe le strategie si propongano di riutilizzare le materie prime, i prodotti, gli scarti e i rifiuti per ricavarne il massimo valore, nonché favorire i risparmi energetici e ridurre le emissioni di gas serra, nella seconda strategia viene promossa una visione olistica del concetto di circolarità[5].

Lo scopo principale della prima strategia era quello di rendere sostenibile, e quindi, circolare, la parte finale del ciclo di vita dei prodotti, intervenendo principalmente sulla fase di gestione dei rifiuti promuovendo la riparabilità, longevità e riciclabilità dei prodotti[6]. La seconda strategia si incentra, invece, sul principio "*from cradle to cradle*", in base al quale i prodotti devono essere concepiti e progettati in un modo tale che i loro componenti e materiali possano essere riciclati o riutilizzati alla fine del loro ciclo di vita. In base a questo approccio assume, pertanto, un valore preminente la fase progettuale iniziale del prodotto, il quale deve progettato in modo eco-compatibile, per cui si parla di "eco-progettazione" o "eco-design"[7]. La trasformazione da un'economia prevalentemente lineare, che si fonda sull'approccio "produci-usa-getta", ad un'economia circolare con il fine di massimizzare la circolarità dei prodotti e della materia è uno dei principali obiettivi del Green Deal europeo[8], che dovrebbe orientare tutta la normativa adottata dall'UE in materia di processi produttivi.

d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare, COM (2015) 614final (d'ora innanzi "Prima Strategia sull'economia circolare"); comunicazione della Commissione, dell'11 marzo 2020, Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva, COM (2020) 98final (d'ora innanzi "Seconda Strategia sull'economia circolare").

[4] "Seconda Strategia sull'economia circolare", "Introduzione".

[5] M. MONTINI, *op. cit.*, p. 3258.

[6] "Prima Strategia sull'economia circolare", cit.

[7] "Seconda Strategia sull'economia circolare", cit., pp. 3-13. Si veda anche il regolamento (UE) 2024/178, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce il quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili, modifica la direttiva (UE) 2020/1828 e il regolamento (UE) 2023/1542 e abroga la direttiva 2009/125/CE.

[8] Sulla dimensione giuridica del Green Deal europeo, si veda M. C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *EJ*, 2020, p. 54 ss.; M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *SIE*, 2020, p. 379 ss.; L. KRÄMER, *Planning for Climate and the Environment: the EU Green Deal*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2020, p. 267 ss.; C. BINET, *L'Europe et son Green Deal: quel avenir*

Tuttavia, come vedremo nei prossimi paragrafi, la disciplina predisposta a livello europeo non sembra adeguata a garantire che il processo produttivo che porta alla creazione di sistemi di IA, né il conseguente utilizzo degli stessi, sia ispirato da una logica di economia circolare; al contrario, i danni ambientali causati in Paesi extra-UE dall'uso di sistemi di IA utilizzati in Europa sono molto rilevanti e diffusi.

3. *Definizione della nozione di "sistemi di IA" nel diritto dell'Unione*

Negli ultimi anni è aumentato esponenzialmente l'uso di sistemi di IA nei più svariati settori[9]. Tra questi, essi sono stati dapprima studiati e poi utilizzati anche per mitigare il cambiamento climatico o adattarsi ad esso[10];

pour le climat?, in *Journal de droit européen*, n. 269, 2020, pp. 207-211; J. VAN ZEBEN, *The European Green Deal: The future of a polycentric Europe?*, in *ELJ*, 2020, p. 300 ss.; M. ONIDA, *Il Green Deal europeo*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Padova, 2021, p. 257 ss.; C. PESCE, *La dimensione esterna del Green Deal: profili attuativi ed* evolutivi, in *SIE*, n. 3, 2021, pp. 529-547; E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: The European Green Deal as a regulatory process*, in *CMLR*, 2022, p. 19 ss.; C. PESCE, *Il Green Deal europeo e la neutralità climatica entro il 2050*, in L. F. PACE (a cura di), *Quo vadis Europa? Le sfide dell'Unione europea nel tempo delle crisi. Una riflessione multidisciplinare nel contesto della Conferenza sul futuro dell'Europa*, Roma, 2023, pp. 359-371.

[9] Per una ricognizione dell'uso dei sistemi di IA in diversi settori, si veda C. GALLESE NOBILE, *Regulating Smart Robots and Artificial Intelligence in the European Union*, in *Journal of Digital Technologies and Law*, 2023, p. 36; W. WANG, K. SIAU, *Artificial Intelligence, Machine Learning, Automation, Robotics, Future of Work and Future of Humanity*, in *Journal of Database Management*, vol. 30, n. 1, 2019, pp. 61-79; S. O'SULLIVAN, N. NEVEJANS, C. ALLEN, A. BLYTH, S. LEONARD, U. PAGALLO, K. HOLZINGER, A. HOLZINGER, M. I. SAJID, H. ASHRA, *Legal, regulatory, and ethical frameworks for development of standards in artificial intelligence (AI) and autonomous robotic surgery*, in *The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery*, vol. 15, n. 1, 2019.

[10] Per una panoramica degli usi dei sistemi di IA per contribuire a raggiungere gli obiettivi del Green Deal europeo, si veda P. GAILHOFER, A. HEROLD, J. P. SCHEMMEL, C. S. SCHERF, C. URRUTIA, A. R. KÖHLER, S. BRAUNGARDT, *The role of Artificial Intelligence in the European Green Deal*, consultabile www.data.europa.eu/doi/10.2861/882830, 2021, studio richiesto dall'AIDA Committee. Si veda anche D. ROLNICK, *Tackling Climate Change with Machine Learning*, in *ACM Computing Surveys*, vol. 55, n. 2, 2022; L. CHEN, Z. CHEN, Y. ZHANG, Y. LIU, A. I. OSMAN, M. FARGHALI, J. HUA, A. AL-FATECH, I. IHARA, D. W. ROONEY, P. S. YAP, *Artificial Intelligence-based solutions for climate change: a review*, in *Environmental Chemistry Letters*, vol. 21, 2023, pp. 2525-2557; J. COWLS, A. TSAMADOS, M. TADDEO, L. FLORIDI, *The AI gambit: leveraging artificial intelligence to combat climate change—opportunities, challenges, and recommendations*, in *AI & Society*, vol. 38, 2023, pp. 283-307.

tale fenomeno si definisce con un'espressione inglese "*AI for sustainability*"[11]. La capacità propria dei sistemi di IA di analisi ed elaborazione di enormi quantità di dati in tempi più brevi rispetto a quelli impiegati dagli esseri umani potrebbe, infatti, permettere agli esperti di conoscere e gestire in modo più affidabile le sfide ambientali poste dal cambiamento climatico; l'utilizzo di sistemi di IA in questo settore permette, in particolare, sia di prevedere in modo più preciso fenomeni collegati al cambiamento climatico che di prendere decisioni più accurate per mitigarne gli effetti[12].

Gli usi dei sistemi di IA nell'ambito del contrasto al cambiamento climatico sono numerosi e vari. Tuttavia, come vedremo nel prossimo paragrafo, non sono privi di rischi per l'ambiente e i diritti delle popolazioni locali[13]. Prima di passare ad analizzare gli effetti negativi che i sistemi di IA comportano per l'ambiente, al fine di delimitare l'oggetto dell'analisi qui svolta, occorre tuttavia fornire una definizione di cosa debba intendersi per "sistemi di IA".

Per quanto riguarda la definizione di "sistemi di IA", bisogna innanzitutto precisare che in questo contributo faremo riferimento alla nozione di IA adottata in ambito giuridico, la quale in parte differisce da quella utilizzata dagli esperti nel settore informatico[14], e in particolare ci riferiremo a quella adottata nel regolamento sull'Intelligenza Artificiale (d'ora innanzi "regolamento sull'IA")[15].

[11] A. VAN WYNSBERGHE, *Sustainable AI: AI for sustainability and the sustainability of AI*, in *AI and Ethics*, vol. 1, n. 3, 2021, pp. 213-218.

[12] A. O. ADEGBITE, I. BARRIE, S. F. OSHOLAKE, T. ALESINLOYE, A. B. BELLO, *Artificial Intelligence in Climate Change Mitigation: A Review of Predictive Modeling and Data-Driven Solutions for Reducing Greenhouse Gas Emissions*, in *World Journal of Advanced Research and Reviews*, vol. 24, n. 1, 2024, pp. 408-414; A. NAJI KHALLAF, N. MONEER ALQERAFI, *Using AI to Help Reduce the Effect of Global Warming*, in *Power System Technology*, vol. 48, n. 1, 2024. Sulle applicazioni dei sistemi di IA per la tutela delle foreste, si veda C. DI FRANCESCO MAESA, *Questioni giuridiche dell'applicazione dell'intelligenza artificiale alla conservazione delle foreste*, in *IANUS rivista online*, n. 28, 2023, p. 31 ss.

[13] Per quanto riguarda gli effetti negativi sull'ambiente dei sistemi di IA, si veda S. TAFFEL, *Digital Media Ecologies: Entanglements of Content, Code and Hardware*, London, 2019 e il prossimo par. 3.

[14] G. A. BEKEY, *Current trends in robotics: Technology and ethics, Robot ethics: the ethical and social implications of robotics*, Cambridge, 2012, pp. 17-34; S. B. WALKER, *Lawyers and engineers should speak the same robot language*, in R. CALO, M. A. FROOMKIN, I. KERR (eds.), *Robot law*, Cheltenham, 2016, pp. 78-101.

[15] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 ("regolamento sull'Intelligenza Artificiale", d'ora innanzi "regolamento sull'IA").

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il regolamento sull'IA si applica ad un'estesa pletora di soggetti[16], tra cui, a certe condizioni, anche fornitori e *deployer* di sistemi di IA che sono situati in un Paese extra-europeo, in particolare se l'output prodotto dal sistema di IA è utilizzato nell'UE[17]. Questo rilievo appare particolarmente importante allorché si consideri il fatto che, come vedremo nel prossimo paragrafo, gli effetti dannosi per l'ambiente e le comunità locali dei sistemi di IA sono principalmente delocalizzati sul territorio di Stati extra-UE.

Per quanto riguarda la definizione, in base al regolamento sull'IA, i sistemi di IA «si distinguono dai tradizionali sistemi software o dagli approcci di programmazione più semplici», in quanto non consistono in «sistemi basati sulle regole definite unicamente da persone fisiche per eseguire operazioni in modo automatico», ma al contrario, sono dotati di «capacità inferenziale»[18]. Per capacità inferenziale, si intende l'abilità di ottenere output, come previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni, tramite modelli e algoritmi che elaborano autonomamente input o dati. La capacità inferenziale di un sistema di IA, in particolare, «trascende l'elaborazione di base dei dati consentendo l'apprendimento, il ragionamento o la modellizzazione»[19].

Pertanto, i sistemi di IA funzionano in modo "automatizzato", ossia tramite l'uso di macchine, ma sono progettati con livelli di autonomia variabili, ossia sono in grado di elaborare i dati e produrre gli output con un certo grado di autonomia di azione rispetto al coinvolgimento umano e possono anche funzionare senza l'intervento umano[20]. Inoltre, tali sistemi sono dotati di capacità di autoapprendimento, per cui possono mutare durante l'uso[21].

In conclusione, un "sistema di IA" può definirsi come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o

[16] *Ivi*, art. 2, par. 1.

[17] Per quanto riguarda l'applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione e il cc. dd. "effetto Bruxelles", si veda J. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, n. 1, 2014; ID, *The new EU "extraterritoriality"*, in *CMLR*, vol. 51, n. 5, 2014, pp. 1343-1380; J. SCOTT, *The Global Reach of EU Law*, in M. CREMONA, J. SCOTT (eds.), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law,* Oxford, 2019; I. HADJIYIANNI, *The extraterritorial Reach of EU Environmental Law and Access to Justice by Third Country Actors*, in *EP*, n. 2, 2017, pp. 519-542.

[18] V. il considerando n. 12 del regolamento sull'IA.

[19] *Ibidem*.

[20] *Ibidem*.

[21] *Ibidem*.

impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali»[22].

Un altro elemento da tenere in considerazione consiste nel fatto che i sistemi di IA hanno bisogno di infrastrutture per funzionare correttamente. Per produrre, far circolare e permettere ai sistemi di IA di addestrarsi su un'enorme quantità di dati, essi hanno infatti bisogno di *data centres*, cavi di fibra ottica e altre infrastrutture situate in diverse aree del Pianeta[23]; la consapevolezza della "materialità" di internet e dei sistemi di IA sta riemergendo soprattutto negli ultimi anni grazie alla presa di coscienza di diversi gruppi di persone che subiscono gli effetti negativi delle nuove tecnologie. Parte della dottrina e gruppi di attivisti situati in diverse parti del Pianeta hanno, infatti, posto l'attenzione sul legame che esiste tra internet, IA e territorio[24]. Lo spazio sottomarino in cui passano i cavi[25], lo spazio aereo in cui sono trasmessi i dati da satelliti e antenne[26], così come i territori in cui vengono estratte le materie prime o in cui vengono depositati i rifiuti elettronici[27], sono tutti elementi spaziali che sono direttamente connessi all'utilizzo delle nuove tecnologie, che hanno già provocato e verosimilmente provocheranno nel prossimo futuro seri conflitti sociali tra società private, governi e popolazione civile[28]. Questa dimensione dell'utilizzo di sistemi di IA è particolarmente rilevante ai fini dell'analisi che stiamo svolgendo in quanto permette di considerare gli effetti negativi che i sistemi di IA hanno

[22] Regolamento IA, cit., art. 3.

[23]In riferimento in generale alla circolazione dei dati, si veda P. N. EDWARDS, *A Vast Machine: Computer Models, Climate Data, and the Politics of Global Warming*, Cambridge, 2010.

[24] B. LATOUR, *Networks, Societies, Spheres: Reflections of an Actor-Network Theorist*, in *International Journal of Communication*, vol. 5, 2011, pp. 796-810.

[25] N. STAROSIELSKI, *The Undersea Network*, Durham, 2015.

[26] Per quanto riguarda la situazione in Sud America, si veda G. SÁNCHEZ MIGUEL, *Aire, no te vendas: La lucha por el territorio desde las Ondas*, Mexico, 2016.

[27] Per quanto riguarda la situazione in Sud America, si veda F. FERNÁNDEZ, M. VICENTE-MARIÑO, J. M. GARCÍA DE MADRIAGA, *La cara oculta de la sociedad de la información: El impacto medioambiental de la producción, el consumo y los residuos tecnológicos*, in *Revista Latinoamericana de Comunicación*, vol. 3, 2017; L. GIL, *Helping Latin America Meet its E-Waste Challenge*, UNIDO, 2015, consultabile all'indirizzo: www.unido.org/news/helping-latin-america-meet-its-e-waste-challenge.

[28] S. LEHEUDÉ, *With Google as My Neighbor, Will There Still be Water?*, in *SustaAIn magazine*, n. 2, 2023, p. 26, consultabile all'indirizzo www.algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2023/03/SustAIn-magazine-issue-2.pdf.

sull'ambiente, e soprattutto sulle condizioni ambientali di Paesi terzi extraeuropei.

È per questo motivo e per lo stretto collegamento tra Paesi terzi, spesso in via di sviluppo, e ubicazione delle infrastrutture necessarie a far circolare i dati, in generale, e a far addestrare i sistemi di IA, in particolare, che numerosi autori hanno sostenuto che le infrastrutture che rendono possibile la circolazione dei dati attraverso il Pianeta è stata ed è tuttora intrisa di una logica coloniale[29]. Il concetto di estrazione assume, pertanto, in quest'ottica una nuova valenza e si ricollega sia ai danni che l'estrazione di materie prime e l'uso di acqua e energia prodotta in Paesi in via di sviluppo comporta per gli ecosistemi e le popolazioni indigene locali, sia al fenomeno dell'estrazione dei dati collegato al sempre maggiore diffondersi delle nuove tecnologie che, nell'ottica di alcuni autori, assume una veste "coloniale"[30] da parte dei Paesi economicamente più avvantaggiati nei confronti di quelli più svantaggiati[31].

A tal proposito, nel paragrafo che segue ci occuperemo di esaminare la prima e più "materiale" accezione del termine "*data colonialism*" ora menzionata, soffermandoci sull'analisi degli effetti negativi che le infrastrutture necessarie per il funzionamento dei sistemi di IA generano sull'ambiente e le popolazioni locali.

4. *Danni provocati dai sistemi di IA sull'ambiente e le comunità locali*

Per funzionare correttamente, i modelli di IA necessitano di enormi quantità di dati e di un'enorme quantità di risorse naturali limitate, come elettricità e acqua[32]. I sistemi di IA sono infatti addestrati e installati su server

[29] S. LEHEUDÉ, *Territories of data: ontological divergences in the growth of data infrastructure*, in *Tapuya: Latin American Science, Technology and Society*, vol. 5, n. 1, 2022; B. LARKIN, *Signal and Noise: Media, Infrastructure, and Urban Culture in Nigeria*, Durham, 2008.

[30] Per quanto riguarda l'interrelazione tra sovranità digitale ed esistenza di una mentalità coloniale di sfruttamento che agisce tramite le nuove tecnologie digitali, si veda J. GUERRA, M. SUÁREZ, T. CERRATTO-PARGMAN, *Construyendo soberanía digital en América Latina: Un análisis de las iniciativas de cuatro colectivos sociales*, in *Revista Latinoamericana de Comunicación*, vol. 149, n. 2, 2022, pp. 227-242.

[31] S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019; J. SADOWSKI, *Too Smart: How Digital Capitalism in Extracting Data, Controlling Our Lives, and Taking Over the World*, in *The MIT Press*, 2020.

[32] P. LI, J. YANG, M. A. ISLAM, S. REN, *Making AI Less "Thirsty": Uncovering and Addressing the Secret Water Footprint of AI Models"*, in *IEE Computer Society*, 2023.

situati in *data centres* che consumano quantità enormi di energia[33]. È per questo motivo che negli ultimi anni si sono moltiplicati gli studi sull'impronta ecologica dei sistemi di IA, e in particolare sull'impronta ecologica di questi sistemi in termini di CO2 prodotta[34]. Tuttavia, il tema dell'enorme consumo da parte dei sistemi di IA di acqua dolce, che è utilizzata sia per generare elettricità che per raffreddare i server, non è stato adeguatamente esplorato, pur essendo un tema di fondamentale importanza. Le risorse di acqua dolce sul Pianeta sono infatti limitate, non sono distribuite in modo equo e la carenza delle stesse mette a repentaglio gran parte della popolazione[35].

In particolare, per quanto riguarda l'acqua, uno studio del 2023 ha rilevato che ChatGPT consuma circa 500 ml di acqua ogni 20-50 semplici domande e risposte[36]. L'acqua viene utilizzata per raffreddare i data center e non può essere riutilizzata facilmente poiché all'acqua vengono aggiunte sostanze chimiche. I *data centres* posseduti da Google, per esempio, pur senza prendere in considerazione la quantità di acqua che prendono in prestito da altre strutture appartenenti a soggetti terzi, hanno consumato direttamente 25 miliardi di litri di acqua e hanno utilizzato circa 20 milioni di litri d'acqua per raffreddare i server nel 2022, utilizzando per la maggior parte acqua potabile[37]. È inoltre interessante notare che il consumo di acqua da parte dei *data centres* di Google nel 2022 è aumentata del 20% rispetto al 2021[38], mentre l'utilizzo di acqua da parte di Microsoft è addirittura aumentato del 34% nello stesso periodo di tempo[39].

Allo stesso modo, l'intelligenza artificiale generativa sta determinando

[33] A. SHEHABI, *United States data center energy usage report*, Berkeley, 2016.

[34] Si veda, *inter alia,* D. PATTERSON, *The carbon footprint of machine learning training will plateau, then shrink*, in *IEE Computer Society*, vol. 55, n. 7, 2022, pp. 18-28; R. SCHWARTZ, J. DODGE, N. A. SMITH, O. ETZIONI, *Green AI*, in *Commun of the ACM*, vol. 63, n. 12, 2020, pp. 54-63.

[35] Si veda United Nations. Water scarcity, www.unwater.org/water-facts/water-scarcity, in cui si legge che quello della scarsità di acqua è un problema che ha riguardato 4 miliardi di persone, corrispondenti a circa 2/3 della popolazione globale, per almeno un mese ogni anno.

[36] P. LI, J. YANG, M. A. ISLAM, S. REN, *op cit*.

[37] *Environmental report*, 2023, consultabile all'indirizzo www.sustainability.google/reports/.

[38] U. HÖLZLE, *Our commitment to climate-conscious data center cooling*, 2022.

[39] *Environmental sustainability report*, 2022, consultabile all'indirizzo www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/sustainability/report.

una crescente domanda di energia[40], considerando che, come affermato nel Rapporto 2024 dell'Agenzia internazionale per l'energia[41], si prevede che il consumo globale di elettricità di data center, criptovalute e intelligenza artificiale sarà compreso tra 620 e 1.050 TWh nel 2026. È, pertanto, opportuno chiedersi se le fonti energetiche rinnovabili possano nei prossimi anni soddisfare la domanda energetica dei *data centres*[42]. I *data centres* in cui sono addestrati e situati i server che ospitano molti modelli di IA, specialmente i più grandi come GPT-3 e GPT-4, consumano, infatti, un'enorme quantità di energia elettrica, che corrisponde a circa l'1-2% del totale di energia elettrica utilizzata a livello globale[43]. Inoltre, uno studio recente ha stimato che la domanda globale di IA potrebbe portare a consumare 85-134 Twh di elettricità nel 2027[44]. Se questo accade, anche il consumo di acqua aumenterà esponenzialmente; potrebbero, infatti, essere necessari 4.2 - 6.6 miliardi di metri cubi di acqua nel 2027, che corrisponde a 4-6 volte il consumo di acqua in Danimarca o metà dell'intero Regno Unito[45].

Un ulteriore aspetto problematico per l'ambiente e le popolazioni indigene è rappresentato dall'estrazione delle materie prime necessarie per fabbricare i software e tutte le componenti essenziali a far funzionare i sistemi di IA. L'estrazione del litio è, per esempio, cruciale per produrre le batterie ricaricabili che servono per far funzionare gli oggetti elettronici wireless, come smartphone o assistenti "intelligenti", che a loro volta sono essenziali per generare i dati richiesti per addestrare gli algoritmi di IA e per far funzionare le applicazioni funzionati con l'IA. Oltretutto, l'estrazione di minerali come il litio richiede un'enorme quantità di acqua[46].

[40] Su questo punto gli esperti concordano, anche se non c'è accordo su quanto crescerà la domanda di energia in futuro e su come le nuove tecnologie potranno aiutare a evitare che l'aumento della domanda di energia superi l'offerta. Si veda INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Electricity 2024*, *Analysis and forecast to 2026*, 2024; E. STRUBELL, A. GANESH, A. MCCALLUM, *Energy and Policy Considerations for Deep Learning in NLP*, in *Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics*, 2019, pp. 3645-3650.

[41] International Energy Agency, *Electricity 2024*, cit.

[42] C. ZHAOA, K. DONGA, K. WANGB, R. NEPAL, *How does artificial intelligence promote renewable energy development? The role of climate finance*, in *Energy Economics*, vol. 133, 2024.

[43] A. SHEHABI, S. J. SMITH, N. HORNER, I. AZEVEDO, R. BROWN, J. KOOMEY, E. MASANET, D. SARTOR, M. HERRLIN, W. LINTNER, *United States data center energy usage report*, June 2016.

[44] A. DE VRIES, *The growing energy footprint of artificial intelligence*, Joule, 2023.

[45] The U.K. Department for Environment, Food and Rural Affairs, *Drought explained*, 2023.

[46] Per quanto riguarda l'estrazione del litio nel Deserto di Atacama in Cile, si veda S.

Il tema concernente l'estrazione di materie prime come il litio è, inoltre, interconnesso a quello della duplice natura e delle criticità collegate all'utilizzo di energie rinnovabili. La produzione di energie rinnovabili richiede, infatti, l'estrazione di materie prime normalmente presenti solo nel Sud del mondo, come bronzo, litio, nickel, cobalto e terre rare, e nella maggior parte dei casi, l'estrazione di questi minerali comporta un uso enorme di acqua e l'inquinamento diffuso dell'ambiente circostante, nonché la violazione di alcuni fondamentali diritti umani[47], tanto che questo fenomeno è stato descritto come "*green extractivism*"[48]. Nonostante ciò, l'Unione europea ha espressamente statuito che è necessario intensificare l'estrazione di materie prime a livello globale[49]. Sul punto, si ritiene, pertanto, come parte della dottrina, che l'utilizzo di energie rinnovabili non possa essere l'unica strategia per raggiungere l'obiettivo di un'intelligenza artificiale ecologicamente sostenibile[50].

I sistemi di IA possono, inoltre, provocare danni per l'ambiente in quanto i rifiuti elettronici derivanti dall'uso di strumenti che utilizzano l'IA non sono adeguatamente riciclati o smaltiti. Ricerche e rapporti recenti sottolineano che solo il 22% dei rifiuti elettronici sono riciclati in modo ecocompatibile[51]. Questa situazione è tanto più grave se si tiene conto del fatto che i rifiuti elettronici possono essere tossici, dal momento che contengono sostanze pericolose per la salute come il mercurio, non biodegradabili, e possono, quindi, accumularsi nel suolo, nell'aria, nell'acqua e in altri organismi viventi. Un esempio è rappresentato dai materiali tossici che sono rilasciati nell'ambiente a seguito della combustione di componenti elettronici per ottenere materiali di valore. Queste pratiche espongono, inoltre, i lavoratori[52]

LEHUEDÉ, *An elemental ethics for artificial intelligence: water as resistance within AI's calue chain*, in *AI & Society*, 2024, p. 2.

[47] International Energy Agency, *World Energy Outlook 2022*, 2022, consultabile al seguente indirizzo: www.iea.org/topics/world-energy-outlook.

[48] A. PÉREZ, *Green Deals in a Time of Pandemics: The Future Will Be Contested Now*, Madrid, 2021.

[49] Commissione europea, A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age, 2023.

[50] Sulla nozione di sovranità generale e decolonizzazione, si veda S. LEHUEDÉ, *An alternative planetary future? Digital sovereignty frameworks and the decolonial option*, in *Big Data & Society*, 2024, pp. 1-13.

[51] C. P. BALDÉ ET AL., *Global E-waste Monitor 2024*, International Telecommunication Union (ITU) and United Nations Institute for Training and Research (UNITAR), Geneva/Bonn, 2024.

[52] Per una stima del numero di persone che lavorano informalmente nel settore dei rifiuti elettronici, si veda International Labour Organization, *Decent work in the management of electrical and electronic waste (e-waste)*, 2019.

alla contaminazione da mercurio, berillio, tallio, cadmio e arsenico, oltre che ritardanti di fiamma bromurati (BFR) e bifenili policlorurati, che possono comportare effetti irreversibili per la salute, come tumori, aborti spontanei, danni neurologici e diminuzione del quoziente intellettivo[53]. Ciononostante, i livelli di riciclaggio dei materiali sono estremamente bassi, se si considera che nell'UE, che è uno dei maggiori promotori della politica di riciclaggio dei rifiuti elettronici, solo il 35% dei rifiuti elettronici sono propriamente raccolti e riciclati[54]. A livello globale, solo il 20% dei rifiuti elettronici sono riciclati, mentre non è documentato quale sia la sorte del restante 80%. Sembra probabile che venga sotterrato[55], nonostante i rifiuti elettronici non siano biodegradabili.

A livello legislativo, molti Paesi hanno adottato una legislazione specifica per disciplinare l'uso e il riciclaggio dei rifiuti elettronici; tuttavia, molti Paesi dell'Africa, America Latina o Sud-est asiatico, che sono tra i Paesi in cui viene esportata la maggior parte dei rifiuti elettronici, non hanno una specifica legislazione in materia, oppure non ne monitorano l'attuazione[56].

Per quanto riguarda l'esportazione di rifiuti elettronici in Paesi in via di sviluppo, si applica la Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento, adottata il 22 marzo 1989[57], che è stata ratificata da 188 Stati. Tuttavia, come evidenziato in un recente rapporto, una gran parte di rifiuti elettronici viene comunque esportata illegalmente in Paesi in via di sviluppo[58], e in particolare in Brasile, Nigeria, Senegal, Benin, Costa d'avorio, Gana, Cina, India, Tailandia, Vietnam, Messico ed Egitto[59].

[53] Geneva Environment Network, *The Growing Environmental Risks of E-Waste*, 2024.

[54] Weee Forum, *International E-waste Day*, 2018.

[55] C. P. BALDÉ, V. FORTI, V. GRAY, R. KUEHR, P.A STEGMANN, *The Global E-waste Monitor 2017*, 2017.

[56] Si veda il rapporto *A New Circular Vision for Electronics, Time for a Global Report*, 2019, p. 13, consultabile all'indirizzo online www3.weforum.org/docs/WEF_A_New_Circular_Vision_for_Electronics.pdf.

[57] Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento, adottata il 22 marzo 1989.

[58] *A New Circular Vision for Electronics, Time for a Global Report*, cit., p. 13. Si veda anche S. ODEYINGBO, *Person in the Port Project: Assessing Import of Used Electrical and Electronic Equipment into Nigeria*, Tokyo, 2017.

[59] *A New Circular Vision for Electronics, Time for a Global Report*, cit., p. 14.

5. *Disciplina a livello europeo*

L'uso di sistemi di IA, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, provoca gravi danni all'ambiente e alle popolazioni che vivono nei territori vicino a dove sono situati i *data centres*, dove sono estratte le materie prime necessarie per costruire, addestrare o far funzionare i sistemi di IA o dove vengono abbandonati i rifiuti elettronici, ossia in Paesi terzi in via di sviluppo che spesso dispongono di normative meno stringenti o del tutto assenti, come in alcuni Stati africani, del Sud America o del Sud-est asiatico. Nel caso si voglia effettuare un calcolo effettivo dell'impronta ecologica dei sistemi di IA che vengono utilizzati nell'UE sarebbe pertanto necessario tenere conto anche degli effetti negativi per l'ambiente e gli ecosistemi naturali di Paesi terzi, dato che la maggior parte dei costi negativi per l'ambiente e i diritti delle popolazioni locali sono esternalizzati in Paesi extra-UE. Tuttavia, la disciplina oggi vigente, spesso a scapito della salubrità ambientale dei Paesi extra-UE, non garantisce né che l'UE riduca la propria domanda di materie prime per la produzione di sistemi di IA, né che si usi meno energia e acqua per la produzione e il consumo di tecnologie basate sull'IA che vengono utilizzate sul territorio dell'UE. Nè tantomeno è previsto un sistema efficiente di smaltimento dei rifiuti generati dai sistemi di IA. È per questo motivo che è fondamentale analizzare la disciplina vigente in materia tracciando, seppur senza pretesa di esaustività, una panoramica del contesto legislativo vigente in materia.

La disciplina rilevante in tal senso è rappresentata dal regolamento sull'IA e da una moltitudine di atti legislativi adottati in attuazione del Green Deal, come il regolamento sulle materie prime critiche[60], il regolamento sulla spedizione di rifiuti[61], la direttiva sul dovere di diligenza delle imprese[62] e la direttiva sull'efficienza energetica[63] da leggere in combinato con il regolamento delegato della Commissione[64].

[60] Regolamento (UE) 2024/1252 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, che istituisce un quadro atto a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche.

[61] Regolamento (UE) 2024/1157 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, relativo alle spedizioni di rifiuti; regolamento (UE) 2023/1542 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2023, relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie.

[62] Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859.

[63] Direttiva (UE) 2023/1791, del 13 settembre 2023, sull'efficienza energetica e che modifica il regolamento (UE) 2023/955 (rifusione).

[64] Regolamento delegato (UE) 2024/1364, del 14 marzo 2024, sulla prima fase dell'istituzione di un sistema comune di classificazione dell'Unione per i centri dati.

5.1. *Regolamento sull'IA*

Per quanto riguarda il regolamento sull'IA, che è l'atto di riferimento imprescindibile per quanto riguarda la regolamentazione dei sistemi di IA, ci limiteremo in tale sede a menzionare per quali motivi la disciplina da esso predisposta non è né adeguata a promuovere la circolarità del processo produttivo dei sistemi di IA, né a garantire la sostenibilità ecologica dei sistemi di IA[65].

Prima di analizzare brevemente la disciplina contenuta nel regolamento sull'IA in relazione alla sostenibilità dei sistemi di IA, occorre precisare che il regolamento sull'IA si applica a fornitori e *deployer* di sistemi di IA che «hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati in un Paese terzo, laddove l'output prodotto dal sistema di IA sia utilizzato nell'Unione»[66]. Il regolamento trova, pertanto, applicazione in tutti i casi in cui gli output generati dai sistemi di IA siano utilizzati nell'UE, anche se i *deployer* o i fornitori di sistemi di IA sono situati o stabiliti in un Paese terzo. Questo è rilevante, considerato che gli effetti negativi sull'ambiente, come abbiamo visto *supra*, si ripercuotono nella maggior parte dei casi in Paesi terzi.

Per quanto riguarda la disciplina approntata, essa non sembra adeguata poiché sono presenti diverse lacune a livello legislativo che ne inficiano l'efficacia. Le uniche misure prese in considerazione per valutare l'impatto ambientale dei sistemi di IA sono infatti le seguenti. In primo luogo, è prevista l'elaborazione di standard di normazione «per migliorare le prestazioni dei sistemi di IA in termini di uso delle risorse, come la riduzione del consumo di energia e di altre risorse del sistema di IA ad alto rischio durante il suo ciclo di vita, e sullo sviluppo efficiente sotto il profilo energetico di modelli di IA per finalità generali»[67].

In secondo luogo, si prevede che i fornitori di modelli di IA per finalità generali, siano tenuti a documentare il consumo energetico noto o stimato del modello[68], mentre i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio hanno

[65] Per un'analisi più accurata sul punto si veda C. DI FRANCESCO MAESA, *UE e AI: quali conseguenze per l'ambiente e per i diritti fondamentali?*, in C. GALLESE (a cura di), *AI e Discriminazioni*, New York, in via di pubblicazione.

[66] Art. 2, par. 1, lett. *c*), regolamento sull'IA.

[67] *Ivi*, art. 40, par. 2.

[68] Nel caso in cui il consumo energetico del modello non sia noto, il consumo energetico «può basarsi su informazioni relative alle risorse computazionali utilizzate», Allegato XI, par. 2, lett. *e*) regolamento sull'IA.

l'obbligo di riportare i danni diretti o indiretti all'ambiente e considerarli gravi incidenti[69].

Nel caso di modelli di IA per finalità generali con rischi sistemici, occorre inoltre valutare l'efficienza energetica degli stessi. In tal caso, la Commissione può considerare il consumo energetico noto o stimato del modello[70] ed elaborare una metodologia di misurazione adeguata e comparabile per tali obblighi di comunicazione. Come rilevato, tuttavia, questo requisito si riferisce soltanto all'energia utilizzata durante la fase di sviluppo del modello e non alla fase cosiddetta di inferenza[71], che si riferisce alla procedura necessaria ad un modello che si basa su input e dati stabiliti in precedenza per generare una predizione o un output[72]. Tuttavia, ricerche recenti hanno dimostrato che il consumo di energia durante la fase di inferenza è spesso più ingente di quello relativo alla fase di sviluppo, almeno nel lungo termine, se si considera il consumo totale di energia durante l'uso dei modelli di IA[73]. Un obbligo di comunicazione in tal senso sarebbe pertanto necessario per ridurre il consumo totale di energia dei modelli di IA.

Infine, nel considerando n. 165 si legge che «i fornitori di sistemi di IA non ad alto rischio dovrebbero essere incoraggiati a creare codici di condotta» e che i «fornitori e, se del caso, i *deployer* di tutti i sistemi di IA, ad alto rischio o meno, e modelli di IA dovrebbero inoltre essere incoraggiati ad applicare su base volontaria requisiti supplementari relativi, ad esempio, agli elementi degli orientamenti etici dell'Unione per un'IA affidabile, alla sostenibilità ambientale, alle misure di alfabetizzazione in materia di IA [...]»[74]. I fornitori e *deployer* di IA sono, pertanto, incoraggiati a creare codici di condotta su base volontaria. Tuttavia, in assenza di obblighi giuridici e di un sistema di controllo efficiente, i fornitori e i *deployer* di IA non saranno incentivati a dare priorità ad istanze di natura ambientale piuttosto che a profitti a breve termine.

[69] *Ivi*, art. 3, par. 49, lett. *d*).

[70] *Ivi*, art. 112, par. 6; art. 53, par. 1, lett. *a)* in combinato disposto con l'Allegato XI.

[71] In tal senso, N. ALDER, K. EBERT, R. HERBRICH, P. HACKER, *AI, Climate, and Regulation: From Data Centers to the AI Act,* 2024, in *arXiv preprint*, p. 8.

[72] *Ivi*, p. 3.

[73] S. LUCCIONI, Y. JERNITE, E. STRUBELL, *Power hungry processing: Watts driving the cost of ai deployment?*, in *The 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2024, pp. 85-99; C. J. WU, R. RAGHAVENDRA, U. GUPTA, B. ACUN, N. ARDALANI, K. MAENG, G. CHANG, F. AGA, J. HUANG, C. BAI, *Sustainable ai: Environmental implications, challenges and opportunities*, in *Proceedings of Machine Learning and Systems*, n. 4, 2022, pp. 795-813.

[74] V. il considerando n. 165 del regolamento sull'IA.

In sintesi, il regolamento sull'IA per quanto riguarda la sostenibilità ecologica dei sistemi di IA, si è limitato ad auspicare l'elaborazione di standard di normazione, anziché prevedere requisiti obbligatori o chiari meccanismi coercitivi che ne garantiscano l'attuazione. È, pertanto, dubbia l'effettività di tale approccio[75].

Inoltre, il fatto che sia stato posto l'accento solo sul consumo energetico e non su altri aspetti essenziali, come il consumo eccessivo di acqua, l'inquinamento e l'eccessivo consumo di energia e di acqua derivante dall'estrazione delle materie prime critiche, o l'assenza di meccanismi efficaci per garantire lo smaltimento dei rifiuti elettronici, solleva perplessità quanto alla sua efficacia nel valutare la sostenibilità ambientale dei sistemi di IA. Bisognerebbe, al contrario, abbracciare una visione olistica e prevedere degli indicatori armonizzati che siano in grado di misurare in modo effettivo l'impronta ecologica dei sistemi di IA.

Del pari, nella seconda versione del "Draft General-Purpose AI Code of Practice"[76] per quanto riguarda la sostenibilità ambientale dei sistemi di IA vi è solo un riferimento, al fatto che debba essere indicato il consumo di energia stimato o effettivamente conosciuto[77]. In tale seconda bozza si precisa altresì che è necessario conoscere il luogo in cui sono situati i sistemi hardware che sono usati per addestrare i dati[78].

A ciò occorre aggiungere che il contenuto finale del regolamento sull'IA si discosta da quanto era stato raccomandato nel documento sugli "Orientamenti etici per un IA affidabile" del 2019[79], in cui si sottolineava la necessità di garantire che «il processo di sviluppo, distribuzione e utilizzo del sistema, così come l'intera catena di approvvigionamento»[80] fossero valutati il più possibile secondo la prospettiva della sostenibilità e «responsabilità ecologica»[81], «ad esempio tramite un esame critico dell'uso delle risorse e del consumo energetico durante la fase di addestramento, scegliendo le opzioni

[75] Green Software Foundation, *The EU AI Act: Insight from the Green AI Committee 2024*, consultabile all'indirizzo: www.greensoftware.foundation/articles/the-eu-ai-act-insights-from-the-green-ai-committee.

[76] Second Draft General-Purpose AI Code of Practice, December 2024.

[77] Allegato XI, par. 1.2, lett *e*).

[78] Second Draft General-Purpose, cit., p. 18.

[79] Gruppo Indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea, "Orientamenti etici per un'IA affidabile", 2018, reso pubblico ad aprile 2019.

[80] *Ivi*, par. 84.

[81] *Ivi*, par. 83.

meno dannose e incoraggiando le misure che garantiscano la compatibilità ambientale dell'intera catena di approvvigionamento del sistema di IA»[82]. Al contrario, a livello internazionale, sono state recentemente adottate raccomandazioni, come la raccomandazione dell'UNESCO sull'etica dell'intelligenza artificiale[83] e la raccomandazione del Consiglio sull'intelligenza artificiale dell'OCSE, come modificata nel 2024[84], in cui si precisa che l'impronta ambientale dei sistemi di IA deve essere inclusa tra i principi fondamentali di un'IA responsabile e affidabile.

Dall'analisi che precede, si desume pertanto che le misure previste nel regolamento sull'IA non sono sufficienti a garantire che i sistemi di IA siano rispettosi dell'ambiente e dei principi di economia circolare, in quanto si limitano a stabilire standard di normazione, anziché requisiti obbligatori, oppure a prevedere meccanismi volontari di creazione di codici di condotta e sono connotate dall'assenza di meccanismi coercitivi effettivi.

5.2. *Atti legislativi UE adottati in attuazione del Green Deal europeo*

La normativa adottata in attuazione del Green Deal europeo, del pari, non risponde adeguatamente all'esigenza di garantire che il processo produttivo che porta alla creazione di sistemi di IA sia circolare. Al riguardo, occorre premettere che non si intende analizzare il contenuto di tutti gli atti legislativi adottati in attuazione del Green Deal europeo, dati i limiti di spazio. Ci limiteremo soltanto a fornire una panoramica delle lacune legislative esistenti in merito alla sostenibilità ecologica dei sistemi di IA che abbiamo riscontrato negli atti che riguardano specificamente l'oggetto della nostra analisi. A tal fine ci soffermeremo, in particolare, ad analizzare le carenze legislative per quanto riguarda la previsione di regole di circolarità dei componenti necessari a sviluppare e far funzionare i sistemi di IA del regolamento sulle materie prime critiche, il regolamento sulla spedizione di rifiuti, la direttiva sul dovere di diligenza delle imprese e la direttiva sull'efficienza energetica da leggere in combinato con il regolamento delegato della Commissione sulla prima fase dell'istituzione di un sistema comune di classificazione dell'Unione per i centri dati.

Per quanto riguarda l'estrazione di materie prime, a livello europeo è

[82] *Ivi*, par. 84.

[83] V. UNESCO, Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, 23 November 2021, punti 84, 86, pp. 30-31.

[84] V. OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, May 2024, punto 1.1.

stato recentemente adottato un regolamento volto a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche. Pur senza esaminare nel dettaglio il regolamento, ci limiteremo a sottolineare le principali novità apportate e i problemi irrisolti dall'atto europeo per quanto rileva per l'analisi che stiamo svolgendo. L'obiettivo generale è quello di «garantire l'accesso dell'Unione a un approvvigionamento sicuro, resiliente e sostenibile di materie prime critiche, anche favorendo l'efficienza e la circolarità lungo tutta la catena del valore»[85], potenziando le catene di approvvigionamento nazionali e rafforzando l'impegno internazionale per sviluppare partenariati adeguati con i Paesi terzi. A tal fine, in primo luogo, sono individuate una serie di materie prime critiche[86] e una serie di materie prime strategiche[87] essenziali per le tecnologie per la transizione verde e digitale. In secondo luogo, è incoraggiato il rafforzamento della catena del valore delle materie prime, dall'estrazione alla raffinazione, fino alla trasformazione e al riciclaggio sul territorio degli Stati membri dell'UE[88]. In terzo luogo, è aumentata la capacità di monitoraggio dell'UE e sono garantite misure per costituire scorte strategiche e promuovere investimenti e scambi sostenibili[89]. Infine, viene incentivata l'adozione e la diffusione di tecnologie pionieristiche nelle materie prime critiche, e viene promosso il riciclaggio delle materie prime critiche[90]. Al fine di garantire la sostenibilità delle materie critiche, inoltre, viene promosso un sistema di certificazione che garantisca la sostenibilità delle materie prime sul mercato dell'UE[91]. Per quanto riguarda l'importazione di materie prime critiche da Paesi terzi, da cui l'UE è fortemente dipendente, inoltre, l'UE si impegna a cercare partenariati vantaggiosi con i Paesi emergenti e le economie in via di sviluppo e si impegna a promuovere catene del valore sicure, resilienti, economicamente accessibili e diversificate per l'UE nei Paesi terzi[92].

Tuttavia, sebbene il nuovo regolamento promuova la circolarità e un uso più sostenibile delle materie prime, vi sono alcune criticità da rilevare per quanto riguarda la questione oggetto di analisi. In primo luogo, nonostante la maggior parte delle materie prime utilizzate nei processi produttivi

[85] Art. 1, regolamento 2024/1252, cit.
[86] *Ivi*, art. 4.
[87] *Ivi*, art. 3.
[88] *Ivi*, Capo III, art. 5 ss.
[89] *Ivi*, Capo IV, art. 20 ss.
[90] *Ivi*, art. 26 ss.
[91] *Ivi*, art. 30 ss.
[92] *Ivi*, art. 37.

nell'Unione derivi da Paesi terzi e, in particolare da territori in cui vivono comunità indigene locali, nel testo del regolamento non vi è alcuna menzione alla necessità di richiedere un previo, libero e informato consenso alle comunità locali indigene. Queste ultime e l'ecosistema in cui vivono sono pertanto a rischio a loro insaputa in assenza di una specifica previsione legislativa che preveda l'obbligo di richiedere previamente il loro consenso. Benché questo in alcuni casi possa comunque avvenire in pratica, dovrebbe, infatti, essere un obbligo sancito nel testo quello di prendere in considerazione la loro opinione dato che è direttamente interessato l'ecosistema in cui vivono.

In secondo luogo, è preoccupante constatare che sia stato attribuito un ruolo fondamentale ai sistemi di certificazione per verificare la conformità dei progetti strategici ai criteri di sostenibilità[93]. Alcuni studi, infatti, provano che questo non è un sistema che garantisce il rispetto dei diritti umani e di standard ambientali elevati, a causa della composizione degli enti certificatori e delle regole non sempre chiare concernenti gli standard utilizzati[94]. Inoltre, in un caso come quello oggetto di esame è ancora più importante prestare attenzione alla composizione degli enti certificatori e agli standard ambientali che vengono adottati per ottenere queste certificazioni, dato che quando il processo di certificazione si svolge in Paesi terzi, spesso la normativa in materia ambientale non è adeguata a proteggere le risorse del territorio[95]. Infine, anche nel caso in cui si faccia ricorso ad enti certificatori, si ritiene che questo non dovrebbe essere il solo indicatore per valutare se i diritti fondamentali e gli standard ambientali minimi e adeguati siano stati rispettati[96].

[93] *Ivi*, artt. 30-31, allegati III-IV regolamento.

[94] P. ROTT, *Certification – Trust, Accountbaility, Liability*, Cham, 2019; E. LACHAUD, *What GDPR tells about certification*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 38, 2020. Per quanto riguarda gli standard e le certificazioni di sistemi di IA, si veda M. GORNET, W. MAXWELL, *The European approach to regulating AI through technical standards*, in *Internet Policy Review*, vol. 13, n. 3, 2024; C. MÜLLER HOFF, *Human rights fitness of the auditing and certification industry? A cross-sectoral analysis of current challenges and possible responses*, in *European Center for Costitutional Human Rights*, 2021; I. KAMARA, R. LEENES, E. LACHAUD, K. STUURMAN, M. VAN LIESHOUT, G. BODEA, *Data Protection Certification Mechanisms Study on Articles 42 and 43 of the Regulation (EU) 2016/679*, Bruxelles, 2019.

[95] P. BUNDI, S. BONNY, T. WIDMER, *Evaluation of NGO Certifications for the International Cooperation Strategy 2025-2028, Final Report for the Swiss Agency for Development and Cooperation*, Zurich, 2023; A. BALCKMAN, L. GOFF, M. RIVERA PLANTER, *Does eco-certification stem tropical deforestation? Forest Stewardship Council certification in Mexico*, in *Journal of Environmenta Economics and Management*, vol. 89, n. 5, 2018, pp. 306-333.

[96] Si veda in tal senso, Critical Raw Materials Act, *T&E Recommendations on*

Un altro atto importante da considerare ai fini dell'analisi è rappresentato dalla direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità. Gli obiettivi principali della direttiva sono quello di promuovere un comportamento sostenibile e responsabile delle imprese e quello di radicare i diritti umani e le considerazioni ambientali nelle operazioni e nel governo societario delle imprese. La direttiva, inoltre, è volta a garantire che le imprese affrontino gli effetti negativi delle loro azioni, anche nelle loro catene del valore, sia all'interno che all'esterno del perimetro europeo. In base alla direttiva, il dovere di diligenza è basato sul rischio e quindi commisurato alla gravità e alla probabilità dell'impatto negativo; quando la probabilità e la gravità di un impatto negativo sono elevate, dunque, il dovere di diligenza assumerà una scala più ampia. Inoltre, la dinamicità di tale obbligo impone alle imprese di migliorare progressivamente ed implica il coinvolgimento attivo degli stakeholder e una comunicazione continuativa.

Tuttavia, in primo luogo, la direttiva si applica alle imprese finanziarie solo per la parte a monte delle loro catene di attività[97]. Non si considera, pertanto, l'impatto degli investimenti, prestiti o altri strumenti finanziari che esse erogano nonostante siano proprio questi i settori in cui il settore finanziario rischia di impattare in modo negativo di diritti umani e l'ambiente.

In secondo luogo, per quanto riguarda l'ambito di applicazione della direttiva con riguardo ai sistemi di IA, essa impone alle imprese di considerare gli impatti negativi sui diritti umani e gli impatti ambientali negativi generati durante la maggior parte del ciclo di vita della produzione, della distribuzione, del trasporto e dell'immagazzinamento di un prodotto o della prestazione del servizio[98], ma non quelli derivanti dall'uso dei prodotti e servizi, che è il caso che rileva maggiormente con riguardo ai sistemi di IA. La violazione dei diritti umani e le violazioni ambientali causate dai sistemi di IA concernono, infatti, la fase di utilizzo degli algoritmi e dei sistemi di IA e non quelle precedenti del ciclo di vita del prodotto. Questo settore risulta, tuttavia, escluso dall'ambito di applicazione della direttiva.

Per quanto riguarda i rifiuti elettronici rileva, inoltre, il regolamento relativo alle spedizioni di rifiuti e il regolamento relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie. Il primo stabilisce «le procedure e i regimi di controllo per le spedizioni di rifiuti in funzione dell'origine, della destinazione e

Commission's draft, consultabile online al seguente indirizzo: www.transportenvironment.org/uploads/files/2023_04_CRM_position_paper.pdf.

[97] V. il considerando n. 26 della direttiva (UE) 2024/1760, cit.

[98] *Ivi*, art. 3, par. 1, lett. *g*).

dell'itinerario di spedizione, del tipo di rifiuti e del tipo di trattamento da applicare ai rifiuti nel luogo di destinazione»[99] e si applica anche alle spedizioni di rifiuti esportati dall'Unione verso Paesi terzi[100]. Al riguardo, il regolamento sancisce il divieto per gli Stati membri di esportare rifiuti destinati allo smaltimento verso paesi terzi e di esportare rifiuti pericolosi destinati al recupero verso paesi non appartenenti all'OCSE[101]. Per le spedizioni al di fuori degli Stati membri dell'UE, è stato deciso che gli impianti di gestione dei rifiuti nel paese di destinazione dovrebbero essere sottoposti ad audit condotti da soggetti indipendenti[102]. Solo nel caso in cui gli audit dimostrino che gli impianti trattano i rifiuti in modo ecologicamente corretto gli operatori sarebbero autorizzati a esportare rifiuti verso tali impianti[103]. In base al regolamento, la Commissione dovrebbe creare un registro contenente informazioni aggiornate sugli impianti che sono stati oggetto di un audit per aiutare gli esportatori di rifiuti a preparare le spedizioni[104].

Tuttavia, sebbene la legislazione ponga le basi per migliorare il problema dei rifiuti, bisogna considerare il problema del commercio illegale di rifiuti. In base a dati recenti, tra il 15% e il 30% delle spedizioni di rifiuti è, infatti, illegale[105] e le spedizioni che non sono monitorate sfuggono ai controlli e hanno maggiori probabilità di essere smaltite o trattate in modo improprio, il che aumenta i rischi ambientali.

Per quanto riguarda la regolamentazione dei *data centres*, in forza di quanto prevista dalla direttiva emendata nel 2023 sull'efficienza energetica e dal regolamento delegato "sulla prima fase dell'istituzione di un sistema comune di classificazione dell'Unione per i centri dati"[106], che tuttavia si applica solo ai *data centres* situati sul territorio UE[107], sono previsti una serie di obblighi informativi. In particolare, in base al combinato disposto di questi due atti, i titolari e gestori di *data centres* "con una domanda di potenza di tecnologia dell'informazione (IT) installata pari ad almeno 500 kW" situati sul territorio degli Stati membri sono da questi ultimi obbligati a rendere pubbliche con cadenza annuale alcune informazioni, tra cui la prestazione

[99] Art. 1, regolamento (UE) 2024/1157.
[100] *Ivi*, art. 2, par. 1, lett. *c*).
[101] *Ivi*, art. 40.
[102] *Ivi*, art. 46 regolamento (UE) 2024/1157.
[103] *Ibidem*.
[104] V. il considerando n. 53 del regolamento (UE) 2024/1157, cit.
[105] ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_215918.
[106] Regolamento delegato (UE) 2024/1364, cit.
[107] *Ivi*, art. 1.

del data centre nell'ultimo anno civile in base agli «indicatori chiave relativi»[108]. Tra questi ultimi figurano il consumo di energia, l'utilizzo della potenza, i valori di impostazione della temperatura e «l'uso di calore di scarto, acqua ed energia rinnovabile»[109]. Inoltre, si devono comunicare alla banca dati europea le informazioni e gli indicatori chiave di prestazione definiti nel regolamento delegato al fine di istituire «un sistema comune dell'Unione per classificare la sostenibilità dei centri dati nell'Unione e di una metodologia comune di misurazione e calcolo»[110]. Tra gli indicatori da monitorare, raccogliere e comunicare alla banca dati europea sui centri dati è incluso anche il consumo energetico totale del centro dati, che comprende «l'uso di energia elettrica, combustibili e altre fonti energetiche utilizzate per il raffreddamento»[111] nonché l'apporto totale di acqua[112].

La disciplina concernente i *data centres* rappresenta, pertanto, un passo importante nella regolamentazione degli effetti negativi sull'ambiente dei *data centres*. Tuttavia, non risulta sufficiente per i seguenti motivi. In primo luogo, come rilevato da alcuni autori[113], l'assenza di obiettivi vincolanti da raggiungere per quanto riguarda l'efficienza e l'uso di energie rinnovabili a livello europeo rappresenta una limitazione importante. La scelta se predisporre tali obiettivi vincolanti è, infatti, interamente rimessa ai legislatori nazionali. In assenza di una legislazione uniforme a livello europeo e di obiettivi vincolanti da raggiungere, pertanto, il consumo di acqua ed energia elettrica da parte dei centri dati potrebbe continuare a rimanere molto elevato. In secondo luogo, la disciplina si applica ai *data centres* situati sul territorio dell'UE. Sono, pertanto, esclusi i danni ambientali negativi, di cui si è parlato diffusamente *supra*[114], che sono causati dai *data centres* situati in Paesi terzi, nonostante gli output ivi generati dai sistemi di IA siano utilizzati nell'UE. Non risulta, pertanto, dirimente a risolvere i problemi rilevati in seno alla presente analisi.

Da questa breve panoramica, si desume, pertanto, che le norme esaminate che sono state adottate in attuazione del Green Deal non sono adeguate ad evitare le conseguenze negative per l'ambiente e per i diritti fondamentali dei soggetti residenti in Paesi terzi causate dai data center e dalle attività di estrazione e smaltimento dei rifiuti collegate ai sistemi di IA.

[108] Art. 12 e Allegato VII della direttiva (UE) 2023/1791, cit.

[109] *Ivi*, allegato VII, lett. *c)*.

[110] Art. 1, regolamento delegato (UE) 2024/1364.

[111] *Ivi*, allegato III, par. 1, lett. *d)*.

[112] *Ivi*, allegato III, par. 1, lett. *h*).

[113] N. ALDER, K. EBERT, R. HERBRICH, P. HACKER, *op. cit.*, p. 6.

[114] Si veda il paragrafo 3.

6. *Diritti fondamentali lesi e portata extraterritoriale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*

Dall'analisi che precede si desume che un uso non ecologicamente sostenibile dei sistemi di IA, oltre a provocare gravi danni per l'ambiente dei Paesi terzi in cui sono localizzati i *data centres*, in cui sono estratte le materie prime necessarie e in cui sono illegalmente abbandonati i rifiuti, lede altresì i diritti fondamentali delle popolazioni che vivono su quei territori. In particolare, risultano lesi il diritto a bere acqua potabile, che è riconducibile al diritto a vivere una vita dignitosa, di cui agli articoli 1 e 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora innanzi "Carta"), il diritto a vivere in un ambiente salubre, che è desumibile in via interpretativa dal combinato disposto dell'art. 37 della Carta e dagli articoli 3, par. 3 TUE e 191 TFUE, e il diritto alla salute, di cui all'art. 35 della Carta[115]. In tale sede ci soffermeremo, in particolare, sulla definizione dei primi due diritti menzionati e valuteremo se, e nel caso di risposta affermativa, a che condizioni, i diritti fondamentali contenuti nella Carta abbiano portata extraterritoriale.

6.1. *Diritti dell'Unione violati*

Il diritto a bere acqua potabile è messo a repentaglio dall'enorme consumo di acqua, perlopiù potabile, da parte dei *data centres*. Come descritto *supra*, un consumo così ingente di acqua rischia, infatti, di privare la popolazione locale che vive vicino alle sedi dei *data centres* della possibilità di bere acqua potabile[116]. Come abbiamo visto, inoltre, anche l'estrazione di materie prime come il litio richiede un'enorme quantità di acqua[117].

Il diritto a bere acqua potabile deve essere considerato un diritto

[115] Risultano violati anche altri diritti quali i diritti di coloro che lavorano in condizioni non dignitose nelle miniere in cui si estraggono le materie prime necessarie o che si occupano dello smaltimento, spesso illegale, dei rifiuti. A. M. DOMINGUES, R. GABBAY DE SOUZA, J. V. ROJAS LUIZ, *Lifecycle social impacts of lithium-ion batteries: Consequences and future research agenda for a safe and just transition*, in *Energy Research & Social Science,* vol. 118, 2024; report of the nonprofit Organization Global Witness, *A rush for Lithium in Africa*, www.globalwitness.org/en/campaigns/transition-minerals/a-rush-for-lithium-in-africa-risks-fuelling-corruption-and-failing-citizens/; O. HAILES, *Lithium in International Law: Trade, Investment, and the Pursuit of Supply Chain Justice*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 25, 2022, pp. 148-170.

[116] Si veda sul punto S. LEHEUDÉ, *With Google as My Neighbor, Will There Still be Water?*, cit., p. 26.

[117] Si veda *supra* par. 3.

fondamentale tutelato dalla Carta anche se non è espressamente annoverato tra i diritti riconosciuti dalla Carta. Esso è riconducibile al diritto alla vita, e più nello specifico al diritto a vivere una vita dignitosa, per cui deve essere tutelato grazie alla lettura congiunta degli articoli 1 e 2 della Carta. Questa interpretazione è stata avallata anche in una risoluzione del Parlamento europeo di ottobre 2022[118], in cui si qualifica l'accesso all'acqua quale diritto umano, sulla scorta di quanto riconosciuto dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite che ha riconosciuto il diritto all'acqua potabile quale diritto umano essenziale al pieno godimento della vita e di tutti i diritti umani[119].

Come espressamente riconosciuto dal Parlamento europeo, infatti, «l'accesso all'acqua potabile pulita è indispensabile per una vita sana e dignitosa ed è essenziale per sviluppare la dignità umana». Pertanto, «il diritto all'acqua rappresenta una condizione necessaria fondamentale per il godimento di altri diritti, e […] come tale deve essere guidato da una logica di interesse pubblico e beni comuni». Il rispetto di questo diritto, come è stato evidenziato dal Parlamento europeo, comporta la necessità di fornire maggiori informazioni e trasparenza in merito all'impatto dei prodotti sulla «sostenibilità delle risorse idriche, anche in termini di impronta idrica»[120]; anche l'impronta idrica dei *data centres* dovrebbe, pertanto, essere calcolata, considerato che l'obiettivo della circolarità a cui si ispira la strategia dell'UE sull'economia circolare concerne tutto il ciclo di vita dei prodotti, in questo caso dei sistemi di IA[121]. Nella risoluzione si sottolinea altresì che le imprese europee devono rispettare gli stessi obblighi giuridici in materia di rafforzamento e dovere di diligenza nei Paesi terzi. A tal proposito, rileva la disciplina stabilita dalla direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità[122].

Il diritto a bere acqua potabile, inoltre, è strettamente collegato all'altro diritto che rileva ai fini dell'analisi che stiamo svolgendo, ossia il diritto a

[118] V. risoluzione del Parlamento europeo, del 5 ottobre 2022, sull'accesso all'acqua in quanto diritto umano - dimensione esterna, punto 35.

[119] V. risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 28 luglio 2010, *The human right to water and sanitation*, n. 64, 292.

[120] Risoluzione del Parlamento europeo sull'accesso all'acqua in quanto diritto umano, cit., punto 35.

[121] Per quanto riguarda il ciclo di vita dei sistemi di IA, S. LEHEUDÉ, *With Google as My Neighbor, Will There Still be Water?*, cit., p. 26. Per il riferimento all'economia circolare, M. MONTINI, *op. cit.*, p. 3257 ss.

[122] Per i rilievi critici sul contenuto precettivo della direttiva, si veda *supra* il paragrafo 4.2.

vivere in un ambiente pulito, sano e sostenibile. Quest'ultimo rappresenta infatti «una condizione abilitante per conseguire l'obiettivo di garantire acqua potabile sicura e servizi igienico-sanitari per tutti»[123]. Esso è tuttavia messo a repentaglio dall'inquinamento dell'ambiente dovuto a sostanze tossiche che derivano dall'estrazione di materie prime, dallo smaltimento illegale dei rifiuti e dallo sversamento nel terreno adiacente ai *data centres* di acqua contaminata da sostanze chimiche tossiche.

Il diritto a vivere in un ambiente salubre non è espressamente riconosciuto né nel Trattato sull'Unione europea, né nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, né nella Carta. Esso si può tuttavia desumere in via interpretativa, come recentemente auspicato da istituzioni e organi dell'UE[124], da una lettura congiunta delle norme di diritto primario dell'UE, così come interpretate di recente dalla Corte di giustizia dell'UE. Il riconoscimento dell'esistenza di tale principio permetterebbe tra l'altro al diritto UE di allinearsi ai recenti sviluppi a livello internazionale[125]. Il 26 luglio 2022, infatti, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato, con il voto favorevole dei 27 Stati membri dell'UE una risoluzione di fondamentale importanza, in cui ha espressamente stabilito che il diritto ad un ambiente pulito, sano e sostenibile è un diritto umano da tutelare[126].

Alla stregua di quanto era già stato affermato dal Comitato economico e sociale europeo[127], nella risoluzione si riconosce che «il degrado ambientale, il cambiamento climatico, la perdita di biodiversità, la desertificazione e lo sviluppo insostenibile rappresentano alcune delle più gravi minacce per le generazioni presenti e future di poter godere effettivamente di qualsiasi diritto umano»[128]. Nella risoluzione è stato pertanto chiarito l'indissolubile

[123] Risoluzione del Parlamento europeo, sull'accesso all'acqua in quanto diritto umano, cit., punto 9.

[124] Il riferimento è al parere del Comitato economico e sociale e alla risoluzione del Parlamento europeo di cui si parla oltre nel testo.

[125] Per un'analisi dell'evoluzione del diritto ad un ambiente salubre a livello internazionale e di diritto dell'Unione, si veda O. QUIRICO, *A Healthy Environment, a Healthy Cimate, and the Right to Health, European Union and International Developments*, in K. BOSSELMANN, K. GWIAZDON, V. ZAMBRANO (eds.), *Ecological Integrity and International Law: Peace, Public Health and Global Security*, London, 2025.

[126] V. risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, 26 July 2022.

[127] EESC information report, *Environmental protection as a prerequisite for respect for fundamental rights*, 8 December 2021.

[128] V. risoluzione delle Nazione Unite, *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, cit., p. 3.

legame che esiste tra qualità dell'ambiente, salute degli individui e possibilità di godere pienamente dei diritti umani.

Tale concetto è stato ribadito anche nel parere del Comitato economico e sociale europeo del 2023[129], in cui si è sottolineato che un'adeguata qualità dell'ambiente è essenziale per tutelare il diritto alla salute umana e l'UE ha il dovere di salvaguardare questo diritto. In tal senso, si è espressa anche l'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni della causa *JP/Ministre de la Transition écologique*, in cui ha precisato che in capo all'UE incombono obblighi di tutela dell'ambiente e della sanità pubblica, in forza dell'art. 3, par. 3 TUE, dell'art. 191, parr. 1 e 2 TFUE, e degli articoli 2, 3 e 37 della Carta[130]. Di conseguenza, a differenza di quanto, in seguito, ha statuito la Corte[131], in base alla ricostruzione dell'Avvocato generale, i singoli per far valere il rispetto dei propri diritti corrispondenti agli obblighi incombenti all'UE, godono della tutela giurisdizionale garantita dal sistema di rimedi giurisdizionali dell'UE[132], nei casi e alle condizioni previste[133]. Lo stesso ragionamento

[129] Parere del Comitato europeo economico e sociale sul diritto ad un ambiente sano nell'Unione europea, soprattutto nel contesto della guerra in Ucraina, del 29 giugno 2023.

[130] Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 5 maggio 2022, C-61/21, *JP/ Ministre de la Transition écologique*, par. 73, in cui richiama anche la sentenza Corte giust. 26 giugno 2019, C-723/17, *Craeynest e a.*, punto 33, e le proprie conclusioni nella causa *Craeynest e a.*, par. 53.

[131] Corte giust. 22 dicembre 2022, C-61/21, *JP/Ministre de la Transition écologique*, in cui la Corte ha affermato che gli obblighi di cui alle direttive 2008/50, 96/62, 1999/30, 80/779 e 85/203 «non consentono di ritenere che, nel caso di specie, a singoli o a categorie di singoli siano stati implicitamente conferiti, in forza di tali obblighi, diritti individuali la cui violazione possa far sorgere la responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli» (punto 56). Si veda P. DE PASQUALE, *"Francovich ambientale"? Sarà per un'altra volta. Considerazioni a margine della sentenza Ministre de la Transition écologique*, in *BlogDUE*, 2023; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Contenzioso climatico e diritti umani: il ruolo delle corti europee sovranazionali,* in *federalismi.it*, n. 8, 2023, pp. 272-281; M. PAGANO, *Human rights and ineffective public duties: the Grand Chamber judgment in JP v. Ministre de la Transition écologique*, in *ELB Blogpost*, n. 7, 2023; L. CIANCI, *Tra salubrità dell'aria e salute umana. Prime note su JP c. Ministre de la Transition écologique et Premier ministre*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2023, p. 91 ss.

[132] Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, *JP/Ministre de la Transition écologique*, sopra citate, par. 76. A sostegno di tale posizione, l'Avv. gen. Kokott cita le seguenti sentenze della Corte: Corte giust. 25 luglio 2008, C-237/07, *Janecek*, punti 37 e 38; 19 novembre 2014, C-404/13, *ClientEarth*, punti 52 e 54; *Craeynest e a.*, sopra citata, punti 31, 53 e 54; 19 dicembre 2019, C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, punti 33, 39 e 54.

[133] In base a quanto stabilito dall'Avvocato generale, deve, per esempio, essere provato il nesso causale secondo le conclusioni Avv. gen. Kokott, *JP/Ministre de la Transition écologique*, sopra citate, par. 126 e seguenti.

effettuato nella causa appena citata con riguardo alla qualità dell'aria si estende inoltre al di là della qualità dell'aria, in quanto, in generale, il degrado ambientale è una delle maggiori cause di malattia e morte nel mondo[134].

Tale interpretazione è stata confermata anche nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia nel caso *Ilva*, così come il formale riconoscimento di tale diritto è stato auspicato dal Comitato economico e sociale europeo, il quale ha ritenuto che da una lettura congiunta degli articoli 3, par. 3 e 21, par. 2 del TUE, degli articoli 11 e 191 del TFUE, e dell'art. 37 della Carta, così come da altre disposizioni della Carta, quali gli articoli 2, 3, 35 e 38, sia possibile desumere l'esistenza del diritto ad un ambiente pulito, salubre e sostenibile[135].

Invero, dal punto di vista letterale nessuna di queste disposizioni espressamente prevede il diritto soggettivo degli individui ad un ambiente salubre. L'art. 37 della Carta[136] non riconosce un diritto soggettivo alla tutela dell'ambiente, ma contiene un principio, secondo la distinzione chiarita nelle Spiegazioni relative alla Carta[137]. In quanto principio, esso, in linea generale, non può quindi dare adito a «pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri», ma può essere attuato solo tramite atti legislativi o esecutivi, che assumono rilevanza per il giudice solo quando sono interpretati o sottoposti a controllo[138]. La stessa

[134] European Environment Agency, *Air Quality in Europe 2021: Health impacts of air pollution in Europe*, 2021; European Environment Agency, *Health risks caused by environmental noise in Europe*, 2020.

[135] Parere del Comitato europeo economico e sociale sul diritto ad un ambiente sano nell'Unione europea, soprattutto nel contesto della guerra in Ucraina, par. 2.2.3.

[136] Sull'art. 37 della Carta, si veda B. POZZO, *L'art. 37 della Carta di Nizza e la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale*, in *I diritti fondamentali in Europa*, *Atti del XV Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato*, Milano, 2001, pp. 179-180; M. RENNA, *Ambiente e territorio*, in *RGA*, n. 3, 2009, p. 660; S. BOGOJEVIC, *EU Human Rights Law and Environmental Protection: The Beginning of a Beautiful Friendship?*, in S. DOUGLAS SCOTT, N. HATZIS (eds.), *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, Cheltenham, 2017, p. 452.

[137] Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, del 14 dicembre 2007, spiegazione dell'art. 52 della Carta.

[138] Sul punto, si vedano *ex multis,* M. CONDINANZI, *Diritti, principi, e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 71; B. NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *EP*, n. 1, 2021, p. 86 ss.; C. AMALFITANO, *Principi e diritti nella Carta e principi generali: sovrapposizioni,*

preoccupazione, ossia se la norma sia di tipo programmatico o sia da considerarsi un obbligo giuridico posto a carico delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri che danno attuazione al diritto dell'Unione, si riscontra anche in relazione ad un altro principio che si ricollega all'art. 37 della Carta, ossia il principio di integrazione, di cui all'art. 11 TFUE[139], in base al quale le esigenze ambientali devono essere integrate nelle altre politiche dell'Unione. Al proposito, a differenza di quanto ritenuto dall'Avvocato generale Jacobs nel caso *Preussen Elektra*[140], la Corte di giustizia[141] ha ribadito il ruolo del principio di integrazione quale criterio interpretativo che può essere invocato nel caso di bilanciamento tra diversi interessi confliggenti[142],

interferenze e assimilazioni, in G. LATTANZI, G. GRASSO, S. LEMBO, M. CONDINANZI, C. AMALFITANO (a cura di), *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, Roma, 2022, p. 31 ss.; A. BAILLEUX, *Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes*, in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2018, p. 1287 ss.

[139] Sul principio di integrazione, si veda M. MONTINI, *op. cit.*, p. 3259; S. IZZO, *Il principio di integrazione ambientale nel diritto comunitario*, Napoli, 2006; A. EPINEY, *Environmental Principles*, in R. MACRORY (ed.), *Reflections of 30 Years of EU Environmental Law*, Groningen, 2005, pp. 19-39; S. AMADEO, *Articolo 11 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 407-414; P. A. PILLITU, *Articolo 11 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 173-175; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, 2016, p. 21; C. VOIGT, *Article 11 in Light of the Principle of Sustainable Development in International Law*, in B. SJÅFJELL, A. WIESBROCK (eds.), *The Greening of European Business Under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously*, Abingdon, 2015, p. 31; B. SJÅFJELL, *The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States*, in B. SJÅFJELL, A. WIESBROCK (eds.), *op. cit.*, p. 51 ss; V. KARAGEORGOU, *The Environmental Integration Principle in EU Law: Normative Content and Functions also in Light of New Developments such as the European Green Deal*, in *EP*, vol. 8, n. 1, 2023, pp.159-189.

[140] Conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs, del 26 ottobre 2000, C-379/98, par. 231.

[141] La Corte ha tuttavia statuito in un'altra decisione che l'allora art. 6 TCE (ora art. 11 TFUE), «sottolinea il carattere trasversale e fondamentale» del principio di integrazione. Si veda, Corte giust. 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione/Consiglio*, punto 42.

[142] Corte giust. 13 marzo 2001, C-379/98, *PreussenElektra AG/Schhleswag AG*; 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus*, punto 57. J. H. JANS, H. H. B. VEDDER, *European Environmental Law: After Lisbon*, Groningen, 2012, p. 27; F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione*, in *I Quaderni del Corso di perfezionamento in Diritto dell'Unione europea dell'Università di Napoli "Federico II"*, 2020, pp. 105-108; M. ONIDA, *Articolo 37, Tutela dell'ambiente*, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione* europea, Milano, 2017, pp. 703-705; M. WASMEIER, *The Integration of Environmental Protection as a General Rule for Interpreting Community Law*, in *CMLR*, vol. 38, n. 1, 2001, pp. 159-177.

per cui potrebbe essere utilizzato a tutela degli interessi di natura ambientale anche al di fuori del contesto della normativa specificamente dedicata alla protezione dell'ambiente[143].

Del pari, l'art. 191 TFUE evidenzia la stretta correlazione che esiste tra tutela dell'ambiente e la tutela della salute umana, ma anche in tal caso il riferimento è alle politiche dell'Unione e alle istituzioni competenti a adottare atti legislativi e non ai singoli individui che vogliano far valere il proprio diritto a vivere in un ambiente salubre. Una lettura congiunta di questa disposizione con l'art. 11 TFUE e l'art. 37 della Carta, letti alla luce dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile, potrebbe, tuttavia, avvalorare un'interpretazione in chiave evolutiva di queste disposizioni e portare ad affermare che all'obbligo delle istituzioni europee di garantire un elevato livello di tutela dell'ambiente, il miglioramento della sua qualità e un elevato livello di protezione della salute umana corrisponda il relativo diritto dei singoli a vivere in un ambiente sano.

Questa conclusione è stata sostenuta anche dal Parlamento europeo, il quale ha affermato che «il diritto ad un ambiente sano [dovrebbe] essere riconosciuto dalla Carta»[144]. A supporto di tale interpretazione sono rilevanti anche l'art. 3, par. 3 TUE, il quale prevede che l'UE si «adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su […] un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» e l'art. 21, par. 2 TUE, in base al quale l'Unione deve garantire un elevato livello di tutela dell'ambiente e assicurare lo sviluppo sostenibile anche quando agisce sulla scena internazionale, quindi in ambito di azione esterna dell'Unione[145].

In tale contesto, la Corte di giustizia ha recentemente affermato nel caso *Ilva* che esiste uno stretto legame tra protezione dell'ambiente e protezione della salute umana, di cui rispettivamente all'art. 37 e 35 della Carta, secondo quanto previsto dall'art. 191 TFUE. La Corte ha, infatti, affermato che alla luce «un livello elevato di protezione della salute umana non può essere conseguito senza un livello elevato di tutela dell'ambiente, conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»[146].

La Corte ha riconosciuto, pertanto, l'interdipendenza tra il diritto alla salute e un elevato livello di protezione dell'ambiente «conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Inoltre, rimarcando lo stretto

[143] M. ONIDA, *op. cit.*, pp. 703-705; F. ROLANDO, *op. cit.*, pp. 105-108.

[144] Risoluzione del Parlamento europeo, del 9 giugno 2021, sulla strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030, par. 143.

[145] Art. 21, par. 2, lett. *f)* TUE.

[146] Corte giust. 25 giugno 2024, C-626/22, punto 72.

collegamento esistente tra tutela dell'ambiente e tutela della salute, la Corte ha statuito che il termine "inquinamento" si riferisce sia ai danni che possono colpire l'ambiente che a quelli che possono colpire la salute umana[147]. Con questa pronuncia, la Corte pone, pertanto, le basi per un'interpretazione grazie alla quale si possano interpretare gli articoli 35 e 37 della Carta in chiave evolutiva nel senso di riconoscere agli individui il diritto a godere di un ambiente salubre. Spetta a questo punto alla Corte sviluppare oltre la propria giurisprudenza in materia o al legislatore europeo inserire espressamente questo diritto nel novero dei diritti riconosciuti dalla Carta.

Il riconoscimento di tale diritto si porrebbe altresì in linea con quanto affermato dalla Corte EDU. Quest'ultima, infatti, sebbene nella Convenzione EDU non sia espressamente riconosciuto il diritto a vivere in un ambiente sano, ha progressivamente riconosciuto l'esistenza di un diritto a un ambiente salubre[148] grazie ad un'interpretazione evolutiva del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU[149]. Per quanto riguarda il contenuto del diritto ad un ambiente salubre, in particolare, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di obblighi non solo di tipo negativo, quali il dovere di non violare il diritto ad un ambiente salubre, ma anche di obblighi di tipo positivo, quali il dovere di prendere misure per evitare che l'aria o l'acqua sia inquinata[150].

Nel contesto del Consiglio d'Europa, inoltre, in seguito alle sentenze della Corte EDU, l'Assemblea Parlamentare ha chiesto di aggiungere alla

[147] *Ivi*, punti 87-92.

[148] Sul punto, si veda, F. ZORZI GIUSTINIANI, *op. cit.*; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *L'environment. Droits de l'homme et environment: une relation evolutive*, in *Dialogue entre Juges*, *Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2020; J. VAN DE VENIS, *A human right to a clean and healthy environment in Europe. Dream or reality?*, in *Elni Review*, n. 1, 2011, p. 34; L. HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, in *Law Quarterly Review*, n. 125, 2009, p. 430.

[149] I casi in cui la Corte ha espressamente riconosciuto il diritto «*à la jouissance d'un environnement sain et protégé*» sono: Corte EDU 27 gennaio 2009, ric. n. 67021/01, *Tatar/Romania*, punti 107 e 112; 10 gennaio 2012, ric. n. 30765/08, *Di Sarno/Italia*; 24 gennaio 2019, ricc. nn. 54414/13 e 54264/15, *Cordella e a./Italia*, punto 105. Tuttavia, si veda anche Corte EDU 9 dicembre 1994, ric. n. 16798/90, *Lopez Ostra/Spagna*, punto 51; 19 febbraio 1998, ric. n. 14967/89, *Guerra e a./Italia*; 9 giugno 2005, ric. n. 55723/00, *Fadeyeva/Russia*, punto 69; 10 novembre 2004, ric. n. 46117/99, *Taskin e a./Turchia*. Si veda I. KOTIUK, A. WEISS, U. TADDEI, *Does the European Convention on Human Rights guarantee a human right to clean and healthy air? Litigating at the nexus between human rights and the environment - the practitioners' perspective*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 13, 2022, pp. 122-151.

[150] Al proposito, si veda Corte EDU 9 giugno 2005, ric. n. 55723/00, *Fadeyeva/Russia*.

Convenzione EDU un protocollo che preveda espressamente il diritto ad un ambiente sano, pulito e sostenibile[151]. Nel caso in cui la proposta venga accolta, i 27 Stati membri, così come i 19 Stati terzi che fanno parte del Consiglio d'Europa, e l'Unione europea nel caso in cui acceda alla CEDU come previsto dall'art. 6, par. 2, TUE[152], sarebbero formalmente obbligati a rispettare il diritto ad un ambiente salubre.

Al proposito, occorre aggiungere che la necessità di tutelare il diritto ad un ambiente salubre si è affermata negli ultimi anni anche grazie ad un altro principio non codificato, di matrice prevalentemente dottrinale, ossia il principio di non regressione. Quest'ultimo è un principio che si sta affermando a livello dottrinale nell'ambito del diritto ambientale e che mira ad impedire qualsiasi "retrocessione" del livello di tutela dell'ambiente[153]. Esso è volto a garantire che il livello di protezione dell'ambiente e di conservazione della natura già acquisito possa essere mantenuto nel tempo, nonostante le eventuali richieste di revisione e semplificazione avanzate sulla base di altri interessi concorrenti[154]. Il principio di non regressione è, inoltre, strettamente correlato alla protezione dei diritti umani[155], in quanto l'affermazione del principio si basa sulla valorizzazione dell'analogia con l'analogo principio in

[151] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe*, 2021, Recommendation 2211 (2021), Appendix - *The proposed text for an additional protocol to the European Convention on Human Rights, concerning the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment*, consultabile all'indirizzo: www.pace.coe.int/en/files/29501/html.

[152] Il processo di adesione dell'UE alla CEDU si è interrotto con il parere negativo della Corte di giustizia 2/13. Dopo tale provvedimento della Corte, è ripreso il dialogo per comprendere se aderire alla CEDU ed è stato concluso un nuovo progetto di accordo. Sul punto si veda M. PARODI, *Per un'adesione alla Cedu a misura di Unione europea: il "nuovo" progetto di accordo e le questioni ancora irrisolte*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023; N. BERGAMASCHI, *Prime considerazioni sul nuovo tentativo di adesione dell'Unione alla CEDU e sui suoi principali ostacoli*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024; M. PARODI, *Quadro costituzionale dell'Unione e nuovo progetto di adesione alla CEDU: il ricorso individuale alla Corte EDU*, in *EJ*, n. 4, 2024.

[153] M. PRIEUR, G. SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, 2012; M. PRIEUR, *The principle of non-regression*, in L. KRÄMER, E. ORLANDO (eds.), *Principles of Environmental Law*, Stockholm, 2018, pp. 251-259.

[154] M. MONTINI, *op. cit.*, p. 3257 ss. che, a sua volta, cita M. PRIEUR, G. SOZZO, *op. cit.*, pp. 251-259.

[155] M. MONTINI, *op. cit.*, p. 3268; N. S. BRYNER, *Never Look Back: Non-Regression In Environmental Law*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law,* vol. 43, 2022, p. 555 ss.; G. TAMBURELLI, *Introduzione*, in A. CRESCENZI, G. TAMBURELLI (a cura di), *50 anni dalla Conferenza di Stoccolma. Un diritto internazionale dell'ambiente in regressione?*, Napoli, 2023.

base al quale non è possibile adottare misure che deliberatamente facciano regredire il livello di protezione dei diritti umani[156].

È, pertanto, proprio in tale contesto, ossia nel divieto di regressione nel livello di protezione dei diritti umani e nella non regressione del livello di tutela dell'ambiente che prende forma il diritto a vivere in un ambiente sano. Quest'ultimo, come visto, è infatti espressione del diritto a garantire un livello adeguato di tutela dell'ambiente e della salute umana. In tal senso, nel 2021, il diritto ad un ambiente sano è stato espressamente riconosciuto come diritto fondamentale dallo *Human Rights Council (HRC)*, che ha affermato che tale diritto deve essere riconosciuto come un «human right that is important for the enjoyment of human rights»[157].

Sulla base dell'analisi che precede si ritiene, pertanto, che il combinato disposto degli articoli 1 e 2 della Carta porti ad affermare l'esistenza del diritto a bere acqua potabile e che un'interpretazione evolutiva degli articoli 37 e 35 della Carta, letti congiuntamente agli articoli 3, par. 3 e 21, par. 2 del TUE e degli articoli 11 e 191 del TFUE, possa essere la chiave per affermare l'esistenza di un diritto ad un ambiente salubre. Tuttavia, considerato che questi diritti sono violati al di fuori del territorio dell'Unione, occorre esplorare la portata extraterritoriale della Carta. Un'eventuale portata extraterritoriale di quest'ultima garantirebbe, infatti, la tutela di questi diritti anche nei confronti di persone residenti in Paesi terzi.

6.2. *Portata extraterritoriale dei diritti contenuti nella Carta*

In tale sede si intende rispondere alla domanda se la tutela garantita dalla Carta si estenda anche ad individui residenti in Paesi terzi, i cui diritti siano stati violati a causa di attività disciplinate dal diritto dell'Unione. Il diritto a bere acqua potabile e a vivere in un ambiente salubre, nonché il diritto alla salute, risultano, infatti, violati in un Paese terzo, pur se a causa di attività regolate dal diritto dell'Unione.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della Carta, bisogna innanzitutto evidenziare che, a differenza di quanto previsto nella CEDU[158],

[156] M. PEÑA CHACÓN, *El Principio de No Regresión Ambiental en la Legislación y Jurisprudencia Costarricense*, in *Revista Judicial Costa Rica*, vol. 104, 2012, pp. 212-157; M. MONTINI, *op. cit.*, p. 3269.

[157] Human Rights Council (HRC), The human right to a clean, healthy and sustainable environmen*t*, 8 October 2021, Resolution H48/13.

[158] Art. 1 CEDU o art. 2 della Convenzione Internazionale sui Diritti civili e politici, adottata il 16 dicembre 1966 ed entrata in vigore il 23 marzo 1976.

in essa non è prevista una clausola sulla giurisdizione né una disposizione specifica che definisca il suo ambito di applicazione territoriale. L'art. 51 della Carta[159] definisce l'ambito di applicazione *ratione materiae* della stessa[160]; la Carta si applica se una certa materia rientra tra le competenze dell'UE[161]. È per questo motivo che parte della dottrina[162] ha proposto un'interpretazione confermata dall'Avvocato generale Mengozzi[163], secondo cui l'ambito di applicazione *ratione loci* della Carta coincide con i casi che rientrano tra le materie di competenza dell'UE. Come sottolineato dall'Avvocato generale Mengozzi, infatti, «i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta […] sono garantiti ai destinatari degli atti adottati da [ogni autorità degli Stati membri che agisca nel contesto del diritto dell'Unione] *indipendentemente da qualsiasi criterio di territorialità*»[164], poiché «se si dovesse ritenere che la Carta non si applichi quando una istituzione o uno Stato membro che attua il diritto dell'Unione agisce extra-territorialmente, ciò equivarrebbe ad affermare che le situazioni previste dal diritto dell'Unione sfuggirebbero all'applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione»[165].

Lo stesso concetto è stato ribadito dal Tribunale nel caso *Front Polisario*[166], in cui si è stabilito che nessuna considerazione territoriale può frapporsi all'applicabilità della Carta[167]; i diritti fondamentali tutelati dal diritto UE devono infatti essere rispettati anche nei confronti di soggetti che si trovino sul territorio di uno Stato terzo[168]. L'unico criterio da considerare per

[159] Art. 51, par. 1, della Carta.

[160] E. KASSOTI, R. A. WESSEL, *The EU's Duty to Respect Human Rights Abroad, The Extraterritorial Applicability of the EU Charter and Due Diligence Considerations*, in *CLEER Papers,* n. 2, 2020; T. VAN DANWITZ, K. PARASCHAS, *A fresh Start for the Charter: fundamental Questions on the Application of the European Charter of fundamental Rights*, in *FILJ*, n. 35, 2017, p. 1399; T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights*, *General Principles of EU law, and the Charter*, in *CYELS*, n. 16, 2014, pp. 361- 381.

[161] Si veda sul punto, la fondamentale sentenza *Aklagaren/Akerberg Fransson*, sopra citata, punto 21 e, in merito alla rilevanza di un'interpretazione dell'ambito di applicazione in base alle competenze dell'UE.

[162] V. MORENO LAX, C. COSTELLO, *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model*, in S. PEERS ET AL. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 657.

[163] Conclusioni dell'Avv. gen. Mengozzi, del 7 febbraio 2017, C-638/16, *X e X/Belgio*, parr. 92-93.

[164] *Ivi*, par. 89 (corsivo aggiunto).

[165] *Ivi*, par. 92.

[166] Tribunale 10 dicembre 2015, T-512/12, *Front Polisario/Consiglio*.

[167] *Ivi*, punto 228.

[168] O. DE SCHUTTER, *The implementation of the Charter of Fundamental Rights in the*

stabilire se la Carta sia applicabile consiste nel valutare se il caso di specie rientri tra le materie di competenza dell'UE[169]. Lo stesso principio è stato affermato dalla Corte in casi concernenti azioni per danni sollevate da residenti di Paesi terzi contro le istituzioni europee a causa di violazioni dei loro diritti fondamentali. In tali casi, pur se i ricorsi non sono stati accolti per altri motivi di diritto, la Corte ha confermato la potenziale responsabilità dell'UE per le condotte compiute extra-territorialmente o per le condotte con effetti extraterritoriali[170].

In base ad un'interpretazione letterale degli art. 51 e 52 della Carta e alla giurisprudenza del Tribunale e della Corte, pertanto, si concorda con la dottrina che ritiene che la Carta abbia una portata extraterritoriale laddove il caso di specie rientri tra le materie di competenza dell'UE[171], per cui la violazione dei diritti ivi contenuti può essere fatta valere anche quando una istituzione o uno Stato membro che attua il diritto dell'Unione agisca extraterritorialmente e violi i diritti di persone situate al di fuori del territorio dell'Unione.

Ai fini dell'analisi che qui interessano, occorre pertanto verificare se il caso analizzato in questo contributo rientri tra le materie di competenza dell'UE. Al proposito, si ritiene che non ci siano dubbi principalmente per un motivo. L'utilizzo di sistemi di IA è disciplinato dal regolamento sull'IA, ossia da un atto di diritto secondario dell'UE avente diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali. Esso prevede inoltre che a certe condizioni abbia portata extraterritoriale, applicandosi anche ai fornitori «che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di IA o immettono sul mercato modelli di IA per finalità generali nell'Unione, *indipendentemente dal fatto che siano stabiliti o ubicati nell'Unione o in un paese terzo*»[172], nonché a fornitori e *deployer* di sistemi di IA che «hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati

EU institutional framework, European Parliament, 2016, p. 57; E. KASSOTI, *The Extraterritorial applicability of the EU Charter of Fundamental Rights: some reflections in the aftermath of the Front Polisario Saga*, in *EJLS*, vol. 12, n. 2, 2020, pp. 117 ss.

[169] In merito all'applicazione extraterritoriale dei diritti umani nell'ambito delle azioni sul cambiamento climatico, C. T. ANTONIAZZI, *Extraterritorial Human Rights Obligations in the area of climate change: why the European Union shoula take them seriously*, in *EP*, vol. 9, n. 2, 2024, pp. 479-512.

[170] Corte giust. 12 luglio 2012, C-581/11, *Mugraby/Consiglio e Commissione*; 14 ottobre 2004, C-288/03, *Zaoui/Commissione*.

[171] V. MORENO-LAX, C. COSTELLO, *op. cit.*, e la dottrina citata alle note 138 e 139.

[172] Art. 2, par. 1, lett. *a*) regolamento sull'IA (il corsivo è nostro). Il regolamento sull'IA non si applica nei casi di cui alle eccezioni elencate all'art. 2, parr. 3, 4, 6, 8, 10, 12.

in un Paese terzo, laddove l'output prodotto dal sistema di IA sia utilizzato nell'Unione»[173]. Il regolamento si applica, pertanto, anche al di fuori del territorio dell'Unione a certe condizioni, che sono soddisfatte nel caso di specie.

In ogni caso, il solo fatto che le istituzioni dell'Unione abbiano ritenuto di poter adottare regole armonizzate per disciplinare i sistemi di IA in forza degli articoli 16 e 114 TFUE al fine di promuovere un'IA "antropocentrica e affidabile" e migliorare il funzionamento del mercato interno, è indice del fatto che l'uso e l'immissione sul mercato di sistemi di IA rientra tra le materie di competenza dell'UE[174].

Il caso di specie rientra, pertanto, *ratione materiae* tra le materie di competenza dell'UE e i diritti tutelati dalla Carta possono essere fatti valere anche nei confronti di soggetti residenti al di fuori del territorio dell'Unione.

7. *Conclusioni*

Dall'analisi che precede si desume che la normativa vigente non è in grado di garantire che il processo produttivo che porta alla creazione di sistemi di IA e il seguente utilizzo degli stessi sia circolare, né di garantire che esso sia sostenibile dal punto di vista ecologico. L'utilizzo di sistemi di IA può infatti comportare vantaggi, ma anche effetti negativi per l'ambiente e i diritti fondamentali delle popolazioni che vivono nei territori vicino a dove sono situati i *data centres*, dove sono estratte le materie prime necessarie per costruire, addestrare o far funzionare i sistemi di IA o dove vengono abbandonati i rifiuti elettronici, ossia perlopiù in Paesi terzi in via di sviluppo, che spesso dispongono di normative meno stringenti o del tutto assenti. Per funzionare correttamente i *data centres* hanno, infatti, bisogno di quantità enormi di acqua potabile e di energia. Inoltre, l'estrazione delle materie prime necessarie per costruire i dispositivi elettronici essenziali per il corretto funzionamento dei sistemi di IA comporta l'inquinamento diffuso del territorio circostante, così come l'abbandono illegale di rifiuti elettronici provoca gravi danni sia per l'ambiente che per la salute delle persone che vivono sul territorio in cui i rifiuti sono abbandonati o bruciati.

Tuttavia, nonostante siano stati proposti e adottati dall'UE numerosi

[173] *Ivi*, art. 2, par. 1, lett. *c*).

[174] Si veda in tal senso la sentenza della Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren/Akerberg Fransson*, punto 21.

atti legislativi nell'ultimo quinquennio, ivi compresi quelli in attuazione del Green Deal europeo, la disciplina predisposta non è adeguata a garantire che il processo produttivo che porta alla creazione di sistemi di IA e il seguente utilizzo degli stessi sia circolare per i seguenti motivi.

Il regolamento sull'IA, per quanto riguarda la sostenibilità ecologica dei sistemi di IA, si limita a stabilire standard di normazione, anziché requisiti obbligatori, e a prevedere meccanismi volontari di creazione di codici di condotta. Non vengono previsti, inoltre, meccanismi coercitivi effettivi.

Il regolamento sulle materie prime, in primo luogo, non menziona la necessità di richiedere il previo, libero e informato consenso delle comunità locali indigene nonostante la maggior parte delle materie prime utilizzate siano estratte in Paesi terzi, spesso in via di sviluppo. In secondo luogo, attribuisce un ruolo fondamentale ai sistemi di certificazione per verificare la conformità dei progetti strategici ai criteri di sostenibilità nonostante sia stato dimostrato che questo non è un sistema che garantisca il rispetto dei diritti umani e di standard ambientali elevati, a causa della sempre indipendente degli enti certificatori e delle regole non sempre chiare sugli standard utilizzati per la certificazione. Questo sistema è, inoltre, tanto più problematico nel caso in esame, dato che quando il processo di certificazione si svolge in Paesi terzi, spesso la normativa in materia ambientale non è adeguata a proteggere le risorse del territorio.

Del pari, per quanto riguarda la direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese, in primo luogo, essa si applica alle imprese finanziarie solo per la parte a monte della loro catena di attività, nonostante siano i settori concernenti l'impatto degli investimenti, prestiti o altri strumenti finanziari quelli che rischiano di impattare in modo negativo l'ambiente e la tutela dei diritti umani. In secondo luogo, la direttiva si applica agli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente generati durante la produzione, la distribuzione, il trasporto e l'immagazzinamento di un prodotto o della prestazione del servizio, non considerando quelli derivanti dall'uso di prodotti e servizi, che è il caso che rileva maggiormente con riguardo ai sistemi di IA. La violazione dei diritti umani e le violazioni ambientali causate dai sistemi di IA concernono, infatti, principalmente la fase di utilizzo degli algoritmi e dei sistemi di IA, che è esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva.

Infine, in merito alla regolamentazione dei *data centres*, l'emendata direttiva sull'efficienza energetica e il regolamento delegato della Commissione concernente l'istituzione di "un sistema comune di classificazione dell'Unione per i centri dati" rappresentano un passo importante nella strada della regolamentazione degli effetti negativi che i *data centres*

generano per l'ambiente. Tuttavia, neanche esse sono sufficienti a disciplinare in modo efficace le questioni problematiche sollevate dal caso in esame. In primo luogo, a causa dell'assenza dell'individuazione a livello europeo di obiettivi vincolanti da raggiungere per quanto riguarda l'efficienza e l'uso di energie rinnovabili. In secondo luogo, dal momento che la disciplina ivi predisposta si applica ai *data centres* situati sul territorio dell'Unione e sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento delegato i *data centres* situati in Paesi terzi, anche se gli output generati dai sistemi di IA sono utilizzati nell'UE.

Dall'analisi si desume, inoltre, che oltre a comportare gravi ripercussioni negative per l'ambiente, l'uso di sistemi di IA rischia di violare anche i diritti fondamentali delle popolazioni che vivono sui territori inquinati e in cui vengono utilizzate enormi quantità di acqua. In particolare, risultano violati il diritto a bere acqua potabile, che è riconducibile al diritto a vivere una vita dignitosa di cui agli articoli 1 e 2 della Carta, il diritto alla salute, di cui all'art. 35 della Carta, e il diritto a vivere in un ambiente salubre, che è desumibile da un'interpretazione evolutiva degli articoli 35 e 37 della Carta e da una lettura congiunta degli articoli 3 par. 3 e 21 par. 2 del TUE e degli articoli 11 e 191 del TFUE.

Considerato che l'Unione è un'Unione di diritto, in caso di violazione dei diritti contenuti nella Carta l'individuo interessato può avvalersi dei rimedi giurisdizionali offerti dal diritto dell'Unione, anche nel caso in cui i soggetti lesi si trovino al di fuori del territorio dell'Unione. Dall'analisi svolta, è, infatti, emerso che la Carta ha portata extraterritoriale se il caso in discussione rientra tra le materie di competenza dell'UE. Pertanto, considerato che il caso di specie, ossia l'utilizzo di sistemi di IA, rientra tra le materie di competenza dell'Unione in quanto oggetto di espressa regolamentazione da parte del regolamento sull'IA, che oltretutto, a certe condizioni, che nel caso di specie sono soddisfatte, si applica anche a fornitori e *deployer* che hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati in un Paese terzo, la tutela apprestata dalla Carta si estende anche ai soggetti che si trovino sul territorio di uno Stato terzo.

De iure condito, questa è, pertanto, la soluzione che si auspica di seguire nel caso di specie. Con la legislazione attuale invariata, si ritiene che i soggetti lesi, anche se residenti sul territorio di Paesi terzi, possano tutelare l'ambiente e i loro diritti fondamentali tramite la tutela apprestata dalla Carta e i relativi strumenti giurisdizionali apprestati dal diritto dell'Unione.

De iure condendo, si auspica, invece, che il legislatore europeo, come auspicato anche dal Comitato economico e sociale europeo e dal Parlamento

europeo stesso, riconosca e stabilisca espressamente l'esistenza e la giustiziabilità del diritto a bere acqua potabile e del diritto a vivere in un ambiente salubre e adotti una legislazione specifica atta a garantire la circolarità sia del processo produttivo che porta alla creazione di sistemi di IA che del seguente utilizzo degli stessi e atta a garantire che questi siano sostenibili da un punto di vista ecologico.

In tal modo, è possibile tutelare l'ambiente e i diritti fondamentali anche laddove l'uso di sistemi di IA da parte di utenti europei generi effetti negativi e dannosi sul territorio di Paesi terzi, spesso in via di sviluppo. Solo così, la doppia transizione "verde" e "digitale" potrebbe andare nella stessa direzione tenendo in debita considerazione gli effetti negativi che i sistemi di IA hanno per l'ambiente e i diritti fondamentali di individui residenti in Paesi terzi, spesso in via di sviluppo. E solo in tal modo l'UE potrebbe essere riconosciuta quale leader mondiale di una transizione digitale ecosostenibile.

Abstract (ita)

L'economia circolare, come è stato affermato dal Commissario europeo per l'ambiente nel 2022, dovrebbe consentire all'UE di ridurre la propria domanda di materie prime, e di usare molta meno energia per la produzione e il consumo di beni. Tuttavia, queste affermazioni rischiano di rimanere solo sulla carta per quanto riguarda l'uso dell'Intelligenza Artificiale. Nonostante i numerosi atti legislativi che sono stati proposti o adottati dall'UE nell'ultimo quinquennio, ivi compresi quelli in attuazione del Green Deal europeo, infatti, la disciplina predisposta non è adeguata a garantire che il processo produttivo che porta alla creazione di sistemi di IA sia circolare. La disciplina oggi esistente, spesso a scapito della salubrità ambientale di Paesi extra-UE, non garantisce, infatti, né che l'UE riduca la propria domanda di materie prime per la produzione di sistemi di IA, né che si usi meno energia per la produzione e il consumo di tecnologie basate sull'IA. Nè tantomeno è previsto un sistema efficiente di riutilizzo dei rifiuti generati dai sistemi di IA. Questo contributo si propone, pertanto, di esplorare questo tema cruciale, non ancora diffusamente approfondito in dottrina, e di verificare fino a che punto la doppia transizione "verde" e "digitale" vadano nella stessa direzione. A tal fine, studieremo il ruolo che l'UE svolge in questo contesto, analizzando, pur senza pretesa di esaustività, le lacune esistenti nel diritto UE e valutando fino a che punto l'esternalizzazione dei costi negativi in Paesi extra-UE sia legittimo per il diritto UE, ossia fino a che punto si estenda l'eventuale portata extraterritoriale dei diritti previsti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Alla luce di tale analisi, quindi, indicheremo nelle conclusioni quale, a nostro avviso, sia la strada migliore da percorrere alla luce del diritto dell'Unione per proteggere l'ambiente e tutelare i diritti delle popolazioni locali in Paesi extra-UE.

Abstract (eng)

The circular economy, as stated by the European Commissioner for the Environment in 2022, should allow the EU to reduce its demand for raw materials, and to use less energy for the production and consumption of goods. However, these statements risk remaining only on paper as regards the use of Artificial Intelligence. Despite the numerous legislative acts that have been proposed or adopted by the EU in the last five years, including those implementing the European Green Deal, in fact, the current legal

framework is not adequate to ensure that the production of AI systems is circular. The current legislation, often to the detriment of the environment of non-EU countries, does not guarantee, in fact, that the EU will reduce its demand for raw materials to produce AI systems, nor that less energy will be used for the production and consumption of AI-based technologies. Nor is there an efficient system for the reuse of E-waste generated by AI systems. This contribution aims to explore this crucial issue, not yet widely explored in doctrine, and to verify to what extent the double "green" and "digital" transitions go in the same direction. To this end, we will examine the role that the EU plays in this context, analysing, without claiming to be exhaustive, the gaps existing in EU law and assessing to what extent the externalisation of negative costs to non-EU countries is legitimate under EU law, i.e. to what extent the rights enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the EU apply extraterritorially. Based on this analysis, we will indicate in the conclusions what, in our opinion, is the best path to follow according to EU law to protect the environment and safeguard the fundamental rights of citizens of non-EU countries.

LA LEGGE EUROPEA SUL CLIMA: EFFETTIVO PASSO IN AVANTI O OPPORTUNITÀ MANCATA?

Federica Eroico*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'azione europea per il clima. – 3. La legge europea sul clima: il modello di *governance*. – 4. *Segue*: il mancato riferimento al legame tra cambiamento climatico e diritti umani. – 5. L'emersione del nesso tra *climate change* e tutela dei diritti nel contenzioso climatico europeo. – 6. Quali prospettive per la giustizia climatica dopo *KlimaSeniorinnen*? – 7. Osservazioni conclusive: l'"armamentario normativo" dell'UE verso la neutralità climatica tra *governance* del clima e lotta per i diritti.

1. *Premessa*

L'Unione europea è stata tradizionalmente all'avanguardia in tema di lotta al cambiamento climatico, secondo un approccio che gradualmente è progredito fino a trasformarsi nell'elaborazione di una vera e propria politica europea del clima.

Quest'ultima, sviluppatasi progressivamente a partire dalle prime azioni comunitarie, è divenuta un pilastro fondamentale delle strategie dell'Unione e rappresenta oggi un modello di riferimento a livello globale per l'adozione di misure ambiziose e coordinate.

Se i primi passi dell'allora Comunità economica europea nel campo della lotta al *climate change* sono stati compiuti perfino precedentemente all'adozione della Convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992, successivamente l'Unione europea ha adottato numerose iniziative, fino ad assumere un ruolo di *leader* nello scenario internazionale.

In tale contesto, il 30 giugno 2021 è stato adottato il regolamento (UE) n. 2021/1119 (c.d. legge europea sul clima), che si inserisce nel quadro di riforme legislative per l'attuazione del *Green Deal* e stabilisce

l'obiettivo vincolante della neutralità climatica dell'Unione entro il 2050.

Il presente contributo, dopo aver illustrato alcuni dei principali passaggi

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

dell'azione europea per il clima dagli anni Ottanta, intende analizzare il sopra citato regolamento, evidenziandone punti di forza e debolezza sotto due punti di vista: in primo luogo, valutando se, al di là della formalizzazione legislativa dell'obiettivo della neutralità climatica, esso preveda un adeguato e corrispondente sistema di *governance* e di efficienti meccanismi di attuazione in grado di realizzare gli obiettivi predefiniti. In secondo luogo, se rappresenti un reale avanzamento verso la neutralità climatica e un ampliamento della tutela dei singoli, in particolare nella prospettiva della tutela dei diritti umani nel contesto del cambiamento climatico.

2. *L'azione europea per il clima*

Già dalla fine degli anni Ottanta, all'interno della Comunità economica europea si è sviluppata una crescente consapevolezza riguardo alla relazione tra attività umane e clima, con il riconoscimento della possibilità che le azioni antropiche potessero contribuire all'instabilità climatica[1].

Non essendo possibile in questa sede richiamare la molteplicità di iniziative e di misure predisposte dall'Unione per contrastare il cambiamento climatico, si citeranno soltanto alcune di esse, utili a dimostrare la sensibilità del tutto precoce della Comunità rispetto ad un fenomeno che ancora oggi risulta di estrema attualità e complessità.

Un esempio significativo risale al 1978, quando la Commissione presentò al Consiglio una proposta di decisione finalizzata all'istituzione di un programma pluriennale di ricerca nel settore della climatologia, in cui faceva già riferimento alla «grave modifica climatica» come un fattore di rischio sia per l'economia che per le conseguenze irreversibili che avrebbe potuto portare.

Un successivo e significativo passo da parte delle istituzioni comunitarie si è avuto, poi, il 21 giugno 1989, con l'adozione, da parte del Consiglio, di una risoluzione "sull'effetto serra e la Comunità"[2] con la quale veniva rilevata l'esigenza di un accordo internazionale «sull'alterazione climatica» e veniva ribadita la totale disponibilità della Comunità e degli Stati membri ad apportare il loro rilevante contributo alla preparazione dello stesso.

Inoltre, parallelamente ai lavori preparatori della Conferenza di Rio de

[1] L. SCHIANO DI PEPE, *Cambiamenti climatici e diritto dell'Unione europea: obblighi internazionali, politiche ambientali e prassi applicative*, Torino, 2012, spec. p. 43 ss.

[2] Risoluzione del Consiglio, del 21 giugno 1989, sull'effetto serra e la Comunità.

Janeiro e dunque antecedentemente all'adozione della Convenzione quadro del 1992, non sono mancati anche alcuni interventi aventi portata giuridicamente vincolante.

Nello specifico, si distingue una decisione del Consiglio del 24 giugno 1993[3] con la quale – richiamando i vari programmi comunitari di azione ambientale e, in particolare, quello del 1993 che annoverava tra i propri obiettivi principali proprio «il cambiamento di clima» – veniva istituito un meccanismo di controllo delle emissioni di CO_2 e di altri gas a effetto serra nella Comunità e veniva affidata agli Stati membri l'elaborazione, la pubblicazione e l'attuazione di programmi nazionali che sarebbero poi stati sottoposti al controllo della Commissione. Quest'ultima avrebbe poi valutato annualmente, in consultazione con gli Stati membri, se i progressi realizzati nell'ambito della Comunità nel suo complesso fossero stati idonei a garantire che la stessa procedesse in direzione dell'adempimento degli impegni, tra i quali la stabilizzazione, entro il 2000, delle emissioni di CO_2 ai livelli del 1990.

La citata decisione rappresenta l'inizio di una nuova fase della politica europea del clima, alla quale seguirà l'adozione e l'entrata in vigore della Convenzione quadro del 1992 anche per la Comunità, la quale frattanto – per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 – aveva perduto l'attributo "economica" ed era diventata unicamente "europea".

Per quanto concerne gli anni a venire, a seguito della Convenzione quadro vi sono stati i negoziati per la predisposizione e conclusione del Protocollo di Kyoto e, a seguito della ratifica di quest'ultimo, la Comunità europea ha cominciato ad elaborare la propria strategia di medio e lungo periodo contro il cambiamento climatico, che trova testimonianza in alcuni documenti adottati dal 1998.

Successivamente, nel corso degli anni in vista della fine del primo periodo di impegni assunti con il Protocollo di Kyoto e della prospettata assunzione di nuovi e più impegnativi *target* di riduzione, la Comunità europea ha sviluppato una sua politica climatica ed una strategia energetica tra le più avanzate nel mondo, elaborando documenti programmatici e una normativa secondaria di settore di ampia portata, che riconosce il nesso indissolubile esistente tra cambiamenti climatici, politiche energetiche e tutela dell'ambiente.

In tale contesto, il 10 gennaio 2007 la Commissione ha adottato la

[3] Decisione del Consiglio, del 24 giugno 1993, su un meccanismo di controllo delle emissioni di CO_2 e di altri gas ad effetto serra nella Comunità.

comunicazione "Una politica energetica per l'Europa"[4], con cui ha introdotto un pacchetto integrato di misure volto a definire la politica energetica europea di quel periodo (noto come "Pacchetto Energia")[5].

In tale documento la Commissione ha indicato tre obiettivi strategici da raggiungere entro il 2020: i) il 20% di riduzione delle emissioni di CO_2 rispetto ai livelli del 1990; ii) una quota di energie rinnovabili pari al 20% del consumo energetico globale dell'Unione europea; iii) una quota dei consumi di biocarburanti del 10% dei consumi europei dei combustibili per i trasporti.

Sulla base di queste indicazioni, nel 2009 è stato approvato il «Pacchetto clima ed energia», noto come «Pacchetto 20-20-20».

A partire dal 2014, poi, l'Unione ha intrapreso un nuovo ciclo legislativo, volto a definire e regolamentare le misure e gli obiettivi da raggiungere entro il 2030.

Senza soffermarsi nel dettaglio, basti considerare che l'Unione, nel corso degli anni, ha adottato molteplici misure volte, tra l'altro, alla riduzione delle emissioni climalteranti, al risparmio energetico e alla diffusione delle energie rinnovabili, fino a quando, il 28 novembre 2019, il Parlamento europeo ha dichiarato l'Europa in "stato di emergenza climatica e ambientale" e ha invitato la Commissione, gli Stati membri e tutti gli attori globali «a intraprendere con urgenza le azioni concrete necessarie per combattere e contenere tale minaccia prima che [fosse] troppo tardi»[6].

Da quel momento l'Unione europea ha tentato di imprimere una forte accelerazione alle politiche di contrasto al cambiamento climatico.

Prima la comunicazione dell'11 dicembre 2019 sul *Green Deal* europeo, poi la decisione – tradottasi nel regolamento (UE) n. 2021/241 del 12 febbraio 2021 – di vincolare ad investimenti *green* una parte considerevole delle risorse stanziate per il *Next Generation EU*. Successivamente, la proposta di regolamento denominata legge europea sul clima del marzo 2020, approvata definitivamente nel luglio del 2021. A questa si sono aggiunti il Piano d'azione *REPowerEU*[7] del 2022, volto a raggiungere l'indipendenza

[4] Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo e al Parlamento europeo, *Una politica energetica per l'Europa*, COM (2007) 1def., del 10 gennaio 2007.

[5] Sul punto v. V. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Milano, 2010, p. 179.

[6] Risoluzione del Parlamento europeo, del 28 novembre 2019, sull'emergenza climatica e ambientale (2019/2930(RSP).

[7] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano RE Power EU, COM (2022) 230final, del 18 maggio 2022.

energetica dell'UE e la comunicazione "*Fit for 55%*"[8], che costituisce una sorta di manifesto per il processo di decarbonizzazione verso la neutralità climatica. Da questi atti risulta in modo oggettivo la volontà di agire più incisivamente per promuovere la decarbonizzazione dell'economia europea[9].

3. *La legge europea sul clima: il modello di* governance

Nella cornice dell'*European Green Deal*, come anticipato, sono state adottate diverse importanti iniziative: tra queste, il regolamento n. 1119/2021 del 30 giugno 2021, noto come "legge europea sul clima"[10] costituisce una delle più rilevanti.

Con questa "legge" è stato attribuito carattere vincolante sia all'obiettivo di ridurre entro il 2030 le emissioni di gas ad effetto serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990, sia all'ambizione della Commissione espressa con il *Green Deal* di fare dell'Europa il primo continente climaticamente neutro entro il 2050.

Il regolamento n. 1119/2021 si compone di quattordici articoli che delineano gli obiettivi e i meccanismi di *governance* dell'azione climatica dell'Unione europea. Queste finalità si inseriscono all'interno di un quadro più ampio, definito dall'Accordo di Parigi ed esplicitamente richiamato all'articolo 1 del regolamento, ovvero mantenere «l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2 °C rispetto ai livelli preindustriali e proseguendo l'azione volta a limitare tale aumento a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali».

[8] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "Pronti per il 55 %": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica, COM (2021) 550final, del 14 luglio 2021. Il pacchetto, definito dalla stessa Commissione europea come «l'insieme di proposte più completo mai presentato dalla Commissione in materia di clima ed energia», rafforza otto atti legislativi esistenti e presenta cinque nuove iniziative in una serie di settori strategici ed economici: clima, energia e combustibili, trasporti, edilizia, uso del suolo e silvicoltura. Nel settore dell'edilizia, è stata adottata la direttiva c.d. "*case green*", direttiva (UE) 2024/1275 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 aprile 2024, sulla prestazione energetica nell'edilizia.

[9] E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2021, p. 415.

[10] 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»).

In generale, il sistema tracciato dal regolamento assegna un importante ruolo di guida e indirizzo alla Commissione europea. Ciononostante, agli Stati membri viene lasciata la regolazione di dettaglio.

L'articolo 2 del regolamento prevede infatti che «le istituzioni competenti dell'Unione e gli Stati membri adottano *le misure necessarie*, rispettivamente, a livello unionale e nazionale, per consentire il conseguimento collettivo dell'obiettivo della neutralità climatica» (corsivo aggiunto).

Come è agevole notare, il legislatore europeo non precisa quali saranno gli interventi regolatori da realizzare, ma consente a ciascuno Stato di adottare le misure che ritiene necessarie e più appropriate per raggiungere l'obiettivo, con una notevole discrezionalità nell'interpretazione e nell'attuazione delle stesse, considerato che l'apprezzamento della necessarietà delle misure dipende da numerosi elementi.

Questo approccio, pur fondato su una certa flessibilità per adattarsi ai diversi contesti nazionali, comporta il rischio di una frammentazione delle strategie, con possibili divergenze tra gli Stati membri e una mancanza di coerenza e integrazione a livello europeo, che è invece essenziale per affrontare una sfida globale come quella climatica.

Benché tale approccio possa derivare da una strategia precisa che privilegia la gradualità della transizione e il *soft-power*, vi è il pericolo che essa non sia sufficientemente efficace per raggiungere i *target* previsti: la scelta di non individuare nello specifico ma lasciare agli Stati membri la definizione delle misure per il contrasto al cambiamento climatico lascia aperta la possibilità che le azioni risultino inadeguate, insufficienti o troppo eterogenee nel confronto tra Stati, da correggere *in itinere* e quindi lente e difficili da valutare in concreto[11].

Con il passaggio dalla proposta al testo definitivamente adottato del regolamento, è stato poi eliminato l'art. 3, rubricato «Traiettoria per conseguire la neutralità climatica» che conferiva alla Commissione il potere di adottare atti delegati al fine di integrare il regolamento fissando una traiettoria a livello dell'Unione per conseguire entro il 2050 l'obiettivo della neutralità climatica.

Tale modifica ha rimosso la possibilità per la Commissione di valutare i progressi degli Stati membri nel conseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica sulla base della traiettoria da essa definita, ovvero su una traiettoria specifica stabilita a livello UE.

[11] D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima: una regolazione strategica o un passo troppo timido?*, in *RGA online*, 2022.

La soppressione di tale potere non è di poco conto.

Se, infatti, fosse stata mantenuta la proposta originaria, gli Stati membri avrebbero avuto l'obbligo di attuare e assumere come parametro della propria azione la traiettoria stabilita a livello europeo – peraltro progressivamente rivista al fine di adeguare gli obiettivi di riduzione delle emissioni – e alla Commissione sarebbe stato conferito il ruolo di "pilota" e "supervisore", rispettivamente nell'indicazione della rotta da seguire e nel monitoraggio di conformità.

Un sistema così strutturato avrebbe meglio tutelato e garantito la prevedibilità dell'azione europea, la fiducia degli attori economici e sociali coinvolti nel processo di transizione ecologica e la certezza giuridica che difficilmente un atto legislativo da solo può garantire pienamente[12].

Difatti, nonostante il regolamento n. 1119/2021 abbia efficacia vincolante e sia direttamente applicabile negli Stati membri, la "timidezza" mostrata nella definizione degli strumenti attuativi e l'assenza di indicazioni dettagliate su come gli Stati dovrebbero raggiungere gli obiettivi di riduzione delle emissioni crea non poche incertezze, e rende il regolamento, nei fatti, più simile ad una direttiva.

In altri termini, l'ambizione di definirlo "legge" sembra entrare in contraddizione con il suo contenuto.

Le divergenze economiche, politiche e sociali all'interno dell'Unione rendono la capacità di conformarsi variabile, specialmente in tempi di crisi energetiche o economiche, quando la priorità conferita all'azione climatica può essere compromessa.

Quanto al modello di *governance* descritto nel regolamento, in linea con l'approccio delineato dall'Accordo di Parigi e consolidato nel regolamento (UE) 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia, la Commissione ha il compito di monitorare costantemente le misure adottate dagli Stati membri per raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica, anche sulla base delle informazioni presentate e comunicate a norma dello stesso regolamento (UE) 2018/1999.

Più precisamente, l'art. 7 del regolamento n. 1119/2021 prevede che entro il 30 settembre 2023, e successivamente ogni cinque anni, la Commissione valuti la coerenza delle misure nazionali sulla base dei Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima (PNIEC), delle strategie nazionali a lungo termine e delle relazioni intermedie biennali presentate a norma del regolamento (UE) 2018/1999.

Laddove essa constati che le misure di uno Stato membro non sono

[12] A. GIORGI, *Substantiating or Formalizing the Green Deal Process? The Proposal for a European Climate Law*, in *RQDA*, p. 14 ss.

coerenti con il conseguimento dell'obiettivo di neutralità climatica o nell'assicurare i progressi in materia di adattamento, può formulare raccomandazioni rivolte a tale Stato membro, che rende disponibili al pubblico. Gli Stati, entro sei mesi dal ricevimento delle stesse, devono comunicare alla Commissione in che modo intendono «tenerle in debita considerazione» «in uno spirito di solidarietà tra Stati membri e Unione e tra gli Stati membri». Tuttavia, essi possono anche decidere di non dare seguito alle raccomandazioni o a una parte considerevole delle stesse: in tal caso dovranno soltanto fornire le loro motivazioni alla Commissione.

Per quanto concerne i Piani Integrati per l'Energia e il Clima, il regolamento sulla *governance* non ne contiene una precisa definizione nozionistica ma piuttosto una definizione descrittiva, desumibile dal considerando n. 25 e dagli artt. 3 e 4 del regolamento stesso. Da essi si evince che tali Piani devono fornire una panoramica del sistema energetico e dell'assetto programmatico correnti nel singolo Stato membro, stabilire gli obiettivi nazionali per ciascuna delle cinque dimensioni dell'Unione dell'energia e prevedere le misure volte a consentire il raggiungimento di tali obiettivi[13].

Il procedimento per la predisposizione dei Piani da parte degli Stati membri, per la successiva valutazione e, infine, approvazione della Commissione, è regolato attraverso scadenze ben definite: entro il 31 dicembre 2018, e successivamente ogni dieci anni a partire dal 1° gennaio 2028, gli Stati devono inviare alla Commissione una proposta di Piano. Dopo la valutazione della Commissione, entro il 31 dicembre 2019 e poi ogni dieci anni a partire dal 1° gennaio 2029, gli Stati membri devono trasmettere i Piani definitivi.

Ora, se è vero che anche prima dell'adozione del regolamento sulla *governance*, gli Stati membri dell'Unione avevano obblighi di pianificazione e *reporting* riguardo alle politiche energetiche e climatiche, questi erano meno coordinati e meno integrati. Ad esempio, la direttiva 2006/32 prevedeva che gli Stati membri dovessero redigere e presentare periodicamente dei Piani d'Azione Nazionali per l'Efficienza Energetica (PAAE)[14] mentre la direttiva 2009/28/CE[15] prevedeva che gli Stati membri dovessero elaborare Piani d'Azione Nazionali per le Energie Rinnovabili (NREAP).

[13] F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *RIDPC*, n. 1, 2022, p. 53 ss.

[14] Direttiva 2006/32/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2006, concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e recante abrogazione della direttiva 93/76/CEE del Consiglio.

[15] Direttiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009,

Con l'introduzione dei PNIEC è stato dunque fatto un importante passo avanti verso una pianificazione e una rendicontazione più integrata e coordinata a livello europeo.

È altresì disciplinato l'aggiornamento dei PNIEC: entro giugno 2023, gli Stati membri presentano le loro proposte di Piani nazionali aggiornati per il periodo 2021-2030, con l'obbligo di inviare le versioni definitive entro giugno 2024[16].

Ora che tali scadenze sono trascorse, è possibile analizzare i progressi compiuti e verificare se l'obbligo di presentare i Piani abbia effettivamente incentivato gli Stati membri a rispettare i propri impegni.

Ebbene, alla prima scadenza fissata per il 31 dicembre 2018, non tutti gli Stati membri hanno rispettato il termine per la presentazione delle proposte di Piani: sebbene molti li abbiano presentati entro la data stabilita, altri hanno tardato a inviare le versioni preliminari.

La Commissione europea ha seguito attentamente questo processo, sollecitando gli Stati membri ritardatari e, nel corso del 2019, tutti i Paesi hanno presentato i loro Piani, che sono stati poi oggetto di valutazione da parte della medesima istituzione, sia singolarmente, che a livello europeo.

La valutazione aggregata dei Piani, pubblicata il 17 settembre 2020 ("Valutazione a livello dell'Unione dei Piani Nazionali per l'energia e il clima"[17]), ha evidenziato che l'attuazione iniziale del nuovo quadro di pianificazione integrato, stabilito dal Regolamento sulla *governance*, era stata complessivamente positiva[18].

sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE.

[16] Più precisamente, l'articolo 14 stabilisce, al primo paragrafo, che entro il 30 giugno 2023 e quindi entro il 1° gennaio 2033 e successivamente ogni 10 anni, ciascuno Stato membro presenta alla Commissione una proposta di aggiornamento dell'ultimo Piano notificato oppure fornisce le ragioni che giustificano perché il Piano non necessita aggiornamento; il secondo paragrafo impone agli Stati membri di notificare alla Commissione, entro il 30 giugno 2024 e quindi entro il 1° gennaio 2034 e successivamente ogni 10 anni, l'aggiornamento dell'ultimo Piano Nazionale Integrato per l'energia e il clima notificato, salvo motivare che il piano non necessita aggiornamento.

[17] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Valutazione a livello dell'Unione dei piani nazionali per l'energia e il clima. Impulso alla transizione verde e promozione della ripresa economica attraverso la pianificazione integrata delle misure nei settori dell'energia e del clima, COM (2020) 564final.

[18] Nel settore delle rinnovabili, pur con notevoli differenze tra i contributi nazionali, la Commissione ha rilevato che si sarebbe potuta superare la quota di energie rinnovabili fissata

Un passaggio cruciale in questo processo si è verificato nel 2023, quando gli Stati membri hanno proceduto alla prima revisione e all'aggiornamento dei loro PNIEC alla luce dei nuovi e più ambiziosi traguardi introdotti dal *Green Deal* e dalle iniziative incluse nello stesso, oltre che delle crescenti sfide per la resilienza energetica dell'Unione, tra cui le gravi ripercussioni derivanti dalla aggressione russa dell'Ucraina.

Nella "Valutazione a livello di UE delle proposte di aggiornamento dei piani nazionali per l'energia e il clima"[19] del 18 dicembre 2023, la Commissione europea ha valutato 21 proposte di aggiornamento esprimendo profondo rammarico per i considerevoli ritardi accumulati da molti Stati membri.

Nella citata valutazione, essa ha messo in luce significative lacune, sia per quanto riguarda il mantenimento del livello di ambizione complessiva dell'UE, sia in relazione al rispetto delle prescrizioni legislative specifiche dell'Unione e ha sottolineato che ciò solleva serie preoccupazioni e pone il rischio di compromettere la credibilità di diversi Stati membri[20].

In particolare, oltre ad attivare delle procedure di infrazione nei confronti del Belgio[21], della Bulgaria[22], della Repubblica Ceca[23], dell'Estonia[24],

per il 2030. Nel campo dell'efficienza energetica, invece, i contributi sono risultati complessivamente insufficienti per raggiungere l'obiettivo collettivo dell'UE per il 2030. Riguardo, poi, alla riduzione delle emissioni, la valutazione dei Piani ha mostrato che, per l'economia nel suo insieme, le misure esistenti e previste avrebbero permesso di ridurre le emissioni di gas serra, comprese quelle coperte dal sistema ETS, del 41% rispetto ai livelli del 1990, superando l'obiettivo dell'Unione di riduzione del 40%.

[19] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Valutazione a livello di UE delle proposte di aggiornamento dei piani nazionali per l'energia e il clima. Un passo importante verso il conseguimento degli obiettivi più ambiziosi per il 2030 in materia di clima ed energia nel quadro del Green Deal europeo e di REPowerEU, COM (2023) 796final, del 18 dicembre 2023.

[20] Va evidenziato che il 24 ottobre 2023 la Commissione ha altresì pubblicato la "Relazione 2023 sui progressi dell'azione dell'UE per il clima", nella quale ha osservato che i progressi compiuti verso gli obiettivi climatici dell'UE risultano insufficienti.

[21] (INFR (2024) 2252).

[22] (INFR (2024) 2253).

[23] (INFR (2024) 2255).

[24] (INFR (2024) 2257).

della Grecia[25], della Croazia[26], Cipro[27], Malta[28], dell'Austria[29], della Polonia[30], del Portogallo[31], della Slovenia[32] e della Slovacchia[33], per mancata trasmissione delle versioni definitive dei rispettivi Piani Nazionali aggiornati per l'Energia e il Clima, la Commissione ha rilevato che i progetti di PNIEC attuali non sono ancora sufficienti a garantire una riduzione delle emissioni nette di gas serra di almeno del 55% entro il 2030 e che le misure attuali porterebbero ad una riduzione del 51%. Ha inoltre riconosciuto la necessità di accrescere le ambizioni per colmare un divario di 6,2 punti percentuali nei settori della condivisione degli sforzi, rispetto all'obiettivo fissato del 40%[34].

Per quanto riguarda le energie rinnovabili, ha stimato che i progetti attuali porterebbero a una quota del 38,6-39,3% nel *mix* energetico entro il 2030, rispetto all'obiettivo del 42,5% della direttiva rivista sulle energie rinnovabili.

Nell'ambito dell'efficienza energetica, secondo l'esecutivo UE le proposte attuali porterebbero a miglioramenti del 5,8%, rispetto all'obiettivo dell'11,7% della direttiva rivista sull'efficienza energetica.

Relativamente alla questione della sicurezza energetica, la Commissione ha rilevato profonde divergenze nelle varie proposte: mentre alcuni Stati membri hanno fornito piani dettagliati tesi alla diversificazione dell'accesso al gas o a fonti energetiche a basse emissioni di carbonio, pochi di essi hanno definito le modalità con cui intendono ridurre gradualmente il consumo di petrolio e gestire le implicazioni per la sicurezza energetica e le infrastrutture petrolifere.

Un dato particolarmente negativo riguarda inoltre la povertà energetica, rispetto alla quale la Commissione ha osservato che la grande maggioranza degli Stati membri non ha ancora stabilito obiettivi chiari e un metodo per la definizione e la valutazione delle famiglie vulnerabili.

[25] (INFR (2024) 2258).
[26] (INFR (2024) 2256).
[27] (INFR (2024) 2254).
[28] (INFR (2024) 2259).
[29] (INFR (2024) 2251).
[30] (INFR (2024) 2260).
[31] (INFR (2024) 2261).
[32] (INFR (2024) 2263).
[33] (INFR (2024) 2262).
[34] Si tenga conto che unitamente a tale comunicazione, la Commissione ha pubblicato valutazioni individuali e raccomandazioni specifiche per ciascuno dei 21 Stati membri che avevano consegnato i Piani.

Per quanto riguarda il sostegno a una transizione giusta, la Commissione ha affermato che gli Stati membri hanno fornito solo una valutazione parziale degli impatti socioeconomici della transizione climatica ed energetica sulle persone, sulle famiglie e sulle imprese, e che le politiche e le misure in materia sono spesso prive di una prospettiva strategica e lungimirante.

In tale contesto, va peraltro evidenziato che a dicembre 2022 la Commissione ha pubblicato degli orientamenti per fornire delle linee guida e indicare principi e buone pratiche che gli Stati avrebbero dovuto seguire per l'aggiornamento dei PNIEC. Tra questi, l'invito a incrementare le ambizioni in tutte e cinque le dimensioni dell'Unione dell'energia alla luce degli obiettivi nuovi e riveduti in materia di energia e clima inclusi nelle proposte del pacchetto «Pronti per il 55%», del piano *REPowerEU* e della normativa europea sul clima[35].

A seguito della valutazione per molti versi negativa delle proposte di Piani aggiornate, la Commissione ha auspicato che gli Stati membri tenessero debitamente conto delle raccomandazioni al momento di finalizzare i Piani Integrati aggiornati definitivi ed ha esortato quelli che non avevano ancora presentato la propria proposta di Piano aggiornato a farlo senza ulteriori indugi.

Orbene, al successivo termine di giugno 2024 per la presentazione dei Piani aggiornati definitivi, solo quattro Paesi dell'UE – ovvero Danimarca, Finlandia, Paesi Bassi e Svezia – hanno rispettato la scadenza. L'Italia ha trasmesso il proprio Piano alla Commissione europea il 1° luglio, difettando solo di poco il termine.

La situazione francese, invece, è stata più complessa: dopo aver ricevuto una lettera dalla Commissione nell'aprile precedente, che segnalava l'incompletezza delle informazioni relative agli obiettivi vincolanti per le energie rinnovabili, la Francia ha notificato il Piano il 10 luglio. Tuttavia, il target per le rinnovabili indicato (circa 41%), è risultato inferiore rispetto a quanto richiesto dalla Commissione, che nelle sue raccomandazioni aveva esortato la Francia a innalzare significativamente l'ambizione, fissando un obiettivo di almeno il 44% per il 2030»[36].

[35] Comunicazione della Commissione sugli orientamenti agli Stati membri per l'aggiornamento dei piani nazionali per l'energia e il clima 2021-2030.

[36] Raccomandazione (UE) 2024/611 della Commissione, del 18 dicembre 2023, sulla proposta di piano nazionale integrato aggiornato per l'energia e il clima della Francia 2021-2030 e sulla coerenza delle misure della Francia con l'obiettivo della neutralità climatica dell'Unione e con la necessità di assicurare progressi sul fronte dell'adattamento.

Questi episodi mettono in luce una problematica più ampia: la mancata conformità degli Stati membri alle raccomandazioni della Commissione e, soprattutto, i ritardi nella presentazione dei Piani Nazionali.

Tali comportamenti ostacolano la capacità dell'esecutivo dell'UE di avere una visione chiara, completa e tempestiva dei progressi verso gli obiettivi energetici e climatici comuni, compromettendo la possibilità di monitorare efficacemente.

Non ci soffermeremo sulle valutazioni (ed eventuali raccomandazioni) effettuate dalla Commissione per ogni singolo Stato membro. Tuttavia, in attesa dell'ultimo resoconto della Commissione sui Piani definitivi di giugno 2024, è già chiaro quanto lavoro ci sia ancora da fare per raggiungere gli obiettivi al 2030, considerato che nelle diverse dimensioni dell'Unione dell'energia permangono considerevoli *gap* tra gli impegni prefissati e quelli effettivamente concretizzati.

Osservando in generale il quadro della *governance* dell'Unione, emerge la necessità di riflettere sull'efficacia del modello attuale. Sebbene la Commissione abbia il potere di avviare procedure di infrazione contro gli Stati inadempienti, tali procedure risultano spesso lunghe e complesse, con tempistiche incompatibili con quelle necessarie per il raggiungimento degli obiettivi climatici al 2030.

Questo scenario suggerisce la necessità di una riflessione più approfondita sull'efficacia dell'attuale modello di *governance* e, di conseguenza, sull'opportunità di modificarlo introducendo strumenti più incisivi e vincolanti rispetto alle semplici raccomandazioni. Queste ultime, essendo atti non vincolanti, possono essere disattese dagli Stati, fornendo giustificazioni come nel caso francese già menzionato. La Francia, tuttavia, non rappresenta (purtroppo) un'eccezione, e il rischio che altri Stati adottino un approccio simile è concreto.

Ad oggi, l'efficacia della *governance* dell'Unione dipende quasi interamente dalla buona volontà degli Stati membri. Sebbene la trasparenza fornita dai Piani nazionali e dal processo di monitoraggio e rendicontazione possa favorire processi di pressione politica – di tipo "*naming and shaming*" – resta il fatto che questi strumenti non sono sufficienti per garantire la piena conformità degli Stati. L'implementazione di questa procedura non pone alcun vincolo e non è chiarito quali possano essere gli esiti se uno Stato membro decide di non uniformarsi a quanto richiesto.

Questi aspetti trovano conferma nel "*Report on the functioning of the Governance Regulation*"[37], pubblicato l'11 settembre 2024.

[37] Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the

Con tale documento, la Commissione (DG Energy) ha segnalato che permangono significative differenze nella portata e nella qualità dei Piani e delle strategie nazionali, sottolineando anche la disomogeneità nell'impegno politico degli Stati membri verso il ciclo dei PNIEC («*there is also uneven political buy-in across Member States to the Regulation's NECP cycle*»). In altre parole, mentre alcuni Stati membri dimostrano una forte adesione al quadro normativo, altri Paesi si mostrano meno inclini a conformarsi pienamente agli obblighi, mettendo in discussione l'efficacia complessiva del sistema.

Dunque, l'utilizzo di un atto come la raccomandazione (non avente efficacia vincolante) lascia agli Stati un grado considerevole di autonomia e discrezionalità nell'adozione o meno di misure correttive e riguardo il loro contenuto[38]. Inoltre, non è previsto alcun tipo di sanzione specifica per gli Stati: dapprima in caso di scostamento dalla traiettoria tracciata dall'Unione e, successivamente, in caso di mancato allineamento alle raccomandazioni inviate dalla Commissione.

Il sistema delineato risulta dunque fondato sulla volontà degli Stati e sulla capacità della Commissione di promuovere e indirizzare la conformità attraverso una sorta di "sanzione politica o reputazionale", ovvero l'esposizione pubblica e "l'imbarazzo" di politiche insufficienti.

È evidente la scelta di evitare un'eccessiva centralizzazione di poteri nelle mani della Commissione.

Da questo punto di vista appare dunque confermato, secondo alcuni, «il paradosso dell'Unione europea» che, se da un lato continua a rafforzare l'integrazione e ad allargare il proprio raggio di azione ed intervento, dall'altro tarda ad assegnare nuovi incisivi poteri alle istituzioni sovranazionali, nello specifico alla Commissione[39].

Non mancano, dunque, nella legge europea sul clima e, in generale, nel modello di *governance*, profili di criticità[40].

Review of the Regulation on the Governance of the Energy Union and Climate Action. COM (2024) 550final.

[38] L. AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2021, p. 169 ss.

[39] V. S. FABBRINI-U. PUETTER, *Integration without supranationalisation: studying the lead roles of the European Council and the Council in post-Lisbon EU politics*, in *Journal of European Integration*, 2016, p. 485, il quale discorre di «integration paradox» descrivendolo come «the desire to achieve closer integration without greater supranationalisation».

[40] Il 15 maggio 2024 la Commissione ha pubblicato la prima valutazione della normativa europea sul clima, nella quale ha evidenziato che «è necessario intensificare

La decisione del legislatore europeo di individuare nelle raccomandazioni la tipologia di provvedimenti con cui può attuarsi la funzione di supervisione della Commissione europea genera perplessità nella misura in cui rende il successo complessivo della *mission* dipendente in larga misura dagli Stati membri e dal loro ossequio al principio di leale cooperazione.

In un contesto cooperativo come quello dell'Unione dell'energia, è indubbio che l'attribuzione alla Commissione europea di poteri autoritativi o sanzionatori comporterebbe una trasformazione significativa dell'attuale modello di *governance*. Questo cambiamento potrebbe ridurre i margini di autonomia concessi agli Stati membri nella definizione delle loro strategie energetiche, modificando l'equilibrio esistente tra competenze nazionali e sovranazionali. Tuttavia, appare evidente che il mero richiamo allo "spirito di solidarietà" tra Stati membri e Unione europea non sia una garanzia sufficiente affinché gli Stati aderiscano pienamente alle raccomandazioni della Commissione.

In questo quadro, emerge la necessità di una riforma del sistema di *governance*. Un possibile avanzamento potrebbe derivare dall'attribuzione alla Commissione di un potere più incisivo non solo nella fissazione degli obiettivi, ma anche nell'indicazione delle misure specifiche da adottare. Pur mantenendo un margine di scelta per gli Stati membri, questo potrebbe essere limitato a un ventaglio di opzioni delineate dalla Commissione stessa, consentendo così una maggiore coerenza nell'attuazione delle politiche climatiche a livello europeo.

Tale modifica potrebbe garantire un maggiore equilibrio tra l'autonomia degli Stati e l'esigenza di una più stretta armonizzazione delle azioni intraprese per raggiungere gli ambiziosi obiettivi climatici fissati dall'Unione, considerato che a fronte della capacità degli Stati più virtuosi di assicurare un alto livello di tutela dell'ambiente, ne basta uno soltanto a pregiudicarne la qualità, adottando una normativa difforme e poco "sensibile"[41].

considerevolmente gli sforzi di attuazione e accelerare la riduzione delle emissioni per rimanere sulla buona strada per raggiungere il traguardo per il 2030 e la neutralità climatica entro il 2050». Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul funzionamento della normativa europea sul clima e del regolamento sulla condivisione degli sforzi e sulla direttiva sul sistema per lo scambio di quote di emissioni nel contesto del bilancio globale, COM (2024) 196final, del 15 maggio 2024.

[41] P. DE PASQUALE, *Sharing is caring: i primi trent'anni del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, in *DUE*, nn. 3-4, 2021, p. 445.

4. Segue*: il mancato riferimento al legame tra cambiamento climatico e diritti umani*

Ulteriore aspetto cruciale che merita un approfondimento è la relazione tra la legge europea sul clima e la tutela dei diritti fondamentali. Più precisamente, ci si domanda se e in che modo i diritti umani abbiano giocato un ruolo nella progettazione e definizione degli obiettivi di riduzione dei gas serra stabiliti nel regolamento n. 1119/2021.

Ugualmente alla stragrande maggioranza dei documenti in tema di lotta all'emergenza climatica elaborati dalle istituzioni europee, anche la legge sul clima esordisce, al primo considerando, ponendo in luce la «minaccia esistenziale» per l'umanità rappresentata dalla crisi climatica[42]. Tuttavia, nonostante il chiaro riconoscimento della gravità della crisi climatica per l'umanità, il legame tra cambiamento climatico e diritti umani non viene affatto sviluppato nel testo del regolamento. Sebbene quest'ultimo affermi di rispettare i diritti fondamentali e di osservare i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non fornisce ulteriori dettagli su come esso si ponga in linea con l'articolo 37 della Carta o su come si rapporti ad altri diritti comunemente invocati nel contesto del cambiamento climatico, come il diritto alla vita, alla dignità umana o alla vita privata[43].

Dal punto di vista normativo, non si riscontrano dunque evidenze significative per sostenere che i diritti umani abbiano svolto un ruolo nel discutere l'adeguatezza degli obiettivi specifici di riduzione delle emissioni di gas serra dell'UE.

Se questa lacuna poteva forse essere giustificata nella legislazione sul clima degli anni 2000, in un contesto di conoscenze limitate sugli effetti del cambiamento climatico, appare anacronistica alla luce dei recenti sviluppi scientifici e giuridici. Oggi, infatti, gli impatti dei cambiamenti climatici sulla vita umana sono ben documentati: basti pensare ai numerosi Report

[42] Per una ricostruzione della ricorrenza del termine «minaccia esistenziale» si veda M. MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *RQDA*, n. 1, 2022, p. 441.

[43] Un altro punto critico è la totale assenza di riferimenti alla questione dei c.d. migranti climatici, ossia quelle persone che sono e saranno costrette a lasciare le proprie abitazioni a causa di eventi climatici estremi come siccità, inondazioni e desertificazione. Tali fenomeni, collegati al riscaldamento globale, stanno già iniziando a influenzare spostamenti di massa in diverse regioni del pianeta. Tuttavia, il regolamento non considera le implicazioni che questi movimenti migratori avranno in termini di diritti umani e di gestione delle emergenze umanitarie.

dell'IPCC, al Rapporto annuale sulle relazioni tra cambiamenti climatici e diritti umani del 2009 dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, nel quale è stato posto in risalto come il cambiamento climatico abbia una serie di implicazioni per l'effettivo godimento dei diritti umani[44]. Inoltre, il 28 luglio 2022, nell'ambito della 76° sessione plenaria e sulla scia di un testo simile adottato, l'8 ottobre 2021, dal Consiglio per i diritti umani (A/HRC/RES/48/13), l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione 76/300, con la quale ha riconosciuto il diritto ad un ambiente pulito, salubre e sostenibile quale diritto umano ed ha affermato che l'impatto dei cambiamenti climatici, l'inquinamento, la conseguente perdita di biodiversità e il danno ambientale hanno implicazioni negative, sia dirette che indirette, per l'effettivo godimento di tutti i diritti umani. Pertanto, attraverso la risoluzione, gli Stati, le organizzazioni internazionali e le imprese sono stati invitati ad intensificare gli sforzi per garantire un ambiente pulito, salubre e sostenibile per tutti (par. 4 della risoluzione)[45].

L'assenza di una chiara integrazione dei diritti umani nel quadro normativo europeo sul clima denota una sorta di impermeabilità dei legislatori dell'UE ai dibattiti in corso sui diritti umani in correlazione al cambiamento climatico. Un simile approccio, se non adeguatamente rivisto, rischia di aprire la strada a contenziosi volti a contestare la validità degli atti legislativi, proprio a causa della limitata (se non nulla) considerazione degli impatti che il cambiamento climatico e le stesse politiche climatiche ed energetiche dell'UE possono avere sui diritti umani.

Allo stesso tempo, i soggetti che ritengono leso, a causa e come conseguenza del cambiamento climatico, il proprio diritto alla vita, all'acqua, alla salute, all'autodeterminazione, non possono appellarsi ad alcun diritto (al

[44] A/HRC/10/61 – *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights*, 15 January 2009. Ma v. anche i successivi rapporti pubblicati dall'Ufficio sulla relazione tra cambiamento climatico e diritti umani: A/HRC/25/53 del 30 dicembre 2013; A/HRC/31/52 del 1° febbraio 2016. Inoltre, nel 2021 l'Ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite ha pubblicato una scheda informativa (*Fact Sheet*) sui diritti umani e il cambiamento climatico. Anche il Comitato per i diritti umani nel suo commento generale sul diritto alla vita del 2018, ha affermato che il degrado ambientale, i cambiamenti climatici e uno sviluppo non sostenibile rappresentano minacce concrete per le generazioni presenti e future di godere del diritto alla vita.

[45] D. PAUCIULO, *Il diritto umano a un ambiente salubre nella risoluzione 76/300 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*, in *RDI*, n. 4, 2022, p. 1118.

clima) riconosciuto all'interno dei più importanti atti di politica climatica dell'Unione.

È stata dunque un'opportunità mancata quella di non introdurre nella legge sul clima un riferimento esplicito ai diritti e, in particolare, al diritto al clima, perché avrebbe non solo rafforzato l'efficacia della normativa, ma avrebbe anche offerto agli individui e alle comunità colpite dagli effetti del cambiamento climatico una base legale per invocare la protezione dei propri diritti nei tribunali nazionali ed europei.

Invero, lo sviluppo del regime del cambiamento climatico verso i diritti umani potrebbe divenire uno strumento utile di tutela di un bene comune come il clima, oltre che una delle modalità per affermare posizioni individuali e collettive non rappresentate nel complesso della *governance* del clima[46].

L'assenza di un riferimento esplicito ai diritti fondamentali può essere vista, peraltro, come una mancanza di coerenza rispetto ai valori fondamentali dell'Unione stessa, che si impegna a promuovere e proteggere i diritti umani in tutti i suoi settori di intervento.

5. *L'emersione del nesso tra* climate change *e tutela dei diritti nel contenzioso climatico europeo*

Delineato il quadro normativo attuale, da cui risulta l'assenza di un approccio fondato sui diritti umani, resta da chiedersi se, volgendo l'attenzione ai vari casi di contenzioso climatico a livello europeo, la situazione sia analoga. In altre parole, ci si domanda se anche le Corti tendano a trascurare la prospettiva dei diritti nell'affrontare le controversie sul clima o se, al contrario, in questo contesto tali diritti trovino maggiore spazio di riconoscimento e valorizzazione.

Nella maggior parte dei contenziosi climatici, i ricorrenti invocano la violazione di diritti fondamentali, come il diritto alla vita o al domicilio, sostenendo che l'insufficiente impegno degli Stati nella mitigazione dei cambiamenti climatici compromette tali diritti.

Ora, il nesso di causalità tra gli effetti negativi causati dal fenomeno dei cambiamenti climatici attraverso il verificarsi di eventi estremi ed il mancato

[46] K. PONETI, *Il cambiamento climatico tra governance del clima e lotta per i diritti*, in *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, n. 1, 2019, p. 124.

godimento di alcuni dei diritti fondamentali dei ricorrenti è pacificamente riconosciuto nella maggioranza dei casi di giustizia climatica che sono stati recentemente decisi nella maggior parte degli ordinamenti europei e, come vedremo a breve, dalla Corte EDU.

Dinanzi alla Corte di giustizia, tuttavia, questo orientamento non ha ancora trovato accoglimento.

Nel primo caso presentato dinanzi alla Corte – il caso *Carvalho* o *The People's Climate case*[47] – l'argomentazione dei ricorrenti secondo cui il pacchetto legislativo (da essi impugnato) incidesse direttamente sulla loro situazione giuridica, è stato infatti respinto. In tale occasione, i ricorrenti hanno sostenuto che gli atti giuridici impugnati, imponendo una riduzione insufficiente delle emissioni di gas a effetto serra e autorizzando di conseguenza un volume eccessivo di emissioni, avrebbero violato i loro diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vale a dire il diritto alla vita (art. 2), il diritto all'integrità della persona (art. 3), i diritti del minore (art. 24), il diritto di lavorare e di esercitare un'occupazione liberamente scelta o accettata (art. 15), la libertà d'impresa (art. 16), il diritto di proprietà (art. 17) e il diritto alla parità di trattamento (artt. 20 e 21).

Essi hanno inoltre affermato che la violazione di tali diritti fosse unica e diversa per ogni individuo in quanto un agricoltore colpito dalla siccità si trova in una situazione diversa da quella di un agricoltore i cui terreni sono inondati.

Nel caso di specie, dapprima il Tribunale e, successivamente, la Corte, in appello, non sono entrati nel merito del ricorso, dichiarato irricevibile per l'assenza dei requisiti necessari al riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio ai sensi del quarto comma dell'art. 263 TFUE.

In particolare, con la sua ordinanza, il Tribunale ha affermato che, se è vero che ogni individuo può essere colpito in un modo o nell'altro dai cambiamenti climatici, «tuttavia, il fatto che gli effetti del cambiamento climatico possano, per una persona, essere diversi da quelli che hanno per un'altra non significa che, per tale ragione, sussista la legittimazione ad agire contro un atto di portata generale» e che «un approccio diverso avrebbe l'effetto di svuotare di contenuto i requisiti di cui all'articolo 263, quarto comma, TFUE e di creare un diritto di ricorso per tutti, senza tuttavia che il criterio dell'incidenza individuale ai sensi della giurisprudenza risultante dalla sentenza del 15 luglio 1963, Plaumann/Commissione, sia soddisfatto»[48].

[47] Tribunale 8 maggio 2019, T-330/18, *Carvalho e a./Parlamento e Consiglio*.

[48] *Ivi*, punto 50.

Al punto 60 dell'ordinanza del Tribunale, il Parlamento (relativamente alla richiesta di condanna del Consiglio e del Parlamento alla adozione, quale risarcimento sotto forma di ingiunzione, di misure che imponessero una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2030 compresa, almeno, tra il 50% e il 60%) ha sostenuto inoltre che non esiste un nesso diretto e specifico tra il comportamento del legislatore dell'Unione e il danno che i ricorrenti sostengono di aver sofferto. Per sostenere tale ragionamento, il Parlamento osserva che «il cambiamento climatico è globale e l'Unione, anche riducendo a zero tutte le sue emissioni, non è in grado di superare da sola il cambiamento climatico»[49].

Se questa è in sintesi l'argomentazione della Corte di giustizia, è interessante chiedersi quali potranno essere gli sviluppi a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte EDU del 9 aprile 2024 sul caso *KlimaSeniorinnen*[50].

6. *Quali prospettive per la giustizia climatica europea dopo* KlimaSeniorinnen*?*

Il 9 aprile 2024, la Corte europea dei diritti dell'uomo – pubblicando la propria decisione sul caso V*erein KlimaSeniorinnen Schweiz e a./Svizzera* – ha stabilito che l'articolo 8 CEDU (che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare) deve essere interpretato come comprensivo di un diritto per gli individui a una protezione effettiva da parte delle autorità statali contro i gravi effetti avversi del cambiamento climatico sulla loro vita, salute, benessere e qualità della vita[51].

Dal riconoscimento di tale diritto la Corte EDU ha fatto poi discendere l'obbligo degli Stati, ai sensi dell'art. 8 CEDU, di fare "la propria parte" per garantire tale protezione. Secondo la Corte, il «dovere primario» (*Primary Duty*) dello Stato consiste nell'adottare e applicare in modo efficace regolamenti e misure in grado di mitigare gli effetti esistenti e potenzialmente irreversibili del cambiamento climatico.

[49] Per un commento a tale sentenza, M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani,* in *OIDU*, 2020, pp. 506-537; ID., *La giustizia climatica nell'Unione europea: il caso Carvalho e le prospettive future*, *ivi*, 2023, pp. 654-662; F. GALLARATI, *Caso Carvalho: la Corte di Giustizia rimanda l'appuntamento con la giustizia climatica*, in *DPCE online*, n. 2, 2021, p. 2603 ss.

[50] Si veda, sul tema, N. DE ARRIBA-SELLIER (ed.), *Symposium, Climate Protection as a European Fundamental Right under the ECHR and beyond*, in *ELL*, n. l, 2024.

[51] Corte EDU 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, punto 519.

La Corte ha aggiunto inoltre che tale obbligo deriva dalla relazione causale tra cambiamento climatico e godimento dei diritti convenzionali, e dal fatto che l'oggetto e lo scopo della Convenzione, in quanto strumento per la protezione dei diritti umani, richiedono che le sue disposizioni siano interpretate e applicate in modo da garantire diritti che siano concreti ed efficaci, non teorici e illusori[52].

Rispetto all'argomento della "goccia nell'oceano" – ossia la capacità dei singoli Stati di influire sul cambiamento climatico globale – la Corte EDU, al paragrafo 444 della sua sentenza, ha chiarito che «ciò che è importante e sufficiente per chiamare in causa la responsabilità dello Stato è che le misure ragionevoli che le autorità nazionali non hanno adottato avrebbero potuto avere una reale prospettiva di modificare l'esito o mitigare il danno» e che «nel contesto del cambiamento climatico, questo principio deve essere interpretato anche alla luce dell'articolo 3, § 3, della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), secondo il quale gli Stati dovrebbero adottare misure per anticipare, prevenire o minimizzare le cause del cambiamento climatico e mitigarne gli effetti negativi».

Secondo la Corte EDU, il rispetto effettivo dei diritti tutelati dall'art. 8 CEDU richiede che ogni Stato contraente intraprenda misure per una sostanziale e progressiva riduzione dei rispettivi livelli di emissione di gas a effetto serra, con l'obiettivo di raggiungere la neutralità delle emissioni entro, in linea di principio, i prossimi tre decenni.

Quanto al margine di apprezzamento da concedere agli Stati, essa ha sostenuto che deve essere ridotto per quanto riguarda la definizione degli obiettivi necessari, ma rimane ampio in relazione alla scelta dei mezzi per perseguire tali obiettivi. Uno degli elementi forse più innovativi della sentenza consiste nell'aver stilato la Corte cinque "criteri" utili a valutare se uno Stato sia rimasto entro il proprio margine di apprezzamento. In particolare, è necessario accertare, anche per via giudiziale, che le autorità nazionali competenti abbiano debitamente preso in considerazione la necessità di: a) adottare misure che indichino una *timeline* per il raggiungimento della *carbon neutrality* e il *carbon budget* rimanente, quantificando le future emissioni di gas a effetto serra; b) stabilire obiettivi e percorsi intermedi di riduzione delle emissioni; c) fornire prove di aver rispettato, o di essere in procinto di rispettare, gli obiettivi di riduzione assegnati; d) mantenere aggiornati gli obiettivi di riduzione dei gas serra con la dovuta diligenza e sulla base delle migliori tecniche disponibili; e) agire in modo tempestivo, appropriato e

[52] *Ivi*, punti 435, 519 e 545.

coerente durante l'elaborazione e l'attuazione della legislazione e delle misure attuative[53].

Senza indugiare oltre sui vari punti interessanti della sentenza, preme sottolineare che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU potrebbe fungere da stimolo per un'interpretazione più progressista anche da parte della Corte di giustizia, in considerazione dell'art. 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In proposito, va ricordato che le "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali" forniscono un elenco delle disposizioni della Carta che corrispondono a quelle della CEDU, tra le quali rientrano, per quanto rilevante in questo contesto, gli artt. 2 e 8 CEDU, corrispondenti rispettivamente agli artt. 2 e 7 CDFUE, i quali fanno parte, in particolare, dell'elenco di norme aventi *significato* e *portata* identici a quelli della CEDU.

L'art. 7 CDFUE, che corrisponde all'art. 8 CEDU, potrebbe dunque essere letto secondo l'interpretazione ad esso attribuita dalla Corte EDU, aprendo la strada alla possibilità che la Corte di giustizia, seguendo l'approccio della Corte EDU, riconosca che anche il diritto alla protezione degli individui dai gravi effetti negativi sulla loro vita derivanti dal cambiamento climatico, rientri nella tutela offerta dall'art. 7 della Carta.

Tuttavia, è necessario osservare che la Corte di giustizia non si considera vincolata ad applicare automaticamente la giurisprudenza della Corte EDU. Sebbene il dialogo tra le due Corti sia frequente e improntato alla cooperazione, la Corte di Lussemburgo ha dimostrato, in numerosi precedenti, una certa autonomia, bilanciando il dialogo con la Corte EDU con l'esigenza di preservare le peculiarità del sistema giuridico dell'Unione.

Nondimeno, la risonanza della sentenza *KlimaSeniorinnen* potrebbe esercitare una pressione significativa affinché la Corte adotti una posizione più progressista in tema di cambiamento climatico.

Nel contesto del contenzioso climatico europeo, invero, si osserva già da tempo un'interessante dinamica di "dialogo tra corti". Le decisioni di tribunali nazionali in diversi Paesi hanno iniziato a influenzare le argomentazioni di altre giurisdizioni, creando una rete di precedenti che contribuisce a sviluppare una giurisprudenza transnazionale.

Queste interconnessioni giurisprudenziali non si limitano alle decisioni finali ma si manifestano già nelle fasi preparatorie dei ricorsi, dove casi

[53] M. CARDUCCI, *La sentenza KlimaSeniorinnen e il Carbon Budget come presidio materiale di sicurezza, quantitativa e temporale, contro il pericolo e come limite esterno alla discrezionalità del potere*, in *DPCE online*, n, 2, 2024, p. 1415 ss.

"gemelli" risolti favorevolmente per i ricorrenti vengono utilizzati per invocare le medesime argomentazioni giuridiche.

È significativo notare come la stessa Corte EDU in *KlimaSeniorinnen* abbia richiamato numerosi casi nazionali di rilievo, condividendone il ragionamento o ricordandone le argomentazioni (tra gli altri, *Urgenda*, *Neubauer*, *Friends of the Irish Environment*). Questo approccio conferma l'emersione di un dialogo giuridico sempre più strutturato, che non solo consolida un *corpus* comune di principi giuridici, ma potrebbe anche offrire agli interpreti nazionali e sovranazionali strumenti più robusti per affrontare le sfide poste dal cambiamento climatico[54].

L'attenzione riservata ai principi sanciti in sentenze chiave come *Urgenda*, una decisione di una corte nazionale, dimostra l'importanza attribuita ai precedenti nel contesto del cambiamento climatico e rende lecito prevedere che quanto affermato in *KlimaSeniorinnen* eserciterà un'influenza ancora maggiore, provenendo dalla Corte EDU, la cui interpretazione delle norme della Convenzione può offrire un terreno comune per la giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia.

Questo approccio potrebbe segnare un passo importante verso l'armonizzazione della giurisprudenza climatica in Europa, aprendo la strada a una protezione più efficace dei diritti umani in un contesto di crescente crisi ambientale[55].

Pertanto, sebbene permangano incertezze sull'adesione della Corte di giustizia all'interpretazione offerta dalla Corte EDU – che, lo si ricorda, non è automatica – l'evoluzione giurisprudenziale e la crescente attenzione internazionale verso il cambiamento climatico rendono sempre più plausibile che la Corte di giustizia possa accogliere e sviluppare ulteriormente il legame tra diritti fondamentali e cambiamento climatico. Una simile evoluzione

[54] Sul tema delle interconnessioni e "trascinamenti" tra le decisioni delle corti, si veda G. PANE, *Pro e contro dei rimedi domestici: prospettive di sinergia europea nel contenzioso climatico collettivo*, in *OIDU*, 2023, pp. 375-393.

[55] In merito agli sviluppi futuri, sarà interessante osservare l'evoluzione dei casi *Uricchio/Italia* (Corte EDU, ric. n. 14615/21) e *De Conto c. Italia* (Corte EDU, ric. n. 14620/21), entrambi registrati il 3 marzo 2021. Si tratta di due ricorsi proposti da giovani cittadini italiani, i quali lamentano – ai sensi degli articoli 2, 8, 13 e 14 CEDU – che l'inazione climatica di 33 Stati membri, attraverso l'insufficiente contenimento delle emissioni di gas serra, abbia aggravato il cambiamento climatico e favorito eventi climatici estremi, con conseguenze negative sul loro benessere psicofisico e sulle condizioni generali di vita. Resta da vedere se la Corte EDU manterrà l'orientamento innovativo adottato nella sentenza *KlimaSeniorinnen*, o se opterà per un approccio più cauto e restrittivo.

rappresenterebbe un passo decisivo per il contenzioso climatico a livello europeo, consolidando il ruolo del diritto dell'Unione come strumento di tutela contro una delle sfide più urgenti del nostro tempo.

Infine, poiché la CEDU rappresenta il principale strumento di tutela dei diritti fondamentali in Europa, sottoscritto da tutti gli Stati membri dell'Unione, i recenti sviluppi relativi alla potenziale adesione dell'Unione alla CEDU a seguito della conclusione dei negoziati a livello tecnico nel marzo 2023, emergono come una soluzione logica e coerente per rafforzare il collegamento tra l'ordinamento dell'Unione e gli obblighi in materia di diritti fondamentali.

Qualora l'adesione si concretizzasse, la Convenzione entrerebbe a far parte integrante del diritto dell'Unione europea, affiancandosi alle altre norme primarie ed in particolare a quanto derivante dalla Carta dei diritti fondamentali, rafforzando ulteriormente l'allineamento tra i due sistemi di tutela dei diritti. Già oggi, la Carta dei diritti fondamentali presenta un elevato grado di conformità rispetto alla CEDU, ma l'adesione comporterebbe l'applicabilità diretta della Convenzione nell'ordinamento dell'Unione, consolidando un'identità di disciplina della tutela dei diritti umani.

Nondimeno, anche prescindendo dall'adesione formale dell'Unione alla CEDU, le possibili ricadute della sentenza *KlimaSeniorinnen* sul contenzioso climatico europeo appaiono significative. Con un buon grado di certezza, si può affermare che essa stimolerà un incremento rilevante della proposizione di azioni climatiche in Europa.

Da un lato, il riconoscimento esplicito di un'obbligazione climatica derivante dall'articolo 8 CEDU fornirà un nuovo ed aggiuntivo impulso alla presentazione di cause climatiche basate sui diritti fondamentali, consolidando una tendenza già emersa a seguito della storica decisione *Urgenda*. Dall'altro, il rafforzamento del ruolo delle associazioni ambientaliste (una delle conseguenze più significative della sentenza), reso possibile dall'allentamento dei requisiti di legittimazione attiva per i loro ricorsi, consente di presumere un'intensificazione dell'attivismo di tali associazioni nella promozione di cause climatiche in tutti gli Stati parte della Convenzione.

Questi sviluppi suggeriscono l'apertura di una strada verso l'affermazione di un diritto al clima in ambito europeo.

Come avvenuto per il riconoscimento della maggior parte dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, originati dalla sensibilità dei giudici della Corte di giustizia, in un tempo in cui il tema dei diritti, nella CEE, era assente, il diritto al clima potrebbe emergere da una sensibilità giurisprudenziale capace di anticipare i tempi, ponendo ancora una volta l'individuo

e le sue necessità al centro del sistema europeo di tutela dei diritti[56]. Così come i diritti fondamentali sono stati riconosciuti ben prima della loro formalizzazione in un "catalogo" scritto di diritti, anche il diritto al clima potrebbe emergere attraverso il dinamismo delle corti.

Fino a quando un diritto al clima esplicito non venga formalmente affermato, è infatti fondamentale che l'Unione europea sfrutti appieno le potenzialità offerte dal diritto internazionale e integri gli sviluppi giuridici provenienti da questo ambito. Il contributo di strumenti come l'Accordo di Parigi, nonché l'orientamento giurisprudenziale di corti internazionali e regionali, potrebbe offrire spunti preziosi per colmare il vuoto normativo e rafforzare l'efficacia delle politiche climatiche europee.

Non cogliere questa opportunità rappresenterebbe una grave perdita per l'Unione.

Per la portata storica dei valori che essa incarna e per la sua consolidata tradizione come punto di riferimento nel riconoscimento di diritti fondamentali, l'Unione deve assumere un ruolo da protagonista nell'affermazione di un diritto al clima, non solo come necessità giuridica ma anche come imperativo morale e politico.

Valorizzare il potenziale normativo e giurisprudenziale già esistente, in attesa di una codificazione esplicita, è un passo essenziale affinché l'Unione affronti con determinazione le sfide globali e rimanga fedele al suo impegno di custode dei diritti fondamentali.

7. *Osservazioni conclusive: l'"armamentario" normativo dell'UE verso la neutralità climatica tra* governance *del clima e lotta per i diritti*

Alla luce di quanto osservato nei paragrafi che precedono, è possibile riassumere alcuni punti salienti sul percorso compiuto finora e le sfide future.

Una prima considerazione, osservando l'evoluzione della disciplina dell'Unione in tema di lotta al cambiamento climatico, riguarda la continua

[56] L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998; ID., *L'integrazione europea attraverso i diritti: come non tornare indietro*?, in *La Rassegna Mensile di Israel*, vol. 82, n. 1, 2016, p. 69 ss., la quale ha affermato che: «Le sentenze affermanti diritti fondamentali hanno potuto convincere perché muovevano dalle c.d. tradizioni costituzionali comuni, dai valori comuni ai Paesi membri, perché muovevano da un *idem sentire*, prima ancora che dal riconoscimento da parte delle istituzioni o di una maggioranza».

e significativa espansione normativa dell'Unione europea, che ha dimostrato una crescente consapevolezza circa la gravità della crisi climatica e ha progressivamente ampliato e affinato il proprio "arsenale" legislativo.

Tuttavia, questa evoluzione normativa non è stata priva di ostacoli, e la sua implementazione richiede tuttora un costante monitoraggio per garantire che gli ambiziosi obiettivi tracciati siano effettivamente raggiunti. Le sfide future si concentrano sulla capacità degli Stati membri di conformarsi a tali misure in un quadro di competenze condivise, oltre che sulla necessità di mantenere un equilibrio tra le esigenze economiche, sociali e ambientali, soprattutto in un contesto di molteplici crisi globali.

Nel tentativo di fornire una risposta all'interrogativo che ha guidato questo contributo, è possibile affermare che, da un punto di vista strettamente giuridico, l'ambizioso obiettivo di pervenire alla neutralità climatica entro il 2050 è passato da una dimensione di *soft law*, dove era precedentemente collocato, a una sfera di *hard law*. Questo rappresenta senza dubbio un significativo progresso: l'impegno politico dell'Unione è divenuto un obbligo giuridico formale e vincolante, che impone standard chiari da rispettare.

Da questo angolo visuale, è quindi possibile affermare che vi sia stato un effettivo passo in avanti[57].

Quanto al secondo aspetto oggetto di analisi, invece, la legge è stata un'opportunità mancata di inserire un riferimento esplicito alla tutela dei diritti umani e, in particolare, al diritto al clima, perché avrebbe non solo rafforzato l'efficacia della normativa, ma avrebbe anche offerto agli individui e alle comunità colpite dagli effetti del cambiamento climatico una base legale per invocare la protezione dei propri diritti nei tribunali nazionali ed europei.

Come anticipato, per quanto il cambiamento climatico sia riconosciuto come una "minaccia esistenziale" e sebbene vi sia una crescente consapevolezza circa il suo impatto sui diritti umani, il nesso tra questi ultimi e l'azione climatica resta ancora marginale nel contesto normativo europeo.

Quest'aspetto non appare quindi mutato rispetto al passato o, meglio, potenziato a sufficienza negli oltre cinquanta anni di politica sul clima e

[57] Non va tuttavia trascurato che questo processo mostra anche talune carenze che riguardano l'adeguatezza del sistema di *governance* dell'energia e del clima ad assicurare la concretizzazione degli ambiziosi obiettivi prefigurati dall'Unione europea: perplessità discendono dalla circostanza per cui il successo complessivo della *mission* risulta dipendere in larga misura dagli Stati membri e dal loro ossequio al principio di leale cooperazione.

solleva interrogativi su come le politiche climatiche dell'Unione potranno affrontare, in modo olistico, le complesse sfide future, includendo una prospettiva più ampia sui diritti umani e sugli impatti sociali della crisi climatica.

In definitiva, alla luce dei limiti finora emersi e considerato che il percorso per vincere la sfida contro il cambiamento climatico è lungi dall'aver raggiunto la vetta, la legge europea sul clima non può essere vista come il traguardo finale del processo avviato dagli anni Novanta.

Piuttosto, rappresenta una tappa, seppur significativa, in un cammino che resta ancora molto lungo e tortuoso.

Se, da un lato, l'Unione europea ha compiuto notevoli progressi, predisponendo un quadro normativo all'avanguardia e ponendosi come *leader* nella lotta al cambiamento climatico, dall'altro resta ancora molto lavoro da fare per sviluppare un approccio più incisivo e coerente.

In primo luogo, è necessario che gli Stati membri siano soggetti a una maggiore pressione e a meccanismi di controllo più stringenti da parte delle istituzioni europee. In secondo luogo, è fondamentale che i diritti umani diventino un elemento centrale e imprescindibile delle politiche climatiche, anziché rimanere sullo sfondo. Solo così sarà possibile garantire una protezione più efficace e inclusiva, che tenga conto non solo degli imperativi ambientali, ma anche delle dimensioni sociali e umane della crisi climatica.

D'altronde, «non c'è giustizia sociale senza giustizia ecologica»[58].

[58] Serge Latouche.

Abstract (ita)

L'Unione europea è stata tradizionalmente all'avanguardia in tema di lotta al cambiamento climatico, secondo un approccio che gradualmente è progredito fino a trasformarsi nell'elaborazione di una vera e propria politica europea del clima, culminata nell'adozione del regolamento (UE) 2021/1119 (legge europea sul clima), che sancisce l'obiettivo vincolante della neutralità climatica entro il 2050. Il presente contributo analizza criticamente tale regolamento, interrogandosi sulla coerenza tra l'enunciazione dell'obiettivo e l'effettività del sistema di *governance* e dei meccanismi attuativi previsti. Particolare attenzione è dedicata all'assenza di una prospettiva basata sui diritti fondamentali, in particolare del riconoscimento di un diritto al clima stabile. In tale contesto, si prospetta un possibile intervento anticipatorio della Corte di giustizia che, basandosi e rafforzando l'approccio di recente adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e a./Svizzera*, potrebbe gettare le fondamenta per il riconoscimento di un diritto al clima, che integrerebbe e rafforzerebbe gli obblighi esistenti degli Stati di rispettarlo e proteggerlo.

Abstract (eng)

The European Union has traditionally been at the forefront of the fight against climate change, following an approach that has gradually evolved into the development of a genuine European climate policy. This process culminated in the adoption of Regulation (EU) 2021/1119 ("European Climate Law"), which enshrines the legally binding objective of climate neutrality by 2050. This contribution offers a critical analysis of the Regulation, questioning the consistency between the stated objective and the effectiveness of the governance framework and implementation mechanisms provided. Particular attention is devoted to the absence of a fundamental rights-based perspective, notably the lack of recognition of a right to a stable climate. In this context, the paper considers the possibility of anticipatory judicial intervention by the Court of Justice, which – building upon and reinforcing the approach recently adopted by the European Court of Human Rights in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* – could lay the groundwork for the recognition of a right to climate, thereby reinforcing existing State obligations to respect and protect it.

IL *CRITICAL RAW MATERIALS ACT* E LA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE: NON È TUTTO "ORO" QUEL CHE LUCCICA?

Cristina Grieco[*] - Alessandro Rosanò[**]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'interesse dell'Unione europea per le materie prime critiche negli atti di *soft law*. – 3. L'interesse dell'Unione europea per le materie prime critiche negli atti di *hard law*. – 4. La disciplina del regolamento (UE) 2024/1252 (il *Critical Raw Materials Act*). – 5. *Segue*: la dimensione esterna del *Critical Raw Materials Act*: opportunità e criticità dei partenariati strategici. – 6. Profili critici del *Critical Raw Materials Act* e possibili rischi di mancato coordinamento con altri atti e obiettivi europei. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Già a metà degli anni Settanta l'allora Commissione delle Comunità europee si interrogava con riferimento al tema dell'approvvigionamento di materie prime. Non avrebbe potuto essere diversamente in un contesto contraddistinto dalla crisi energetica del 1973, determinata dalla decisione degli Stati dell'OPEC di aumentare il prezzo del petrolio e di disporre l'embargo nei confronti dei Paesi che venivano ritenuti stretti alleati di Israele[1].

In una comunicazione adottata nel 1975, l'esecutivo europeo evidenziava che, per fare in modo di mantenere vive e prospere le attività economiche negli Stati membri, sarebbe stato necessario avere a disposizione materie prime che non avrebbero potuto essere ottenute semplicemente contando sulle risorse minerarie d'Europa, sul riciclaggio di materiali e su un contenimento dei consumi, dovendo invece essere mantenuto l'accesso alle fonti a disposizione nei Paesi in via di sviluppo a condizioni soddisfacenti per tutte le parti coinvolte[2].

[*] Ricercatore *Tenure Track* in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Macerata, Dipartimento di Giurisprudenza, Dipartimento di Eccellenza 2023-2027.

[**] Ricercatore *Tenure Track* in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Parma, Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali, Dipartimento di Eccellenza 2023-2027.

[1] Per un'introduzione, U. WASSERMANN, *The Energy Crisis*, in *Journal of World Trade*, n. 4, 1974, p. 364 ss.; D. SCHUMACHER, *Energy: Crisis or Opportunity? An Introduction to Energy Studies*, London, 1985, p. 21 ss.

[2] Comunicazione della Commissione delle Comunità europee, Approvvigionamento di materie prime della Comunità, COM (75) 50final, p. 2.

Chiarito che non si sarebbe tornati a politiche di tipo autarchico, si individuavano materie che non parevano sollevare problemi circa la loro reperibilità – per esempio, cobalto, magnesio, mercurio, nichel – e altre – quali cromo, tungsteno e manganese – che invece imponevano una riflessione, in quanto le loro riserve erano concentrate in Stati quali la Repubblica popolare cinese, il Sud Africa o l'Unione sovietica[3].

Si concludeva rilevando che il problema dell'approvvigionamento non si sarebbe prestato a soluzioni spettacolari e immediate, dovendo invece essere affrontato ponendosi in un'ottica di lungo termine, e prefigurando la creazione di meccanismi di informazione, coordinamento e pianificazione[4].

Tale valutazione vale ancora oggi. In effetti, se si considera quali sono i motivi per cui una materia prima può essere identificata come critica, si capisce perché la riflessione sul punto debba essere estremamente attenta, ponderata e non fondata sulla mera reazione a quanto accade di volta in volta. I principali rischi di approvvigionamento includono interruzioni fisiche per via di guerre o disastri naturali, squilibri dovuti alla natura oligopolistica del mercato e misure imputabili alle decisioni assunte dai governi di volta in volta in carica nei Paesi dove le materie prime vengono estratte (si pensi alle restrizioni alle esportazioni)[5]. Ecco che allora le materie prime

[3] *Ivi*, pp. 7, 20 e 22.

[4] *Ivi*, p. 30.

[5] T. E. GRAEDEL, B. K. RECK, *Six Years of Criticality Assessments. What Have We Learned So Far?*, in *Journal of Industrial Ecology*, n. 4, 2016, p. 693. Per quel che riguarda le restrizioni alle esportazioni, si consideri che il tema è già emerso nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) con riferimento ai rapporti tra Unione europea e Stati ricchi di materie prime critiche. Risaputamente, l'Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio, all'art. XI, pone un divieto generale di restrizioni quantitative. Sulla base, tra l'altro, di tale divieto, l'Unione europea ha contestato misure restrittive adottate dalla Repubblica popolare cinese quanto all'esportazione di terre rare, tungsteno e molibdeno e dall'Indonesia quanto all'esportazione di nichel, attivando il *Dispute Settlement Body* dell'OMC. Rispettivamente nel 2014 (DS432: *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum*) e nel 2022 (DS592: *Indonesia – Measures Relating to Raw Materials*), l'Unione ha visto accolte le proprie rimostranze. Per quel che riguarda il caso relativo alle misure disposte dalla Repubblica popolare cinese, si è giunti alla rimozione di tutte le restrizioni precedentemente introdotte. Con riferimento al caso dell'Indonesia, invece, quest'ultima ha deciso di impugnare il *report* reso dal *panel* dinanzi all'*Appellate Body*. Come noto, dal dicembre 2019 l'*Appellate Body* non funziona più, dato il blocco delle nomine in seno a tale organo portato avanti dagli Stati Uniti a partire dal 2017. Pertanto, può dirsi che il *report* è stato impugnato «into the void», con la conseguenza che la controversia rimane pendente (così V. CROCHET, W. ZHOU, *Critical insecurities? The European Union's trade and investment strategy for a stable supply of minerals for the green transition*, in *EJIL*, 23 February 2023).

critiche vanno identificate come tali perché interruzioni nella loro fornitura possono avere impatti estremamente negativi per le economie degli Stati che da quelle dipendono. In particolare, il carattere di criticità è da ricondurre alla combinazione di un'importanza economica comparativamente elevata con un rischio parimenti elevato di interruzioni nell'approvvigionamento[6] o, con altra formula, al fatto che le materie prime in parola sono essenziali per lo sviluppo economico, ma presentano forniture limitate e sono soggette a squilibri tra domanda e offerta[7].

L'argomento emerse in tutta la sua portata agli inizi degli anni Duemila, quando i Paesi industrializzati cominciarono ad affrontare la questione delle materie prime critiche non in termini di disponibilità potenziale, bensì tenendo conto dell'origine effettiva delle materie utilizzate nell'ambito delle loro economie e dell'instabilità nell'approvvigionamento in ragione delle scelte compiute dagli Stati terzi in cui quelle materie risultavano concentrate[8]. Al riguardo, si pensi al fatto che metalli rari quali l'antimonio, il germanio, l'indio, il gallio, la fluorite, il tungsteno e le terre rare provengono, per la maggior parte, dalla Repubblica popolare cinese[9], mentre il Brasile è un importante produttore di niobio, la Russia di palladio, gli Stati Uniti di berillio e la Repubblica democratica del Congo di cobalto[10]. E ancora, si può fare riferimento al rame, estratto principalmente in Cile, Perù, Repubblica democratica del Congo, Repubblica popolare cinese e Stati Uniti[11] o al nichel, i cui maggiori produttori sono Indonesia, Filippine e Russia[12].

Considerato, giusto per fare alcuni esempi, che uno *smartphone* necessita di più di quaranta tipi di materie prime critiche, tra cui cobalto, gallio,

[6] B. BUIJS, H. SIEVERS, L. TERCERO ESPINOSA, *Limits to the critical raw materials approach*, in *Waste and Resource Management*, n. 4, 2012, p. 202.

[7] M. M. POULTON ET AL., *State of the world's nonfuel mineral resources: Supply, demand, and socio-institutional fundamentals*, in *Annual Review of Environment and Resources*, 2013, p. 348.

[8] D. SCHRIJVERS, *A review of methods and data to determine raw material criticality*, in *Resources, Conservation & Recycling*, 2020, pp. 4 e 8.

[9] L'elenco delle materie prime critiche prodotte dalla Repubblica popolare cinese è particolarmente lungo e la quota di tale Stato nell'approvvigionamento globale per ciascuna di esse è estremamente significativa e presenta evidenti ricadute sul piano delle relazioni internazionali. Si pensi ad alluminio (56%), cobalto (60%), gallio (94%), germanio (83%), terre rare leggere (85%) e terre rare pesanti (100%). Per queste informazioni, Commissione europea, Study on the Critical Raw Materials for the EU 2023. Final Report, 2023, p. 7.

[10] G. PITRON, *La guerra dei metalli rari*, Roma, 2019.

[11] www.pubs.usgs.gov/periodicals/mcs2021/mcs2021-copper.pdf.

[12] *Ibidem*.

platino e terre rare[13], che quest'ultime sono fondamentali per la realizzazione di turbine eoliche e che le automobili ibride, *plug-in* ed elettriche utilizzano molto più rame delle automobili con motore a combustione[14], che rame e nichel sono necessari per la tecnologia fotovoltaica e per le pompe di calore[15], si comprende perché il tema sia dei più importanti per il futuro dell'economia e della società dell'Unione europea.

Il riferimento ai settori dell'eolico e del fotovoltaico è di particolare rilievo, visto l'obiettivo che l'Unione europea si è posta, coerentemente a quanto previsto dall'Accordo di Parigi del 2015, di ridurre irreversibilmente e gradualmente le emissioni antropogeniche di gas a effetto serra e di aumentare gli assorbimenti, raggiungendo l'equilibrio tra gli uni e gli altri al più tardi nel 2050[16]. Dunque, la transizione verso una società a basse emissioni di gas a effetto serra richiede grandi quantità di metalli e minerali per sostenere il ricorso alle energie rinnovabili[17].

Proprio questo ha giustificato l'adozione del regolamento (UE) 2024/1252 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, che istituisce un quadro atto a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche (nel prosieguo, il *Critical Raw Materials Act* o CRMA). A tal fine, il regolamento definisce misure volte a ridurre il rischio di perturbazioni dell'approvvigionamento relative alle materie prime critiche suscettibili di falsare la concorrenza e frammentare il mercato interno, nonché a migliorare la capacità dell'Unione di monitorare e attenuare il rischio di approvvigionamento e a garantire la libera circolazione delle materie

[13] Comunicazione della Commissione, Garantire l'accesso alle materie prime per il futuro benessere dell'Europa, COM (2012) 82final, p. 3.

[14] F. UMBACH, *The new "rare metal age". New challenges and implications of critical raw materials supply security in the 21st century*, in *RSIS Working Paper* No. 329, 27 April 2020, p. 3.

[15] Joint Research Centre, *Supply Chain Analysis and Material Demand Forecast in Strategic Technologies and Sectors in the EU – A Foresight Study*, 2023, p. 60 ss.

[16] 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.

[17] S. H. ALI ET AL., *Mineral Supply for Sustainable Development Requires Resource Governance*, in *Nature*, 16 March 2017, p. 543. L'Agenzia internazionale dell'energia prevede che «to keep global warming to an increase of no more than 2 degrees Celsius, in twenty years renewable energy must generate half the electricity on the planet. To meet this goal, the IEA assumes in one of its likely scenarios that combined solar and wind power must produce over 6,000 terawatt (TWh) hours. That's an enormous increase compared to the combined 750 TWh that the world produced in 2013» (D. S. ABRAHAM, *The Elements of Power*, New Haven-London, 2015, p. 136).

prime critiche e dei prodotti che le contengono[18]. Il contesto sopra descritto, le scoperte di giacimenti di terre rare in Svezia, nel 2023[19], e in Norvegia, nel 2024[20], nonché la conclusione di un accordo tra Stati Uniti e Ucraina diretto a permettere ai primi di avere accesso ai depositi di materie prime critiche della seconda[21] rendono sicuramente questa disciplina di estrema attualità e di notevole interesse.

Ora, come è stato rilevato dalla Banca Mondiale, le tecnologie che si presume caratterizzeranno il passaggio dai combustibili fossili all'energia pulita (ossia, sistemi eolici, solari, a idrogeno ed elettrici)[22] comportano un consumo molto più intenso di materie prime rispetto agli attuali sistemi di fornitura di energia. La domanda di metalli rilevanti raddoppia all'incirca per i settori eolico e solare, ma l'impennata più significativa si registra con riferimento alle tecnologie di stoccaggio dell'energia, con un aumento di oltre il 1000% dei metalli necessari per questa particolare soluzione[23].

A ciò deve aggiungersi che l'estrazione e l'uso di metalli comportano un'ampia gamma di conseguenze deleterie per l'uomo e l'ambiente, che si ricollegano tra l'altro all'uso del suolo, all'impoverimento dello strato di ozono, all'aumento nelle emissioni di gas a effetto serra e al cambiamento climatico[24]. Si calcola che l'impatto ambientale globale derivante dall'uso dei metalli sarà più che raddoppiato e in alcuni casi addirittura quadruplicato entro il 2060[25]. Basti considerare che vanno purificate otto tonnellate e mezza di roccia per produrre un chilo di vanadio e cinquanta tonnellate per un chilo di gallio[26].

[18] Art. 1, par. 2, del regolamento (UE) 2024/1252 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, che istituisce un quadro atto a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche e che modifica i regolamenti (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1724 e (UE) 2019/1020.

[19] *Sweden's LKAB finds Europe's biggest deposit of rare earth metals*, in *Reuters.com*, 13 January 2023.

[20] S. MEREDITH, *Norway discovers Europe's largest deposit of rare earth metals*, in *cnbc.com*, 11 June 2024.

[21] B. DEBUSMANN JR, T. BATEMAN, *US and Ukraine sign long-awaited natural resources deal*, in *bbc.com*, 1st May 2025.

[22] Per ulteriori indicazioni, Commissione europea, Joint Research Centre, *Critical Raw Materials for Strategic Technologies and Sectors in the EU – A Foresight Study*, 2020.

[23] Banca mondiale, *The Growing Role of Minerals and Metals for a Low Carbon Future*, 2017, p. 58.

[24] OCSE, *Global Material Resources Outlook to 2060. Economic drivers and environmental consequences*, October 2018, pp. 17-18.

[25] *Ibidem*.

[26] G. PITRON, *op. cit.*, p. 23.

Si capisce dunque perché nel CRMA l'approvvigionamento di materie prime critiche che si intende realizzare venga qualificato come sostenibile e perché si chiarisca che la libera circolazione delle materie prime critiche e dei prodotti che le contengono debba essere garantita assicurando al contempo un livello elevato di protezione dell'ambiente e di sostenibilità[27].

Allora, nel prosieguo, si intende procedere a una disamina più approfondita dei temi qui accennati. In primo luogo, si chiarisce la portata dell'interesse dell'Unione europea per le materie prime critiche prendendo in considerazione sia atti di *soft law* (paragrafo 2), sia atti di *hard law* (paragrafo 3). In seguito, si procede a una ricostruzione degli aspetti di maggiore rilievo del CRMA (paragrafo 4), per poi illustrare la dimensione esterna di tale atto e, dunque, opportunità e criticità dei partenariati strategici (paragrafo 5), nonché alcuni profili che si ricollegano alla coerenza della normativa in parola con gli obiettivi perseguiti dall'Unione in materia ambientale (paragrafo 6). Le conclusioni individuano ulteriori spunti per analisi future del tema (paragrafo 7).

2. *L'interesse dell'Unione europea per le materie prime critiche negli atti di* soft law

Nel 2008, la Commissione europea affermò che un accesso affidabile e senza distorsioni alle materie prime si configurava come un fattore centrale per la competitività dell'Unione, la quale era autosufficiente per quel che riguardava i minerali da costruzione, ma dipendeva in maniera netta dalle importazioni di metalli, come cobalto, platino, terre rare e titanio, necessari per la realizzazione di prodotti ad alta tecnologia[28]. Posto che i principali fornitori erano l'Australia, la Russia, la Repubblica popolare cinese e alcuni Stati africani e sudamericani, si rendeva necessario operare su più livelli, avviando una diplomazia delle materie prime, favorendo l'approvvigionamento sostenibile e riducendo il consumo di materie prime nell'Unione[29].

Tre anni più tardi, l'esecutivo europeo pubblicò un primo elenco di materie prime essenziali, individuate come tali in quanto presentavano un

[27] Art. 1, parr. 1 e 2, del regolamento (UE) 2024/1252, cit.

[28] Comunicazione della Commissione, L'iniziativa "materie prime" – Rispondere ai nostri bisogni fondamentali per garantire la crescita e creare posti di lavoro in Europa, COM (2008) 699def., pp. 2-3

[29] *Ivi*, pp. 6-7, 10-11. Tale impostazione è stata poi ribadita nella comunicazione della Commissione relativa all'attuazione dell'iniziativa "materie prime", COM (2013) 442final.

rischio particolarmente elevato di carenze di approvvigionamento nel decennio successivo e in ragione del ruolo particolarmente importante di esse nella catena del valore[30]. Tra queste, in particolare, venivano poste in risalto le terre rare. Al riguardo, si sottolineava che l'Unione dipendeva totalmente dalle importazioni, dato che il 97% della produzione mondiale si concentrava nella Repubblica popolare cinese[31].

L'elenco è stato aggiornato nel 2014[32], nel 2017[33] e nel 2020[34], passandosi dalle originarie quattordici materie prime essenziali a venti, ventisette e infine trenta. Nel 2017 è stata anche chiarita la metodologia a cui fa ricorso la Commissione europea per stabilire se una materia prima sia critica. I due parametri principali sono l'importanza economica, che fornisce informazioni circa la rilevanza di un materiale per l'economia dell'Unione in termini di applicazioni finali e di valore aggiunto nei settori manifatturieri, e il rischio di approvvigionamento, che si ricollega alla concentrazione delle risorse nei Paesi produttori[35].

Il tema è presente anche nella comunicazione del 2019 sul *Green Deal* europeo, ove si è affermato che l'accesso alle risorse è una questione di sicurezza strategica per l'ambizione di trasformare l'Unione in una società efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra[36]. Sul punto, si è messo in evidenza che «garantire l'approvvigionamento di materie prime sostenibili, in particolare di quelle essenziali per le tecnologie pulite e le applicazioni digitali, spaziali

[30] Comunicazione della Commissione, Affrontare le sfide relative ai mercati dei prodotti di base e alle materie prime, COM (2011) 25def., p. 12.

[31] *Ivi*, p. 13. Non a caso, già nel lontano 1987 l'allora leader supremo Deng Xiaoping aveva affermato che il Medio Oriente aveva il petrolio, ma la Repubblica popolare cinese aveva le terre rare (per la citazione, F. SASSI, *Terre rare: Cina pigliatutto*, in *ISPI online*, 28 aprile 2023).

[32] Allegato 1 della comunicazione della Commissione concernente la revisione dell'elenco delle materie prime essenziali per l'UE e l'attuazione dell'iniziativa "materie prime", COM (2014) 297final.

[33] Allegato 1 della comunicazione della Commissione concernente l'elenco 2017 delle materie prime essenziali per l'UE, COM (2017) 490final.

[34] Allegato 1 della comunicazione della Commissione, Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità, COM (2020) 474final.

[35] Commissione europea, Methodology for establishing the EU list of critical raw materials. Guidelines, 2017, pp. 2-3.

[36] Comunicazione della Commissione, Il Green Deal europeo, COM (2019) 640final, p. 2.

e di difesa, diversificando l'offerta da fonti sia primarie che secondarie, è (…) uno dei prerequisiti per far sì che tale transizione si realizzi»[37].

Sotto questo punto di vista, è stato messo in chiaro che, con la transizione verso la neutralità climatica, la dipendenza dai combustibili fossili potrebbe essere sostituita da una dipendenza dalle materie prime. Pertanto, l'accesso a tali materie deve essere diversificato e senza distorsioni[38]. Può quindi ricondursi tale problema a quello, più ampio, dell'autonomia strategica dell'Unione[39].

Al riguardo, non può non richiamarsi la strategia *Global Gateway*, lanciata nel 2021 per realizzare investimenti significativi nello sviluppo delle infrastrutture in tutto il mondo[40]. Tra l'altro, in essa è stata espressa la volontà di collaborare con tali Stati al fine di realizzare infrastrutture necessarie per lo sviluppo di catene del valore delle materie prime sostenibili e resilienti[41].

Negli ultimi anni, la tematica è diventata sempre più ricorrente. A conferma di ciò, può richiamarsi la dichiarazione di Versailles del 2022, nella quale i capi di Stato o di governo degli Stati membri hanno espresso l'impegno di garantire l'approvvigionamento dell'Unione attraverso partenariati strategici[42], esplorando la costituzione di scorte e promuovendo l'economia circolare e l'efficienza nell'uso delle risorse[43].

Può poi farsi riferimento alle comunicazioni in cui la Commissione europea ha ribadito l'indispensabilità delle materie prime critiche per settori quali l'industria a zero emissioni nette, l'industria digitale, l'industria

[37] *Ivi*, p. 9.

[38] COM (2020) 474final, cit., p. 1.

[39] Per un'introduzione a tale concetto, si vedano, senza pretesa di esaustività, M. E. BARTOLONI, *La politica di sicurezza e di difesa comune dell'UE. verso un'"autonomia strategica" o "strategie in autonomia"?*, in *Le istituzioni del federalismo*, nn. 1-2-, 2022, p. 45 ss.; T. GEHRKE, *EU Open Strategic Autonomy and the Trappings of Geoeconomics*, in *European Foreign Affairs Review*, 2022, p. 61 ss.; N. HELWIG, V. SINKKONEN, *Strategic Autonomy and the EU as a Global Actor: The Evolution, Debate and Theory of a Contested Term*, *ivi*, 2022, p. 1 ss.; P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *L'autonomia strategica dell'Unione europea: dalla difesa… alla politica commerciale c'è ancora tanta strada da fare*, in *DPCE*, n. 2, 2023, p. 5 ss.

[40] Comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune, Il Global Gateway, JOIN (2021) 30final, pp. 2-3.

[41] *Ivi*, pp. 6-7.

[42] Si tornerà sul tema *infra*.

[43] Riunione informale dei capi di Stato o di governo, *Dichiarazione di Versailles*, 10 e 11 marzo 2022, p. 7.

aerospaziale e la difesa[44] e ha previsto un aumento senza precedenti nella domanda di materie prime nel prossimo futuro[45].

Ancora, in una raccomandazione del 2023, la Commissione europea ha identificato i dieci settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'Unione, tra i quali rientra quello dei materiali avanzati e delle tecnologie di fabbricazione e riciclaggio. Di esso fanno parte, *inter alia*, le tecnologie per l'estrazione, la trasformazione e il riciclaggio di materie prime critiche[46].

Nel gennaio 2025, è stata prefigurata la creazione di una piattaforma per l'acquisto in comune di materie prime critiche[47]. A distanza di un mese, la Commissione ha chiarito che, in una prima fase, dovrebbero essere costituiti una piattaforma per l'aggregazione della domanda e un meccanismo di abbinamento per le materie prime strategiche mentre, successivamente, verrebbe istituito un centro per l'acquisto in comune di materie prime critiche per conto delle imprese interessate e in cooperazione con gli Stati membri[48].

Facendo un passo indietro, va ricordato che nel 2022, nel discorso sullo Stato dell'Unione, la Presidente della Commissione europea aveva annunciato l'elaborazione di una normativa europea sulle materie prime critiche[49]. Successivamente, tale volontà è stata confermata, affermandosi che la disciplina in materia sarebbe stata diretta ad assicurare l'approvvigionamento di materie prime critiche, diversificando le fonti di provenienza e sostenendo il riciclo[50].

3. *L'interesse dell'Unione europea per le materie prime critiche negli atti di* hard law

Può ritenersi che gli atti di *soft law* sopra menzionati abbiano favorito

[44] Comunicazione della Commissione, Verso un'Europa più resiliente, competitiva e sostenibile, COM (2023) 558final, p. 9.

[45] Comunicazione della Commissione, Un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche a sostegno della duplice transizione, COM (2023) 165final, p. 1.

[46] Allegato alla raccomandazione (UE) 2023/2113 della Commissione, del 3 ottobre 2023, relativa ai settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'UE ai fini di un'ulteriore valutazione dei rischi con gli Stati membri.

[47] Comunicazione della Commissione, Bussola per la competitività dell'UE, COM (2025) 30final, p. 17.

[48] Comunicazione della Commissione, Il patto per l'industria pulita: una tabella di marcia comune verso la competitività e la decarbonizzazione, COM (2025) 85final, p. 16.

[49] www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_22_5493.

[50] Comunicazione della Commissione, Un piano industriale del Green Deal per l'era a zero emissioni nette, COM (2023) 62final, p. 6.

gli sviluppi normativi successivi[51], visto che, negli ultimi anni, le questioni poste dall'approvvigionamento delle materie prime critiche hanno trovato spazio anche in fonti vincolanti di diritto derivato dell'Unione, dedicate principalmente alla tutela dell'ambiente o alla transizione digitale dell'Unione.

Lasciando momentaneamente da parte il CRMA, può considerarsi che la direttiva (UE) 2018/851 ha modificato la direttiva 2008/98/CE (cd. direttiva rifiuti)[52], riscrivendo l'art. 9 di quest'ultima. Tale articolo è dedicato alla prevenzione dei rifiuti e, a seguito della riforma, stabilisce che gli Stati membri devono adottare misure volte a evitarne la produzione, le quali devono riguardare, quanto meno e tra l'altro, prodotti che contengono materie prime critiche, così da evitare che esse divengano rifiuti.

Inoltre, può richiamarsi il regolamento (UE) 2023/1542 sulle batterie e i rifiuti di batterie[53]. Nel preambolo, si ricorda che varie sostanze presenti nelle batterie, come il cobalto, il piombo, il litio o il nichel, sono ottenute da risorse scarse e non facilmente reperibili nell'Unione, e alcune sono considerate materie prime critiche (punti 29, 77 e 79). Alla luce di ciò, il regolamento dispone che certi tipi di batterie, che contengono cobalto, piombo, litio o nichel, devono essere accompagnati da una documentazione contenente informazioni sulla percentuale di tali materie prime presente nei materiali attivi e che è stata recuperata dai rifiuti della fabbricazione delle batterie o dai rifiuti post-consumo, nonché sulla percentuale di piombo presente nella batteria e che è stata recuperata dai rifiuti (art. 8).

Il regolamento (UE) 2024/795 istituisce la piattaforma per le tecnologie

[51] La rilevanza del *soft law* nel diritto dell'Unione ha attirato particolarmente l'attenzione degli studiosi almeno negli ultimi vent'anni e ha condotto a molteplici proposte classificatorie. Tra le più autorevoli, si ravvisa quella prospettata in D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI (eds.), *European Union Law*, IV ed., Cambridge, 2019, p. 116 ss., secondo la quale gli atti sopra illustrati avrebbero una valenza preparatoria (ossia, aprirebbero la strada per l'introduzione di normative vincolanti). Per ulteriori approfondimenti sull'argomento, senza pretesa di esaustività, F. TERPAN, *Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law*, in *ELJ*, n. 1, 2015, p. 68 ss.; M. ELIANTONIO, O. STEFAN, E. KORKEA-AHO (eds.), *EU Soft Law in the Member States. Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Oxford, 2021; P. L. LÁNCOS, N. XANTHOULIS, L. ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *The Legal Effects of EU Soft Law. Theory, Language and Sectoral Insights*, Cheltenham, 2023.

[52] Direttiva (UE) 2018/851 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti.

[53] Regolamento (UE) 2023/1542 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2023, relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie, che modifica la direttiva 2008/98/CE e il regolamento (UE) 2019/1020 e abroga la direttiva 2006/66/CE.

strategiche per l'Europa (STEP)[54], la quale opererà a sostegno delle tecnologie strategiche critiche ed emergenti e delle rispettive catene di approvvigionamento (art. 1, par. 1, e art. 2). In particolare, le tecnologie sono considerate critiche se apportano al mercato interno un elemento innovativo, emergente e all'avanguardia con un notevole potenziale economico o contribuiscono a ridurre o a prevenire le dipendenze strategiche dell'Unione (art. 1, par. 2). Nel regolamento si specifica che i progetti strategici riconosciuti in conformità delle disposizioni pertinenti del CRMA sono considerati progetti che contribuiscono all'obiettivo di sostenere lo sviluppo o la fabbricazione di tecnologie critiche in tutta l'Unione o di salvaguardare e rafforzare le rispettive catene del valore (art. 2, par. 1, lett. a), e par. 5)[55].

Può farsi altresì presente che, secondo la disciplina posta dal regolamento (UE) 651/2014 della Commissione[56], come modificato dal regolamento (UE) 2023/1315 della Commissione stessa[57], quanto agli aiuti di Stato al finanziamento del rischio, sono ammissibili le piccole e medie imprese non quotate che, al momento dell'investimento iniziale per il finanziamento del rischio, soddisfano almeno una di tre condizioni. Tra esse, una riguarda il fatto che le suddette imprese necessitano di un investimento che, sulla base di un piano aziendale elaborato per l'avvio di una nuova attività economica, è superiore al 50% del loro fatturato medio annuo degli ultimi cinque anni. Tuttavia, in deroga a tale previsione, la soglia viene ridotta al 30% per quanto riguarda investimenti iniziali in una nuova attività economica, tra i quali rientrano investimenti volti ad aumentare la capacità di estrazione, separazione, raffinazione, trasformazione o riciclaggio di una materia prima

[54] Regolamento (UE) 2024/795 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 febbraio 2024, che istituisce la piattaforma per le tecnologie strategiche per l'Europa (STEP) e modifica la direttiva 2003/87/CE e i regolamenti (UE) 2021/1058, (UE) 2021/1056, (UE) 2021/1057, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 223/2014, (UE) 2021/1060, (UE) 2021/523, (UE) 2021/695, (UE) 2021/697 e (UE) 2021/241.

[55] La nozione di progetto strategico verrà chiarita *infra*.

[56] Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato.

[57] Regolamento (UE) 2023/1315 della Commissione, del 23 giugno 2023, recante modifica del regolamento (UE) n. 651/2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato e del regolamento (UE) 2022/2473 che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti a favore delle imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura.

critica elencata nell'allegato IV del regolamento (art. 21, par. 3, lett. c), punto iii)). Una previsione analoga si ravvisa anche per quel che attiene agli aiuti contenuti nei prodotti finanziari sostenuti dal Fondo InvestEU (art. 56 *sexies*, par. 10, lett. a), punto ii)). L'ampia lista di materie prime critiche contempla, *inter alia*, cobalto, rame, gallio, germanio, terre rare leggere e pesanti e tungsteno (allegato IV).

Possono menzionarsi altresì due atti che definiscono misure restrittive nei confronti della Russia. La decisione (PESC) 2022/2478 stabilisce che, in deroga al divieto di prestare alcuni servizi quali quelli di *auditing*, di consulenza in materia fiscale e amministrativo-gestionale, di architettura e ingegneria, di consulenza giuridica e informatica in favore del governo russo o di persone giuridiche, entità o organismi stabiliti in Russia, le autorità competenti possono concedere un'autorizzazione dopo avere accertato che il servizio è necessario per, tra l'altro, l'acquisto, l'importazione o il trasporto nell'Unione di titanio, alluminio, rame, nichel, palladio e minerali di ferro (art. 1 *duodecies*, par. 10, lett. d))[58].

Una disposizione identica si ravvisa anche nel regolamento (UE) 2022/2474 del Consiglio[59]. Tale regolamento prevede, *inter alia*, che una serie di divieti, tra i quali quello di acquisire o aumentare la partecipazione in qualsiasi persona giuridica, entità od organismo registrati o costituiti a norma del diritto russo o di qualsiasi altro Stato terzo e operante nel settore delle attività estrattive in Russia, non si applica alle attività estrattive che generano la maggior parte del loro valore dalla produzione di uno dei materiali elencati nell'allegato XXX o che hanno come obiettivo principale tale produzione (art. 3 *bis*, parr. 2 e 5). I materiali individuati nell'allegato XXX sono, tra gli altri, cobalto, rame, nichel, titanio, terre rare leggere e terre rare pesanti.

Il tema emerge, per ovvie ragioni, anche in accordi conclusi con Stati terzi. Nell'accordo commerciale ed economico con il Canada del 2017 (CETA), si prevede l'impegno delle Parti contraenti ad avviare un dialogo bilaterale sulle materie prime al fine, in primo luogo, di creare una sede di discussione sulla cooperazione in materia, agevolare l'accesso al mercato per le materie prime e i relativi servizi ed investimenti ed evitare gli ostacoli non

[58] Decisione (PESC) 2022/2478 del Consiglio, del 16 dicembre 2022, che modifica la decisione 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina.

[59] Regolamento (UE) 2022/2474 del Consiglio, del 16 dicembre 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina.

tariffari al commercio di materie prime. Nell'accordo di libero scambio con il Vietnam del 2019, si prevede la riduzione o soppressione di dazi doganali su numerosi beni, tra i quali si ravvisano anche minerali di alluminio, cobalto, nichel, rame, molibdeno, titanio e zinco (allegato 2-A).

4. *La disciplina del regolamento (UE) 2024/1252 (il* Critical Raw Materials Act*)*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, l'analisi della disciplina del regolamento deve necessariamente muovere da due premesse fondamentali. In primo luogo, l'Unione europea, allo stato attuale, non è in grado di soddisfare autonomamente il proprio fabbisogno energetico attraverso la produzione interna, nonostante il recente rinvenimento di un giacimento di terre rare in Svezia (e nella vicina Norvegia), le cui effettive potenzialità restano ancora da valutare. I Paesi nordici, infatti, dispongono di risorse, competenze, tecnologie e infrastrutture per poter assicurare al continente europeo una parte del suo fabbisogno nel medio-lungo periodo, ma la creazione di filiere richiede tempo e investimenti, guidati dalla domanda *downstream*. In secondo luogo, l'accesso sicuro e stabile a tali risorse è essenziale per garantire il buon funzionamento del mercato interno. In mancanza di opportune politiche di gestione e di strategie mirate, l'incremento della richiesta potrebbe determinare impatti ambientali, economici e sociali negativi.

La Commissione, presa consapevolezza di un simile scenario, ma anche dei possibili risvolti negativi futuri in caso di inerzia, nella proposta di regolamento, presentata il 16 marzo 2023, ha affermato che un quadro comune in materia di approvvigionamento di materie prime critiche è necessario sia per consentire agli operatori economici di confrontarsi con i problemi connessi al reperimento di tali materie[60] sia per permettere all'Unione di esprimere appieno le proprie capacità di estrazione, trasformazione e riciclaggio,

[60] I problemi in parola deriverebbero da «vulnerabilità geopolitica, effetti ambientali e sociali negativi, perturbazioni delle catene di approvvigionamento industriali, prezzi elevati e volatili che ritarderebbero la transizione verde, sfruttamento del potere di mercato nei settori a valle da parte dei fornitori delle materie prime dominanti e critiche» (documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sintesi della relazione sulla valutazione d'impatto che accompagna il documento Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro atto a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche e che modifica i regolamenti (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1724 e (UE) 2019/1020, SWD (2023) 162final, p. 1).

dato che, nei ventisette Stati membri, le conoscenze relative ai giacimenti minerari risalgono spesso ad anni in cui le materie prime critiche non costituivano risorse tanto ricercate[61].

Il regolamento (UE) 2024/1252 dell'11 aprile 2024[62], entrato in vigore il 24 maggio 2024[63], sembra dunque voler fornire una risposta strategica – e in parte precauzionale – utile a garantire all'Unione europea, negli anni a venire, un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materiali essenziali, così da limitare la dipendenza dalle forniture estere[64].

Non sorprende che la base giuridica prescelta sia l'art. 114 TFUE, posto che perturbazioni nell'approvvigionamento di materie prime critiche comporterebbero un rischio grave e strutturale per il mercato interno e che azioni condotte unilateralmente dagli Stati membri per procurarsi quelle stesse risorse potrebbero falsare la concorrenza e creare restrizioni alla libera circolazione delle merci. La scelta di una simile base giuridica appare dunque appropriata visto che l'Unione ha tutto l'interesse ad uniformare le normative di approvvigionamento e di utilizzo nel tentativo di migliorare la resilienza delle catene di fornitura in settori strategici e ridurre la dipendenza

[61] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro atto a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche e che modifica i regolamenti (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1724 e (UE) 2019/1020, COM (2023) 160final, p. 2.

[62] Regolamento (UE) 2024/1252, cit. Si veda per un commento generale al regolamento T. TURUNEN, J. SUIKKANEN, *EU and Recycling of Critical Raw Materials: Stuck in Legal Limbo?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, n. 3, 2024, pp. 139-149 e, più in generale sulla questione delle materie critiche, G. PITRON, *op. cit*.

[63] Il regolamento in parola, insieme al regolamento sull'industria a zero emissioni nette (regolamento (UE) 2024/1735 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che istituisce un quadro di misure per rafforzare l'ecosistema europeo di produzione delle tecnologie a zero emissioni nette e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724) e alla riforma dell'assetto del mercato dell'energia elettrica, è una delle iniziative legislative faro del piano industriale del *Green Deal* presentato dal commissario Thierry Breton il 1° febbraio 2023.

[64] In Italia, ad esempio, per consentire una corretta applicazione del regolamento, si è intervenuti con la decretazione d'urgenza e, in particolare, con il decreto-legge del 25 giugno 2024, n. 84, coordinato con la legge di conversione 8 agosto 2024, n. 115 recante: «Disposizioni urgenti sulle materie prime critiche di interesse strategico». Con questo provvedimento, il governo italiano ha inteso stabilire disposizioni utili ad implementare un sistema di *governance* per l'approvvigionamento sicuro e sostenibile delle materie prime critiche. In base all'art. 10, il compito di elaborare il piano nazionale di esplorazione è stato affidato al servizio geologico di ISPRA (Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale), sulla base di una convenzione stipulata con il Ministero delle imprese e del Made in Italy e il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica.

da Paesi esteri[65]. In questo modo, inoltre, le istituzioni tentano di mantenere la questione delle materie critiche, che rischia inevitabilmente di avere ripercussioni negative a livello ambientale, in linea con le recenti politiche europee in materia[66].

Venendo ora all'esame della disciplina dettata dal *Critical Raw Materials Act*, in linea generale il regolamento delinea il cammino che l'Unione europea intende seguire in questo settore, proponendo una visione strategica integrata che coniuga la promozione di attività estrattive sostenibili[67], la

[65] Pur non essendo questa la sede per affrontare compiutamente il tema, preme sottolineare che, in ragione della sua portata orizzontale, l'art. 114 TFUE è stato utilizzato nel corso del tempo quale fondamento per atti disparati (in questo senso, conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, del 9 marzo 1995, C-350/92*, Spagna/Consiglio*, par. 26). Al riguardo, basti considerare che oggi sembra essere assurto al rango di base giuridica privilegiata per quel che riguarda la disciplina degli aspetti digitali del mercato interno, come confermato dal regolamento (UE) 2019/881 sulla cibersicurezza (c.d. *Cybersecurity Act*), dal regolamento (UE) 2022/868 sulla *governance* dei dati (c.d. *Data Governance Act*), dal regolamento (UE) 2022/1025 sui mercati digitali (c.d. *Digital Markets Act* o DMA), dal regolamento (UE) 2022/2065 sui servizi digitali (c.d. *Digital Services Act* o DSA) e dal regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*; in quest'ultimo caso, la base giuridica è stata individuata anche nell'art. 16 TUE). Può convenirsi con chi ha sostenuto che la previsione qui in discussione si configura come un «centralised paradigm of market harmonisation» (I. MALETIĆ, *The Law and Policy of Harmonisation in Europe's Internal Market*, Cheltenham, 2013, p. 38), fermo il fatto però che non è stata attribuita all'Unione una competenza generale (per non dire esclusiva) in materia di mercato interno (K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, London, 2011, p. 298). Resta il fatto che la determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 114 e, dunque, dei suoi limiti rimane opera complicata (sul tema, P. CRAIG, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *CMLR*, n. 2, 2011, p. 395 ss.).
Nella giurisprudenza della Corte si ravvisano indicazioni quanto al fatto che un atto avente come fondamento l'articolo in parola deve avere effettivamente per oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno e che, se la semplice constatazione di disparità tra le normative nazionali e del rischio di ostacoli alle libertà fondamentali o di distorsioni della concorrenza che ne potrebbero derivare fosse sufficiente a giustificare il ricorso a esso, il controllo giurisdizionale del rispetto del fondamento giuridico potrebbe essere privato di ogni efficacia (*ex multis*, Corte giust. 5 ottobre 2000, C-376/98, *Germania/Parlamento e Consiglio*, punto 84; 14 dicembre 2004, C-434/02, *Arnold André*, punto 30; 12 dicembre 2006, C-380/03, *Germania/Parlamento e Consiglio*, punto 37). In relazione al CRMA, sembra potersi registrare un'evoluzione ulteriore quanto all'utilizzo dell'art. 114, funzionale a garantire l'autonomia strategica dell'Unione.

[66] *Ivi*, considerando nn. 1, 2 e 3.

[67] Il *focus* sulla produzione mineraria interna appare fondamentale per la revisione dei sistemi energetici e di mobilità dell'UE, in parte trainata dal piano *REPowerEU* e dal divieto

negoziazione e la conclusione di accordi di partenariato con altri Paesi con pratiche virtuose di economia circolare.

Gli obiettivi del regolamento si articolano essenzialmente su quattro direttrici. Partendo da un *risk assessment* regolare e un monitoraggio delle materie prime critiche utili a identificare i rischi e le vulnerabilità, si mira innanzitutto a ridurre la dipendenza dell'Unione europea da forniture estere, diversificando le fonti di approvvigionamento per materiali considerati fondamentali, puntando su fonti interne all'Unione e cercando di stabilire partenariati con altri Paesi o regioni per assicurarsi catene di fornitura più sicure, resilienti e sostenibili. In secondo luogo, si tenta di promuovere la sostenibilità investendo sull'economia circolare, incrementando politiche virtuose di riciclo, e incoraggiando pratiche di estrazione e di lavorazione maggiormente responsabili[68]. In terzo luogo, si intende sviluppare una catena di approvvigionamento europea più stabile e autonoma. A tal fine si prevede che ciascuno Stato membro, entro il 24 maggio 2025, elabori un programma nazionale di esplorazione generale per le materie prime critiche e i minerali vettori da sottoporre a riesame almeno ogni cinque anni[69]. Infine, si intende promuovere l'innovazione attraverso il sostegno alla ricerca e l'incremento degli investimenti, al fine di esplorare l'utilizzo di materiali alternativi e favorire il miglioramento delle tecnologie di riciclo e di estrazione[70].

Ai sensi dell'art. 2, per materia prima deve intendersi «una sostanza trasformata o non trasformata, utilizzata come fattore produttivo per la fabbricazione di prodotti intermedi o finali, escluse le sostanze utilizzate prevalentemente come alimenti, mangimi o combustibili», mentre la catena del valore delle materie prime viene identificata in «tutte le attività e i processi coinvolti nell'esplorazione, nell'estrazione, nella trasformazione e nel riciclaggio delle materie prime». La nuova normativa non si limita a disciplinare

imposto sulla circolazione dei motori a combustione interna a partire dal 2035. Il CRMA è pertanto un tassello essenziale nel puzzle di questa transizione sociale generazionale poiché dovrebbe consentire di creare posti di lavoro locali e di buona qualità e dovrebbe consentire all'industria europea di essere pronta per le transizioni digitale e verde. Soprattutto, secondo la ricordata comunicazione della Commissione, COM (2020) 474final, cit., la transizione verso un'economia più circolare potrebbe creare 700.000 posti di lavoro, in particolare, posti di lavoro supplementari negli impianti di riciclaggio e nei servizi di riparazione.

[68] *Ivi*, art. 27. Inoltre, secondo l'approccio delineato all'art. 26, è necessario un vero e proprio cambio di paradigma, che consenta di modificare l'approccio al rifiuto, da scarto da bonificare a possibile miniera di risorse da coltivare.

[69] *Ivi*, art. 19.

[70] *Ivi*, art. 1.

le materie prime in senso stretto, ma include anche sottoprodotti, risorse trasformate e semilavorati, così da garantire una copertura più ampia e non escludere materiali strategici per l'industria europea.

Nel CRMA sono individuate trentaquattro materie prime critiche[71] e diciassette strategiche[72], così definite in quanto indispensabili per poter realizzare la *Twin Transition*[73], e perché presentano una componente importante di rischio nella *supply chain*[74].

Per determinare l'importanza strategica occorre tenere in considerazione molteplici fattori. Un primo aspetto, come detto, riguarda la rilevanza di una materia prima nell'ottica della doppia transizione, verde e digitale, un secondo punto è l'incidenza di una determinata materia per le industrie critiche e, particolarmente, quelle della difesa e aerospaziale. Occorre poi tenere in considerazione tre ulteriori criteri e, precisamente, la quantità di tecnologie strategiche che impiega una materia prima come fattore produttivo; quanta materia prima è necessaria per la fabbricazione di tecnologie rilevanti; e, da ultimo, la domanda di tecnologie strategiche prevista a livello mondiale[75]. Occorre inoltre considerare le difficoltà connesse all'incremento

[71] L'elenco è contenuto nella sezione 1 dell'allegato II. Sono considerate critiche le seguenti materie prime: a) antimonio, b) arsenico, c) bauxite/allumina/alluminio, d) barite, e) berillio, f) bismuto, g) boro, h) cobalto, i) carbon coke, j) rame, k) feldspato, l) fluorite, m) gallio, n) germanio, o) afnio, p) elio, q) elementi delle terre rare pesanti, r) elementi delle terre rare leggere, s) litio, t) magnesio, u) manganese, v) grafite, w) nichel — grado batteria, x) niobio, y) fosforite, z) fosforo, a *bis*) metalli del gruppo del platino, *a ter*) scandio, a *quater*) silicio metallico, a *quinquies*) stronzio, a *sexies*) tantalio, a *septies*) titanio metallico, a *octies*) tungsteno, a *nonies*) vanadio.

[72] Specificate nella sezione 1 dell'allegato I. Sono considerate strategiche le seguenti materie prime: a) bauxite/allumina/alluminio; b) bismuto, c) boro — grado metallurgico, d) cobalto, e) rame, f) gallio; g) germanio; h) litio — grado batteria; i) magnesio metallico; j) manganese — grado batteria; k) grafite — grado batteria; l) nichel — grado batteria; m) metalli del gruppo del platino; n) elementi delle terre rare per magneti permanenti (Nd, Pr, Tb, Dy, Gd, Sm, e Ce); o) silicio metallico; p) titanio metallico; q) tungsteno.

[73] La ricerca sulle trasformazioni digitali e verdi nella società è nota come *Twin Transition*. Si riconosce così il complicato rapporto che esiste tra innovazione tecnologica e sostenibilità ambientale. L'obiettivo non è preferire uno a scapito dell'altra, ma trovare un modo per utilizzare i progressi digitali per promuovere le politiche verdi. L'obiettivo della *Twin Transition* è creare un approccio allo sviluppo equilibrato e olistico attraverso l'integrazione di questi sforzi.

[74] Sulle criticità che caratterizzano le *supply chain* si veda il report dell'International Energy Agency (IEA), *Sustainable and Responsible Critical Mineral Supply Chains Guidance for policy makers*, 2023, reperibile *online*.

[75] Allegato I, sezione 2.

di una determinata fornitura, valutando: a) l'attuale scala globale di produzione annua di una materia prima; b) il rapporto riserve/produzione basato sulle riserve note di risorse geologiche economicamente estraibili e sull'attuale produzione annua mondiale; c) i tempi di esecuzione di nuovi progetti che aumentano la capacità di approvvigionamento, in presenza di informazioni affidabili[76].

A conferma della rilevanza e dell'urgenza della questione, il CRMA fissa, con un orizzonte temporale ravvicinato al 2030, *benchmark* ambiziosi per il consumo annuo di materie prime critiche nell'Unione europea: almeno il 10% dovrà provenire da estrazione interna, il 40% dovrà essere oggetto di lavorazione all'interno dell'UE, il 25% dovrà derivare da materiali riciclati e, in ogni caso, non più del 65% del consumo annuale dell'Unione dovrà provenire da un singolo Paese terzo. A ciò si aggiunge la necessità di potenziare in modo significativo il recupero delle materie prime dai rifiuti[77].

Il regolamento prevede l'istituzione di un sistema di progetti strategici, destinati a coprire attività di estrazione, lavorazione, riciclaggio o raffinazione delle materie prime critiche, con l'obiettivo di garantire un approvvigionamento stabile, sostenibile e resiliente all'interno dell'Unione. Tali progetti possono assumere carattere transfrontaliero, apportando benefici a più Stati membri o all'intera catena di approvvigionamento europea, ma possono anche essere realizzati a livello nazionale, a condizione che rispondano a esigenze di rilievo sovranazionale. Sono qualificati come progetti strategici quelli che contribuiscono in modo significativo alla sicurezza dell'approvvigionamento dell'Unione di materie prime strategiche, risultano attuabili entro un termine ragionevole e presentano una capacità produttiva prevedibile con sufficiente attendibilità[78]. Tali progetti devono inoltre rispettare specifici criteri di sostenibilità durante la loro esecuzione, garantendo il monitoraggio, la prevenzione e la mitigazione degli impatti ambientali e sociali, attraverso l'adozione di pratiche responsabili che assicurino il rispetto dei diritti umani, dei popoli indigeni e dei lavoratori[79].

Una volta designati come strategici[80], i progetti in parola ricevono un

[76] *Ibidem*.

[77] *Ivi*, considerando nn. 11 e 12 e art. 5.

[78] *Ivi*, art. 6.

[79] Si veda su questo aspetto *infra* par. 5.

[80] 47 progetti sono stati selezionati dalla Commissione (si veda Commission decision of 25 March 2025 recognising certain critical raw material projects as Strategic Projects under Regulation (EU) 2024/1252 of the European Parliament and of the Council, C (2025) 1904final).

sostegno prioritario e beneficiano di processi di autorizzazione accelerati. Possono inoltre avvalersi di assistenza finanziaria da parte dei fondi europei e delle istituzioni finanziarie pubbliche con titolo preferenziale, in quanto sono considerati essenziali per l'autonomia strategica dell'Unione[81].

All'interno dell'architettura normativa delineata, la Commissione europea assume un ruolo centrale non solo nella corretta attuazione della disciplina, anche mediante l'adozione di atti delegati, ma soprattutto nel monitoraggio dell'avanzamento dei progetti strategici e della complessiva efficacia del regolamento. Tale funzione si concretizza nella predisposizione di relazioni e valutazioni periodiche, volte ad assicurare che la catena di approvvigionamento delle materie prime critiche mantenga livelli adeguati di resilienza e che i progetti strategici risultino conformi agli obiettivi dell'Unione in materia di sicurezza, sostenibilità e tutela ambientale.

Per ciò che riguarda la *governance*, il CRMA ha previsto l'istituzione di un Comitato europeo per le materie prime critiche, che si è già insediato[82], composto da rappresentanti degli Stati membri e della Commissione che dovrà fornire consulenza all'esecutivo europeo, particolarmente proprio per ciò che riguarda l'analisi e la selezione dei progetti strategici.

5. Segue: *la dimensione esterna del* Critical Raw Materials Act*: opportunità e criticità dei partenariati strategici*

L'analisi svolta ha messo in luce come la dimensione esterna rappresenti uno snodo cruciale del CRMA, rivestendo un ruolo decisivo nell'architettura complessiva delle politiche europee per un approvvigionamento sicuro e sostenibile delle materie prime critiche.

[81] *Ivi*, considerando nn. 14-17 e artt. 6, 7. Inoltre, nell'allegato III, sono indicati i criteri per il riconoscimento dei progetti strategici: «1. La valutazione volta a stabilire se un progetto nell'Unione soddisfa il criterio di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), tiene conto di quanto segue: a) se il progetto contribuisce al raggiungimento dei parametri di riferimento di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera a); b) se il progetto contribuisce a preservare o rafforzare le capacità dell'Unione in termini di quota del consumo annuo dell'Unione di una materia prima strategica, tenendo conto dell'aumento previsto del consumo dell'Unione; c) se il progetto contribuisce al rafforzamento della capacità dell'Unione di produrre materie prime innovative in grado di sostituire materie prime strategiche in una o più tecnologie strategiche, adottando al contempo misure per ottenere un'impronta ambientale pari o inferiore rispetto alla materia prima strategica che è sostituita. Il contributo di un progetto al raggiungimento del pertinente parametro di riferimento per la capacità è valutato tenendo conto del piano aziendale del progetto e delle informazioni tecniche complementari incluse nella domanda e del tempo di commercializzazione stimato del progetto».

[82] *Ivi*, artt. 35 e 36. Il Comitato si è insediato lo stesso giorno di entrata in vigore del regolamento e, dunque, il 23 maggio 2024.

L'art. 37 individua nei partenariati strategici lo strumento privilegiato di cooperazione con i Paesi terzi, finalizzato a diversificare le fonti di approvvigionamento e a rafforzare la resilienza industriale dell'Unione, riducendo il rischio di dipendenze unilaterali. Questa disposizione, che costituisce il fulcro della *governance* esterna del CRMA, istituzionalizza un dialogo strutturato sull'impatto e l'efficacia dei partenariati e introduce una logica di coordinamento multilivello tra Unione e Stati membri, per tentare di evitare sovrapposizioni tra iniziative nazionali e strategie comuni europee. Si prevede, in particolare, che gli Stati membri informino la Commissione circa eventuali cooperazioni bilaterali che coinvolgano la catena del valore delle materie prime critiche e che possano supportare l'attuazione dei partenariati stessi. A sua volta, la Commissione è tenuta a riferire annualmente al Parlamento europeo e al Consiglio in merito agli esiti delle discussioni raggiunti in sede di Comitato[83].

I partenariati strategici delineati nel regolamento non si esauriscono nella mera stipula di accordi di fornitura, ma promuovono una cooperazione ad ampio spettro che comprende il potenziamento delle capacità locali di estrazione e lavorazione, il trasferimento tecnologico, la formazione professionale e l'adozione di elevati standard ambientali e sociali[84]. In tale

[83] Art. 37, paragrafi 3 e 4.

[84] I partenariati strategici si inseriscono nella visione complessiva delineata dalla comunicazione della Commissione, del 16 marzo 2023, in particolare nell'ambito del secondo pilastro, dedicato alla promozione della diversificazione delle fonti di approvvigionamento e alla creazione di partenariati reciprocamente vantaggiosi per sostenere la produzione globale di materie prime critiche. In questa direzione si collocano le iniziative della Commissione volte a coinvolgere attivamente Paesi terzi e organizzazioni intergovernative come il G7, il G20, l'Agenzia internazionale per l'energia (IEA) e l'Agenzia internazionale per le energie rinnovabili (IRENA). Si vedano per approfondimenti, IEA, *Critical Minerals Market Review 2024*, Paris, 2023; IRENA, *Constructing a ranking of critical materials for the global energy transition*, Abu Dhabi, 2024.

Inoltre, a margine del Vertice G7 di Hiroshima, nella comunicazione, del 20 maggio 2023, i leader dei Paesi membri si sono impegnati a intensificare gli sforzi per: «[…] increase domestic and international environmentally-sound, sustainable and efficient recovery and recycling of critical minerals and raw materials and other applicable materials while increasing circularity along the supply chains».

In quest'ottica si inserisce anche la proposta europea di istituire un Club delle materie prime critiche, aperto ai Paesi terzi disposti a collaborare sulla base di un insieme di principi condivisi, tra cui: il rafforzamento del monitoraggio del mercato e la condivisione delle conoscenze; l'intensificazione degli sforzi di esplorazione; la promozione di un contesto favorevole agli investimenti sostenibili; la riduzione dei tempi di sviluppo dei progetti minerari; il miglioramento dell'accesso ai mercati tramite la cooperazione normativa; il rispetto dei diritti

prospettiva, il considerando 64 sottolinea il duplice obiettivo perseguito: da un lato, garantire un accesso stabile e sicuro alle materie prime critiche necessarie alla transizione verde e digitale; dall'altro, favorire uno sviluppo sostenibile nei Paesi partner, in coerenza con i principi di responsabilità sociale e ambientale enunciati dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

È importante evidenziare che negli ultimi anni l'Unione ha rafforzato l'impiego dei partenariati strategici in diversi settori e nell'ambito di strategie globali di nuova generazione. Con il ricordato programma *Global Gateway*[85], animato dallo spirito *Team Europa*[86], l'Unione ha inteso creare alternative sostenibili alle *Belt and Road Initiatives* cinesi, mobilitando investimenti infrastrutturali nei settori del digitale, dell'energia[87] e dei trasporti, in particolare in Africa, Asia e America Latina. Parallelamente, la *Strategia per la cooperazione nella regione indo-pacifica*[88] ha sancito l'intenzione dell'Unione di costruire partenariati rafforzati in un'area cruciale per il commercio globale e la sicurezza internazionale[89].

dei lavoratori e l'adozione di pratiche socialmente responsabili lungo le catene di approvvigionamento; il sostegno a un'economia circolare e sostenibile, con il potenziamento delle capacità di riciclo transfrontaliere; l'incentivazione dell'innovazione per sbloccare nuove fonti di approvvigionamento; l'adozione di un approccio coordinato ed efficiente nella preparazione e nella gestione delle crisi.

[85] V. estensivamente sul punto *supra*, par. 2.

[86] L'Unione, a partire dalla pandemia Covid-19, ha rivisto il suo modello di cooperazione allo sviluppo, abbandonando la dinamica donatore-beneficiario a vantaggio di partenariati reciprocamente vantaggiosi e sostenibili, che apportano benefici alle popolazioni locali rafforzando allo stesso tempo la resilienza nell'Unione nel mondo. Si vedano, per alcune considerazioni sul *Team Europe Approach* che ha trovato concreta applicazione nelle *Team Europe Initiatives*, N. KEIJZER, A. BURNI, B. ERFORTH, I. FRIESEN, *The Rise of the Team Europe Approach in EU Development Cooperation. Assessing a Moving Target*, Bonn, 2021; F. BATTAGLIA, *Il Memorandum of understanding UETunisia: profili giuridici e impatto sui diritti umani*, in questa *Rivista*, 19 novembre 2023.

[87] Sulla questione energetica si veda la comunicazione congiunta della Commissione europea JOIN (2022) 23final, del 18 maggio 2022, *Strategia UE di mobilitazione esterna per l'energia in un mondo che cambia*.

[88] Si vedano le conclusioni del Consiglio su una *Strategia dell'UE per la cooperazione nella regione indo-pacifica*, approvate il 16 aprile 2021.

[89] In continuità con queste iniziative, in ambito multilaterale la Commissione ha ribadito il proprio sostegno ai negoziati in sede WTO per un accordo plurilaterale volto a facilitare gli investimenti nello sviluppo delle materie prime critiche. Parallelamente, i più recenti accordi bilaterali conclusi dall'Unione – tra cui quelli con Messico, Regno Unito, Nuova Zelanda e Cile – integrano specifici capitoli dedicati a energia e materie prime. Di particolare rilievo è l'Accordo commerciale interinale (ITA) UE-Cile, del 1° febbraio 2025, che entrerà

In effetti la Commissione, nel settore delle materie critiche, già prima dell'adozione del CRMA, per rafforzare le catene del valore e trasformare le opportunità di investimento in realtà economiche, aveva utilizzato lo strumento dei partenariati strategici, basti pensare a quelli conclusi, nel biennio 2021-2022, con il Canada, l'Ucraina, il Kazakistan e la Namibia. All'interno del CRMA, tale prassi è stata formalizzata: i partenariati previsti dal regolamento si caratterizzano per una struttura flessibile, tipica degli atti di *soft law*[90], essendo regolati tramite *memorandum* d'intesa, *roadmap* e piani

in vigore dopo il completamento del processo di ratifica del Cile e che ha modernizzato l'accordo di associazione in essere dal 2003, che mira a migliorare l'accesso agli investimenti sostenibili nelle materie prime critiche, con un'attenzione speciale al litio, e a sostenere lo sviluppo dell'economia verde locale, in settori chiave come le energie rinnovabili e l'idrogeno. Nella stessa direzione si muovono anche i più recenti accordi di agevolazione degli investimenti o delle forniture, che includono disposizioni avanzate sullo sviluppo sostenibile in materia di energia e risorse minerarie. Ne sono esempio i negoziati recentemente conclusi con l'Angola, i contatti esplorativi con la Nigeria o i Memorandum d'intesa siglati rispettivamente con il Ruanda, per la fornitura di diversi minerali fondamentali per il processo di decarbonizzazione dell'Unione, e con l'India, sull'ecosistema dei semiconduttori, la sua catena di approvvigionamento nel quadro del Consiglio UE-India per il commercio e la tecnologia (TTC). Infine, nel 2023, la decisione del Consiglio COM (2023) 327final, del 14 giugno 2023, ha autorizzato l'avvio di negoziati con gli Stati Uniti per un accordo bilaterale sui minerali critici con gli Stati Uniti d'America al fine di garantire che i materiali estratti o lavorati in Europa possano essere riconosciuti ai fini degli incentivi previsti dall'*Inflation Reduction Act* (IRA). Si veda Office of the U.S. Trade Representative (USTR), *United States and Japan Sign Critical Minerals Agreement*, 28 March 2023. È da osservare che un'iniziativa analoga è allo studio anche con le autorità indonesiane, si veda *Indonesia to propose limited free trade deal with US on critical minerals*, in *Reuters*, 10 April 2023.

[90] Secondo P. GARCÍA ANDRADE, *The Distribution of Powers between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, in *EP*, n. 1, 2016, pp. 115-125, il ricorso a strumenti politici può evitare le complicazioni inerenti alla conclusione di accordi misti. Si veda inoltre la definzione di S. SAURUGGER, F. TERPAN, *Studying Resistance to EU Norms in Foreign and Security Policy*, in *EFA Review*, special issue, 2015, pp. 1-20 secondo cui: «Soft law refers to those norms situated in-between hard law and non-legal norms […]. Hard law corresponds to the situation where hard obligation (a binding norm) and hard enforcement (judicial control or at least some kind of control including the possibility of legal sanctions) are connected. Non-legal norms follow from those cases where no legal obligation and no enforcement mechanism can be identified (e.g., a declaration made by the High Representative on an international issue). In-between these two opposite types of norms lie different forms of soft law: either a legal obligation is not associated with a hard enforcement mechanism or a non-binding norm is combined with some kind of enforcement mechanism».

d'azione congiunti[91]. Pur privi di effetti giuridicamente vincolanti, questi strumenti sanciscono impegni politici concreti[92]. Una simile impostazione li differenzia e al contempo li accomuna ad altri modelli di partenariato europeo promossi in altri settori strategici. In particolare, nel settore della difesa, i partenariati sviluppati nell'ambito della PeSCO (Permanent Structured Cooperation)[93] si caratterizzano per obblighi giuridicamente vincolanti di cooperazione militare, interoperabilità e partecipazione a progetti comuni, come dimostrano le collaborazioni con Norvegia e Stati Uniti. Tali partenariati però normalmente seguono una logica strutturata e multilaterale, supportata da rigorosi meccanismi di verifica e *accountability*, mentre quelli promossi nell'ambito del CRMA, solitamente di natura bilaterale, si distinguono per la loro flessibilità, e per il fatto di essere orientati a rafforzare la resilienza delle catene di approvvigionamento senza necessariamente imporre vincoli sovranazionali stringenti. Un'ulteriore comparazione può essere fatta con i partenariati nel campo della *governance* dei dati – come quelli instaurati dall'UE con Giappone e Corea del Sud[94] – che puntano sulla condivisione sicura dei dati e sull'adozione di standard comuni di interoperabilità e tutela della privacy, fondandosi su logiche di mutuo riconoscimento e di adeguatezza normativa. Pur condividendo l'approccio politico e *soft*, un elemento di differenziazione può essere rilevato nel fatto che i partenariati digitali si

[91] La Corte di giustizia nella sentenza del 23 marzo 2004, C-233/02, *Francia/Commissione*, ha chiarito che l'intenzione delle parti «deve essere in linea di principio il criterio decisivo» per decidere la natura dello strumento.

[92] È stato osservato che: «Despite their presumed 'non-legal' nature, such international soft legal agreements thus cannot be ignored in the EU legal order. They may form the interpretative context for legal agreements and may even commit the Union through the development of customary law or as unilateral declarations. While they are usually described as 'political commitments' rather than legal commitments, this may be confusing: as we will see, soft and hard law instruments can be both politically and legally important. Nevertheless, in international relations, the EU often underlines their non-legally binding nature by stating that they are of 'political nature only», così R. A. WESSEL, *Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of 'soft' international agreements*, in *West European Politics*, n. 1, 2020, pp. 72-92.

[93] Prevista dagli articoli 42 e 46 del TUE, la PeSCO definisce un quadro permanente per una più stretta cooperazione nel settore della difesa all'interno dell'Unione. È stata istituita nel dicembre 2017 tra 25 Stati membri ed è stata avviata operativamente nel 2018. Per alcune riflessioni si veda L. PALADINI, *La cooperazione strutturata permanente dell'Unione europea: disciplina, prassi e ruolo nell'integrazione in materia di difesa comune*, in *DPCE online*, n. 3, 2019, p. 1905 ss.

[94] L'Unione ha attualmente in essere quattro partenariati nel campo dei dati con il Giappone, la Repubblica di Corea, Singapore e il Canada.

concentrano su flussi immateriali, mentre quelli previsti dal CRMA pongono maggiore enfasi sulla sostenibilità ambientale e sociale e sono costruiti attorno a catene fisiche di approvvigionamento e di trasformazione industriale. Infine, un ulteriore interessante elemento di confronto è offerto dai *Migration Partnerships* avviati con Paesi terzi – come Tunisia e Senegal – nell'ambito della *Nuova Agenda per la Migrazione e l'Asilo*[95]. Anche questi strumenti, come quelli del CRMA, sono privi di vincoli giuridici stringenti e si fondano su impegni politici reciproci finalizzati al rafforzamento delle capacità locali. Tuttavia, si differenziano dai partenariati del CRMA per il maggiore grado di condizionalità: il sostegno europeo, infatti, è spesso subordinato alla cooperazione concreta in materia di controllo delle frontiere e riammissione dei migranti irregolari. Nei partenariati sulle materie prime critiche, invece, l'approccio si incentra su principi di mutuo beneficio e sostenibilità, privilegiando logiche di lungo periodo, senza meccanismi di condizionalità stringente.

Si deve osservare che, pur rappresentando un passo importante verso l'autonomia strategica dell'Unione – la cui dipendenza da forniture esterne ne limita inevitabilmente la possibilità di definire e attuare strategie industriali e di sicurezza efficaci – i partenariati previsti dal CRMA non sono privi di limiti e criticità. La loro natura non vincolante, se da un lato assicura flessibilità politica, dall'altro ne può ridurre l'efficacia, specialmente nei contesti geopolitici instabili o nei Paesi caratterizzati da istituzioni fragili, come sono spesso quelli in cui si trovano le materie prime critiche. In questi scenari, l'enfasi posta sulla sostenibilità sociale e ambientale rischia di tradursi in un mero enunciato letterale se non accompagnata da meccanismi efficaci di monitoraggio e condizionalità. Si aggiunga che, a differenza di altri settori, come

[95] Sul tema la dottrina è molto vasta, si vedano, *ex multis*, O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du 'machin' conclu entre l'Ue et la Turquie en matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10 June 2016; M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, 7 April 2016; M. GATTI, *La dichiarazione Ue-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *EJ*, 11 aprile 2016; P. DE PASQUALE, *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo a un diritto dell'emergenza dell'Unione europea: a che punto è la notte?*, in *DPCE*, n. 4, 2020, p. 5 ss.; C. FAVILLI, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2020, p. 143 ss.; D. VITIELLO, *Legal Narratives of the EU External Action in the Field of Migration and Asylum: From the EU-Turkey Statement to the Migration Partnership Framework and Beyond,* in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds.), *Securitising Asylum Flows. Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Leiden, 2020, p. 130 ss.

quelli già richiamati della difesa o del digitale, dove quantomeno ci si affida a standard vincolanti di riferimento, i partenariati del CRMA si basano prevalentemente sulla volontà politica e sulla cooperazione intenzionale. Peraltro, nel settore delle materie prime critiche, la volontà di coniugare sicurezza economica, sostenibilità e tutela dei diritti fondamentali si confronta frequentemente con le priorità dei Paesi partner, i quali appaiono spesso maggiormente interessati ad attrarre investimenti rapidi piuttosto che ad impegnarsi nell'adozione di standard ESG rigorosi. Alla luce di tali considerazioni, per garantire una più efficace implementazione, sarebbe auspicabile un'evoluzione verso partenariati più strutturati, capaci di integrare standard minimi comuni, sistemi di monitoraggio indipendenti e clausole vincolanti a tutela della sostenibilità.

Va ricordato inoltre che, dal punto di vista dell'equilibrio istituzionale[96], il crescente ricorso da parte dell'Unione europea a strumenti di *soft law* in settori strategici solleva questioni giuridiche delicate. Innanzitutto, questi strumenti si sottraggono al controllo *ex ante* di compatibilità con i Trattati previsto dall'art. 218 (11) TFUE, aumentando il rischio di violazioni del diritto dell'Unione. Inoltre, trattandosi di strumenti privi di vincolatività giuridica[97], rendono difficoltoso il controllo giurisdizionale e rischiano di precludere ai singoli la possibilità di far valere i loro diritti dinanzi alle corti interne e alla Corte di giustizia, accentuando l'incertezza giuridica e la carenza di garanzie procedurali. Si pongono inoltre questioni di legittimità democratica e di trasparenza decisionale. Questo aspetto merita attenzione poiché la scelta di collocare tali strumenti ai margini delle procedure legislative ordinarie, limitandosi a meccanismi di informazione *ex post*, riduce il coinvolgimento del Parlamento europeo[98] e dei parlamenti nazionali, che

[96] G. BUTLER, *EU Foreign Policy and Other EU External Relations in Times of Crisis: Forcing the Law to Overlap?*, in E. KUŻELEWSKA, A. WEATHERBURN, D. KLOZA (eds.), *Irregular Migration as a Challenge for Democracy*, Cambridge, p. 51 ss. ha evidenziato che: «Proceeding with European integration outside the EU's legal framework creates problems for institutional balance, and the legitimacy of the EU from a democratic perspective».

[97] S. CARRERA, *Implementation of EU Readmission Agreements: Identity, Determination, Dilemmas and the Blurring of Rights*, Berlin, 2016. Nondimeno, sul piano interno la Corte di giustizia ha chiarito che la qualificazione formale di un atto come "soft law" non ne esclude il sindacato giurisdizionale, specie se l'atto produce effetti vincolanti (Tribunale 27 ottobre 2015, T-721/14, *Belgio/Commissione*, e in appello Corte giust. 20 febbraio 2018, C-16/16 P, *Belgio/Commissione*).

[98] Per approfondimenti sul punto R. PASSOS, *The External Powers of the European Parliament*, in P. EECKHOUT, M. LÓPEZ-ESCUDERO (eds.), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Oxford, 2016, p. 85 ss.

vengono privati di veri poteri di controllo o di indirizzo politico. Questa prassi, già osservata nei ricordati settori delle migrazioni, della difesa e del digitale, contribuisce alla costruzione di una *governance* per accordi, ove la flessibilità operativa si accompagna ad una progressiva depoliticizzazione delle scelte strategiche e al rischio, in assenza di adeguati meccanismi di *accountability*, di erosione della legittimità democratica dell'azione esterna dell'Unione[99].

Un ulteriore profilo di criticità sembrerebbe emergere dalla potenziale concorrenza tra politiche nazionali e azione dell'Unione che potrebbe compromettere la coerenza e l'efficacia dell'approccio comune[100]. In quest'ottica, si potrebbe auspicare che i partenariati strategici progrediscano verso modelli di cooperazione rafforzata che prevedano standard minimi comuni, meccanismi indipendenti di monitoraggio e maggiore coinvolgimento parlamentare.

In un ambito così delicato, in cui convergono questioni di sostenibilità ambientale e sociale, tutela dei diritti fondamentali ma anche temi legati all'innovazione e alla resilienza dell'assetto industriale e della competitività europea, fortificare la dimensione democratica e garantire una maggiore trasparenza contribuirebbe non solo a legittimare l'azione esterna dell'Unione, ma anche ad assicurare che gli obiettivi di autonomia strategica siano pienamente coerenti con i valori fondativi dell'Unione che si impegna a promuovere a livello globale[101].

6. *Profili critici del* Critical Raw Materials Act *e possibili rischi di mancato coordinamento con altri atti e obiettivi europei*

Va inoltre rilevato che, anche in un'ottica comparatistica, il CRMA presenta significativi profili di criticità. In particolare, emergono sfide complesse in termini di coordinamento con altre politiche e strumenti dell'Unione, con il rischio concreto di compromettere il conseguimento di obiettivi strategici fondamentali, come quelli legati alla sostenibilità

[99] G. BUTLER, *op. cit.*

[100] Si veda E. CANNIZZARO, *Disintegration through law?*, in *EP*, n. 1, 2016, p. 36 ss.

[101] Diversamente: «The flexibility and hybrid character of soft law form an advantage for the institutions at the expense of the rule of law, legal certainty, and legal review» così A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges*, in *YEL*, 2020, p. 569 ss.

ambientale, alla coerenza commerciale e alla promozione dei diritti fondamentali[102].

Un primo nodo critico attiene al profilo ambientale. È indubbio che l'ambizione dell'Unione europea di conseguire la neutralità climatica entro il 2050, nonché di sostenere la transizione verde e digitale, dipenda in misura significativa da un accesso stabile, sicuro e resiliente alle materie prime critiche. Tali risorse assumono, pertanto, una valenza strategica imprescindibile per l'attuazione del *Green Deal* europeo. Tuttavia, come emerso, le catene di approvvigionamento di queste materie sono globali, articolate e strutturalmente vulnerabili, soprattutto sotto il profilo ambientale. La concentrazione geografica di molti giacimenti in Paesi come Cina, Myanmar, Vietnam e Russia, dove gli standard ambientali risultano spesso distanti da quelli europei, solleva ulteriori criticità. In questi contesti, la prospettiva europea di decarbonizzazione e l'obiettivo *Net-zero* faticano a trovare un riscontro nelle politiche degli Stati partner. Tale disallineamento rischia di compromettere l'effettiva realizzazione della *Just Transition*, la quale postula che il passaggio verso un'economia più sostenibile non avvenga a scapito di alcune comunità o categorie sociali, e che i costi della transizione siano equamente distribuiti[103]. In tale contesto, il regolamento individua tre ambiti prioritari di

[102] Si veda A. HOOL, C. HELBIG, G. WIERINK, *Challenges and opportunities of the European Critical Raw Materials Act*, in *Mineral Economics*, 2024, pp. 662, 665.

[103] Per quanto riguarda la lotta ai cambiamenti climatici, l'IPCC ha definito la *Just Transition* in questi termini: «A set of principles, processes and practices that aim to ensure that no people, workers, places, sectors, countries or regions are left behind in the transition from a high-carbon to a low carbon economy», (IPCC, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge-New York, 2022). L'Unione europea, come noto, ha istituito un meccanismo per la transizione giusta, che ha l'obiettivo di affrontare le ripercussioni socioeconomiche, concentrandosi sulle regioni, sulle industrie e sui lavoratori che dovranno far fronte alle sfide più pressanti tramite tre pilastri: un nuovo Fondo per una transizione giusta di 19,7 miliardi di euro, che secondo le previsioni mobiliterà circa 7,3 miliardi di euro di cofinanziamenti nazionali, per un totale di 27 miliardi di euro; il regime per una transizione giusta nell'ambito del programma *InvestEU*, che fornirà una garanzia di bilancio nei quattro ambiti di intervento e un polo di consulenza e che si prevede che mobiliterà 10-15 miliardi di euro in investimenti, provenienti per lo più dal settore privato; infine, un nuovo strumento di prestito per il settore pubblico che combinerà 1,5 miliardi di euro di sovvenzioni finanziate dal bilancio dell'UE con 10 miliardi di euro di prestiti della Banca europea per gli investimenti, per mobilitare un totale di 18,5 miliardi di euro di investimenti pubblici. Sul punto, si vedano F. COSTAMAGNA, *Contrasto al cambiamento climatico e giustizia sociale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6, 2023, p. 22 ss.; A. ROSANÒ, *Conciliare neutralità climatica e mantenimento dei livelli occupazionali nell'Unione europea: il meccanismo per una transizione giusta*, in *SIE*, n. 2, 2023, p. 373 ss.

attenzione: la tutela dei lavoratori, il rispetto delle comunità locali e la promozione di catene di approvvigionamento minerario responsabili. Proprio sotto quest'ultimo profilo, se si considerano i Paesi in cui le materie prime sono maggiormente concentrate, si pongono seri problemi sia per la salvaguardia dell'ambiente, sia per la tutela dei diritti dei lavoratori. Le tecniche di estrazione impiegate risultano spesso fortemente invasive, con conseguenze rilevanti sull'ecosistema locale. Tra il 1970 e il 2017 l'estrazione globale di materiali è triplicata, contribuendo a circa la metà delle emissioni complessive di gas serra, nonché a oltre il 90% della perdita di biodiversità e dello stress idrico globale. Benché abbia iniziato un percorso di transizione, l'industria europea contribuisce ancora nella misura del 20% alle emissioni di gas serra e, allo stato attuale, soltanto il 12% dei materiali utilizzati proviene dall'economia circolare. Sebbene il regolamento imponga che i progetti strategici non si pongano in contrasto con la normativa ambientale europea, i principi dell'economia circolare e i criteri ESG, e richieda che l'attività estrattiva eviti aree ecologicamente sensibili, tali salvaguardie, per quanto rilevanti, potrebbero rivelarsi insufficienti a neutralizzare del tutto i rischi ambientali connessi a operazioni per loro natura ad elevato impatto.

In tale prospettiva, risulta particolarmente complessa la conciliazione tra gli obiettivi del CRMA – e le correlate esigenze di estrazione e lavorazione delle materie prime critiche – e le finalità ambientali del regolamento (UE) 2023/1115[104], volto alla tutela dei biomi forestali e alla lotta contro la deforestazione e il degrado forestale, fenomeni che avanzano a ritmo accelerato, contribuendo in misura significativa al cambiamento climatico e alla perdita di biodiversità. Il regolamento ora ricordato si inquadra nella strategia dell'Unione per la promozione di una crescita economica sostenibile che dovrebbe spingere le imprese europee a integrare nella propria catena di fornitura valutazioni sui rischi ambientali e sociali, attivando adeguati processi di *due diligence* e di rendicontazione trasparente. La normativa in parola mira, quindi, a regolamentare l'immissione e la messa a disposizione sul mercato dell'Unione, nonché l'esportazione di beni che «contengono o che sono stati nutriti o fabbricati usando come materie prime bovini, cacao, caffè, palma da olio, gomma, soia e legno» per garantire che non siano state

[104] Regolamento (UE) 2023/1115 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo alla messa a disposizione sul mercato dell'Unione e all'esportazione dall'Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale e che abroga il regolamento (UE) n. 995/2010.

prodotte deforestando o contribuendo al degrado forestale. La nuova normativa impone un divieto totale su tutte le merci e i prodotti pertinenti, a meno che non siano soddisfatte tre condizioni: (a) devono essere a deforestazione zero; (b) devono essere stati prodotti in conformità alla legislazione applicabile nel Paese di produzione; (c) devono essere coperti da una dichiarazione di dovuta diligenza. In questa prospettiva, se le attività estrattive condotte in Paesi terzi nell'ambito di partenariati strategici dovessero avvenire attraverso pratiche di deforestazione – considerando, peraltro, che tali materie prime non rientrano tra i prodotti disciplinati dal regolamento (UE) 2023/1115 e che l'effettiva possibilità di svolgere una *due diligence* accurata in questi contesti è limitata – vi sarebbe il rischio concreto di compromettere irreversibilmente gli obiettivi europei di tutela e conservazione dei biomi forestali. Ciò comporterebbe effetti ancora più gravi, in quanto si perderebbe di vista l'inscindibile connessione tra la lotta al cambiamento climatico e la necessità di preservare gli equilibri ecologici fondamentali[105].

[105] Sullo sfondo, emerge la questione del ruolo dell'Unione europea sullo scenario globale. Il tema è risalente ed era già discusso ai tempi della Comunità economica europea, quando, negli anni Settanta, Duchêne affermò che quest'ultima costituisse un esempio di *civilian power*, dato che il suo potere nel contesto delle relazioni internazionali non era determinato dalla forza militare che (non) poteva vantare, ma dall'influenza che derivava dal mercato interno e da mezzi diplomatici e culturali (si veda F. DUCHÊNE, *Europe's Role in World Peace*, in R. MAYNE (ed.), *Europe Tomorrow: Sixteen Europeans Look Ahead*, London, 1972, p. 32 ss.). A partire dai primi anni Duemila, si è diffusa l'idea che l'Unione si contraddistingua per il fatto di essere una *normative power*, data la sua capacità di diffondere regole e standard sviluppati nel contesto del processo di integrazione europea su scala mondiale (per una prima introduzione, I. MANNERS, *Normative Power Europe: A Contradiction In Terms?*, in *JCMS*, n. 2, 2002, p. 235 ss.; ID., *Normative power Europe reconsidered: beyond the crossroads*, in *JEPP*, n. 2, 2006, p. 182 ss.). A ciò sembra ricollegarsi l'idea, particolarmente in voga negli ultimi anni, di effetto Bruxelles, che concerne la tendenza per cui imprese attive sui mercati internazionali si conformano alle normative dell'Unione anche quando non operano nel contesto europeo, in quanto reputano conveniente condurre i loro affari in maniera uniforme a prescindere dall'ambito spaziale considerato. Si tratterebbe, quindi, di una forma di *race to the top*, visto che verrebbero adottati standard rigorosi al fine di facilitare la produzione e l'esportazione (per i necessari approfondimenti, A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, New York, 2020). Non manca comunque chi, nel corso del tempo, ha evidenziato che l'Unione europea, più che esportare le proprie regole, esporta un'immagine ideale, ossia il riflesso di ciò che l'Unione vorrebbe ottenere per sé stessa quale comunità di regole e di valori. Per questo, vi è chi parla di *EUtopia* per sottolineare che l'attività dell'Unione nell'ambito delle relazioni internazionali è da intendersi come proiezione o rappresentazione di un mito (al riguardo, K. NICOLAÏDIS, R. HOWSE, *This is my EUtopia…: Narrative as Power*, in *JCMS*, n. 4, 2002, p. 767 ss.).

L'approvvigionamento di materie prime critiche, infatti, è frequentemente associato a impatti ambientali rilevanti, tra cui la perdita di biodiversità, la contaminazione di suolo, aria e acqua, nonché a potenziali tensioni con le comunità locali. In questo scenario, il bioma forestale riveste un ruolo centrale: le foreste costituiscono serbatoi essenziali di biodiversità, biomassa e risorse idriche, oltre a svolgere una funzione primaria nell'assorbimento dei gas serra, contribuendo così in maniera decisiva alla lotta contro i cambiamenti climatici. Il mancato raggiungimento degli obiettivi fissati dal regolamento sulla deforestazione metterebbe seriamente a rischio, con un effetto domino, non solo il percorso verso la neutralità climatica entro il 2050, il *Net-zero*, ma anche il conseguimento degli obiettivi chiave del *Green Deal* europeo, della strategia industriale dell'Unione e della transizione verde e digitale.

Un problema ulteriore, sempre con riferimento alla questione ambientale, attiene al rapporto tra CRMA e il *corpus* normativo a tutela degli ecosistemi, ossia la direttiva 92/43 (c.d. direttiva habitat), la direttiva 2000/60 (la direttiva quadro sulle acque) e la direttiva 2009/147 (c.d. direttiva uccelli).

Nel preambolo del regolamento, si afferma che l'attività estrattiva nelle aree protette è soggetta alle condizioni stabilite dalle direttive habitat e uccelli, ponendosi in rilievo il fatto che qualsiasi nuovo progetto minerario o estrattivo deve essere sottoposto a un'approfondita valutazione dell'impatto ambientale per ridurlo al minimo[106]. Il che porterebbe a ritenere che l'attività estrattiva deve adattarsi ai requisiti di tutela dell'ambiente degli atti ora ricordati. Tuttavia, la prospettiva che emerge nel prosieguo del CRMA è ben diversa. All'art. 10, par. 1, si prevede che i progetti strategici sono considerati in grado di contribuire alla sicurezza dell'approvvigionamento di materie prime strategiche nell'Unione. Al successivo par. 2 si chiarisce che, per quanto riguarda gli impatti ambientali o gli obblighi di cui all'art. 6, par. 4, e all'art. 16, par. 1, lett. c), della direttiva 92/43, all'art. 4, par. 7, della direttiva 2000/60/CE e all'art. 9, par. 1, lett. a), della direttiva 2009/147/CE, o a disposizioni legislative dell'Unione sul ripristino degli ecosistemi terrestri, costieri e di acqua dolce, i progetti strategici dell'Unione sono considerati di pubblico interesse o al servizio della salute e della sicurezza pubblica e possono essere ritenuti di rilevante pubblico interesse, purché siano soddisfatte tutte le condizioni stabilite in tali atti legislativi dell'Unione.

Dunque, l'impostazione è ribaltata rispetto a quella che parrebbe emergere dal preambolo, perché si impone una presunzione quanto al fatto che i

[106] Considerando n. 69 del *Critical Raw Materials Act*.

progetti strategici siano di pubblico interesse o al servizio della salute e della sicurezza pubblica ai fini delle direttive ora menzionate. Ciò non implica di necessità che non verranno prese in considerazione questioni concernenti la tutela dell'ambiente. In effetti, va ricordato che le tre direttive sopra menzionate impongono un bilanciamento tra interessi confliggenti alle competenti autorità degli Stati membri. Le deroghe definite dagli articoli richiamati all'art. 10, par. 2, del CRMA sono accompagnate da formule quali «lo Stato membro adotta ogni misura compensativa necessaria» (art. 6, par. 4, della direttiva habitat), «a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale» (art. 16, par. 1, della direttiva habitat), «è fatto tutto il possibile per mitigare l'impatto negativo sullo stato del corpo idrico» (art. 4, par. 7, della direttiva quadro sulle acque) e «sempre che non vi siano altre soluzioni soddisfacenti» (art. 9, par. 1, della direttiva uccelli). Quindi, è chiaro che viene imposta una valutazione caso per caso, senza riconoscere automaticamente la prevalenza delle ragioni relative ai progetti strategici e, in generale, a qualsiasi altra situazione che possa giustificare una deroga.

A questo va aggiunto che, comunque, tra i criteri per il riconoscimento dei progetti strategici, uno riguarda il fatto che essi dovrebbero essere attuati in modo sostenibile, in particolare per quanto riguarda il monitoraggio, la prevenzione e la riduzione al minimo degli impatti ambientali (art. 6, par. 1, lett. c), del CRMA). Quindi, si conferma ulteriormente quanto detto circa l'esigenza di definire un equilibrio tra esigenze contrapposte.

C'è però un aspetto che merita attenzione. Se può comprendersi che un progetto strategico venga ritenuto di pubblico interesse, viene spontaneo chiedersi come esso possa considerarsi *sic et simpliciter* a servizio della salute o della sicurezza pubblica. Con riferimento all'atto che ha preceduto la direttiva uccelli, ossia la direttiva 79/409/CEE, la Corte di giustizia ebbe modo di riconoscere che la facoltà degli Stati membri di ridurre la superficie di una zona di protezione speciale può essere giustificata solo da motivi eccezionali, come nel caso di quelli relativi al pericolo di inondazioni e alla protezione della costa. Esse furono individuate come «ragioni sufficientemente serie per giustificare i lavori di arginatura e di rinforzo delle strutture costiere fintantoché queste misure si limitino allo stretto necessario e comportino la minor riduzione possibile della zona di protezione speciale»[107].

Pertanto, pare potersi avanzare qualche dubbio con riferimento alla

[107] Corte giust. 28 febbraio 1991, C-57/89, *Commissione/Germania*, punto 21.

scelta operata dai legislatori dell'Unione circa la riconducibilità dei progetti strategici ai fini di tutela della salute o della sicurezza pubblica per quel che riguarda la direttiva habitat, la direttiva quadro sulle acque e la direttiva uccelli.

Le considerazioni ora svolte sembrano rilevanti anche ai fini del rapporto tra il CRMA e il regolamento (UE) 2024/1991 sul ripristino della natura[108], il quale mira in particolare a contribuire al recupero a lungo termine e duraturo della biodiversità e della resilienza degli ecosistemi in tutte le zone terrestri e marine degli Stati membri attraverso il ripristino degli ecosistemi degradati. Sulla base di tale nuova disciplina, gli Stati membri devono porre in atto le misure necessarie per riportare in buono stato una percentuale crescente dei diversi tipi di habitat considerati (almeno il 30% entro il 2030, almeno il 60% entro il 2040 e almeno il 90% entro il 2050). Eppure, per quanto riguarda i siti che non rientrano nella rete ecologica europea di zone speciali di conservazione Natura 2000, prevista dalla direttiva 92/43, gli obblighi fissati al riguardo non si applicano al deterioramento dovuto a, *inter alia*, un piano o progetto di interesse pubblico prevalente per il quale non sono disponibili soluzioni alternative meno dannose, da determinarsi caso per caso (art. 4, par. 14, lett. c); art. 4, par. 15, lett. c); art. 5, par. 11, lett. c); art. 5, par. 12, lett. c)). Per quanto riguarda invece i siti Natura 2000, il mancato rispetto di tali obblighi è giustificato se è dovuto a un piano o progetto autorizzato a norma dell'art. 6, par. 4, della direttiva 92/43 (art. 4, par. 16, lett. c e art. 5, par. 13, lett. c)).

Un ulteriore aspetto meritevole di considerazione riguarda la richiesta della conformità dei progetti strategici alla direttiva (UE) 2022/2464[109]. La CSRD, acronimo di *Corporate Sustainability Reporting Directive*, impone alle imprese europee e alle filiali stabilite all'interno dell'UE di società estere, di rendere pubblico il proprio impatto sociale e ambientale, nonché l'effetto delle proprie azioni sull'ambiente, sulla sfera sociale e sulla *governance* (ESG) con riferimento al proprio *business*. Le aziende coinvolte nei progetti strategici nell'ambito del CRMA si trovano dunque a dover soddisfare obblighi di trasparenza, di rendicontazione degli impatti ambientali e delle pratiche di approvvigionamento che non solo siano in linea con gli standard di

[108] Regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2024, sul ripristino della natura e che modifica il regolamento (UE) 2022/869.

[109] Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

sostenibilità dell'Unione ma anche con le linee guida dell'OCSE. Ci si riferisce, in particolare, a quelle relative alla lotta alla corruzione; all'obbligo di *due diligence*[110] sulle catene di approvvigionamento responsabile dei minerali provenienti da zone di conflitto e ad alto rischio; a quelle sul coinvolgimento significativo dei portatori di interessi attivi nel settore estrattivo, che si rifanno ai principi stabiliti nella dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni; ai *Principles of Corporate Governance*, nonché ai principi guida su imprese e diritti umani dell'ONU e agli standard di prestazione dell'*International Standard Corporation* sull'acquisizione di terreni e sul reinsediamento volontario. In un contesto già normativamente complesso, emerge il rischio che l'eccessiva burocratizzazione della disciplina finisca per penalizzare le imprese europee, ostacolandone la capacità competitiva sui mercati globali. La CSRD impone l'obbligo di pubblicare *report* dettagliati sulla sostenibilità delle attività aziendali, inclusi i processi di approvvigionamento delle materie prime. Tale onere, sommato agli adempimenti previsti dal CRMA, potrebbe generare duplicazioni nelle procedure di conformità, con conseguenti appesantimenti amministrativi, aumento dei costi operativi e possibili ricadute negative in termini di competitività, concorrenza sleale e occupazione.

Un'ultima considerazione riguarda il nesso cruciale tra la transizione digitale e il tema delle materie prime critiche. Le nuove tecnologie, e in particolare l'intelligenza artificiale, sono fortemente energivore e dipendono dall'accesso sicuro a materiali indispensabili per la produzione di *hardware* ad alte prestazioni, come i semiconduttori. Parallelamente, l'IA – recentemente disciplinata a livello europeo mediante l'*AI Act*[111] – costituisce una

[110] Si registra uno sforzo pedagogico da parte dell'Unione al fine di diffondere anche tra i privati determinati valori. Questo profilo ben si evidenzia nella sentenza Corte giust. 12 novembre 2019, C-363/18, *Organisation juive européenne e Vignoble Psagot*, in cui la Corte ha affermato che gli alimenti originari di territori occupati dallo Stato di Israele devono recare l'indicazione del loro territorio di origine, accompagnata, nel caso in cui provengano da una località o da un insieme di località che costituiscono un insediamento israeliano all'interno del suddetto territorio, dall'indicazione di tale provenienza. La Corte ha altresì osservato che, conformemente agli articoli 9 e 26 del regolamento n. 1169/2011, il paese di origine o il luogo di provenienza di un alimento deve essere indicato qualora l'omissione di una simile indicazione possa indurre in errore i consumatori, facendo pensare loro che tale alimento abbia un paese di origine o un luogo di provenienza diverso dal suo paese di origine o dal suo luogo di provenienza reale. Ha inoltre rilevato che, quando l'indicazione di origine o di provenienza è specificata su un alimento, essa non deve essere ingannevole (punti 49 e 59).

[111] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti

leva strategica per l'efficientamento dei processi industriali, grazie alla capacità di raccogliere, tracciare e analizzare grandi volumi di dati[112]. Inoltre, tali tecnologie possono contribuire a sviluppare modelli economici circolari, basati sul riutilizzo e sul riciclo, superando l'approccio lineare "take-make-dispose" in favore del paradigma "reuse-remake-recycle". In quest'ottica, l'intelligenza artificiale può agire da catalizzatore per lo sviluppo di un'economia circolare, prolungando il ciclo di vita dei beni, ottimizzando l'uso delle risorse e migliorando la gestione dell'intero *lifecycle* dei prodotti[113].

Il coordinamento tra questi atti legislativi impone la necessità di conciliare le esigenze dello sviluppo tecnologico con i limiti posti dalla disponibilità delle risorse e dalle considerazioni etiche, tenuto conto della rilevante impronta ambientale e delle potenziali ricadute sociali connesse. L'intelligenza artificiale, infatti, da una parte consuma inevitabilmente enormi risorse, ma, dall'altra, potrebbe contribuire a garantire l'indipendenza (o, quantomeno, una minore dipendenza) energetica dell'Europa. In questo contesto, accanto all'irrinunciabile valorizzazione dell'urban mining, il CRMA rilancia la possibilità di estrazione domestica di materie prime critiche, subordinandola all'impiego delle migliori tecnologie disponibili, capaci di ottimizzare le fasi di esplorazione e sfruttamento.

(CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 (UE) 2020/1828.

[112] Si vedano le riflessioni tecniche di G. DESHARNAIS, J. P. PAIEMENT, D. HATFIELD, N. POUPART, *Mining BIG Data: the Future of Exploration Targeting Using Machine Learning*, in V. TSCHIRHART, M. D. THOMAS (eds.), *Proceedings of Exploration 17: Sixth Decennial International Conference on Mineral Exploration*, Toronto, 2017, p. 319 ss.

[113] Si veda il report redatto nell'ambito del cepINPUT da A. KÜSTERS, A. WOLF, *The Digital Divining Rod: How AI Contributes to a more Resilient Supply of Raw Materials*, 21 February 2023, reperibile *online*, p. 21: «It began by asserting that the technical possibilities for using modern AI in this area have also increased significantly in recent years. It uses several examples of non-European companies to demonstrate that these techniques are also viable for the raw material sector. At the same time, the analysis shows that the necessary regulatory conditions must first be created for successful take-up of AI in mining. On a practical level, this firstly involves ensuring that there is adequate human decision-making capacity within such automated systems. The evaluation of raw material deposits should never be limited to purely geological or economic parameters but should always include the social and ecological dimension. This makes algorithm development and the evaluation of algorithmic results particularly complex. Ensuring that there are "humans in the loop" increases the reliability of the analyses and at the same time guarantees that ethical standards are maintained. Secondly, state support will be necessary in the initial phase of market development in order to realise the economies of scale more quickly and to prevent the emergence of new monopolies in this sector from outside Europe».

Nondimeno, affinché tale approccio risulti efficace, è essenziale garantire l'affidabilità e l'alta qualità dei dati utilizzati per addestrare gli algoritmi, assicurando un bilanciamento equo tra interessi in gioco. Resta centrale, in linea con la filosofia dell'*AI Act*, l'approccio «human in the loop», volto a preservare la supervisione umana in tutte le fasi decisionali più rilevanti[114].

7. *Conclusioni*

L'attuale scenario geopolitico ed economico globale impone una riflessione approfondita sul ruolo delle materie prime critiche, non soltanto in chiave strategica, ma anche sotto il profilo della coerenza giuridica e dell'equilibrio tra sviluppo sostenibile, tutela dei diritti fondamentali e libertà economiche.

Una prima considerazione di ordine metodologico impone di sottolineare una tendenza significativa che si rinviene nella recente produzione normativa europea, ovvero l'adozione di un approccio regolatorio proattivo e di natura extraterritoriale. L'Unione europea, infatti, avvalendosi della propria capacità di attrazione inerente al mercato interno (e al già richiamato effetto Bruxelles), implementa regolamenti – tra cui i ricordati *AI Act*, il regolamento sulla deforestazione e il *Carbon Border Adjustment Mechanism* – i quali impongono obblighi anche a soggetti situati al di fuori del territorio dell'Unione, nel caso in cui intendano accedere al mercato europeo.

Tale estensione extraterritoriale della normativa, sebbene mirata alla salvaguardia di beni giuridici di rilevanza globale, quali l'ambiente e i diritti fondamentali, solleva rilevanti questioni riguardanti la legittimità giuridica internazionale, la coerenza normativa ma, soprattutto, la possibile efficacia nell'applicazione delle norme stesse. In assenza di meccanismi sanzionatori esterni all'Unione europea o di forme di cooperazione amministrativa efficienti, la capacità di garantire l'effettiva attuazione di tali normative risulta limitata. Emergerebbe così quello che potrebbe essere inteso come un possibile paradosso giuridico, poiché da un lato, l'Unione europea estende progressivamente la propria proiezione regolatoria oltre i confini, assumendo il ben noto ruolo di *standard maker* a livello globale; dall'altro, però, incontra

[114] Si vedano sul punto A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in questa *Rivista*, n. 15, 2023, p. 321 ss.; C. GRIECO, *Intelligenza Artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023.

inevitabili limiti strutturali nel garantire l'effettiva applicazione di tali standard negli ordinamenti di Paesi terzi, sui quali non ha chiaramente giurisdizione o possibilità di esercitare un controllo attuativo[115].

Dal punto di vista del merito della nuova disciplina esaminata, l'assunto secondo cui «mining is not everything, but without mining everything is nothing»[116] richiama, con disarmante attualità, la centralità della questione estrattiva e delle materie critiche nel quadro delle politiche industriali e ambientali dell'Unione e non solo. Malgrado ciò, l'Europa è l'unico continente in cui i livelli di estrazione degli ultimi decenni sono risultati in calo, circostanza che riflette una crescente distanza tra gli obiettivi della transizione ecologica e quella digitale.

L'oggettivo dato di realtà in base al quale il controllo sulle risorse naturali corrisponde a una forma di potere politico ed economico non è certamente nuovo, ma assume oggi contorni inediti alla luce delle sfide poste dalla *Twin Transition*. Ne consegue la necessità per l'Unione europea di avviare una nuova stagione estrattiva che non risulti però ispirata a logiche meramente espansionistiche[117], ma si fondi sui ricordati partenariati strategici – seppur con le criticità evidenziate – e sui canoni della sostenibilità giuridicamente integrata, che impone di armonizzare le esigenze del mercato con il rispetto dei diritti fondamentali delle popolazioni indigene e i canoni della sostenibilità sociale.

Un ultimo punto da attenzionare riguarda il tema dell'economia circolare, che evidenzia una tensione normativa non marginale. Sebbene tale paradigma costituisca un presupposto essenziale per un utilizzo sostenibile delle materie prime critiche, non è ancora in grado – per ragioni tecnologiche ed economiche – di garantire un approvvigionamento autosufficiente. Ne deriva la necessità di un intervento normativo che non si limiti a regolare i flussi materiali e finanziari, ma disciplini anche l'accesso, la tracciabilità, il riciclo e il riutilizzo delle risorse, attraverso il rafforzamento della responsabilità estesa del produttore, l'introduzione di incentivi alla progettazione

[115] Si veda per alcune riflessioni sull'efficacia esterna delle normative europee, F. MARONGIU BUONAIUTI, *L'ambito di applicazione territoriale del Digital Markets Act e del Digital Services Act. Tra applicazione "extraterritoriale" del diritto dell'Unione europea e attribuzione di un carattere internazionalmente imperativo alle sue norme*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, p. 171 ss.

[116] Si tratta di una celebre frase del fisico Max Planck.

[117] S. BOGOJEVIĆ, *The European Green Deal, the rush for critical raw materials, and colonialism*, in *Transnational Legal Theory*, n. 4, 2024, p. 1 ss.

sostenibile e l'adozione di obblighi vincolanti di *due diligence*. Emblematico in tal senso è il caso del rame: la circostanza che il 70% di quello estratto nel XX secolo sia ancora in uso suggerisce l'opportunità di adottare un approccio regolatorio che ponga al centro la valorizzazione dei cicli di vita lunghi e la gestione condivisa delle materie prime, secondo una logica di economia dei beni comuni che guardi non solo alla proprietà delle risorse, ma anche alla loro *governance* intertemporale.

In questo contesto, dunque, l'Unione europea è chiamata a un esercizio di coerenza normativa e politica: le scelte legislative (dall'*AI Act*, al CRMA, passando per la tutela dei biomi forestali) devono essere parte di un disegno organico, sorretto da criteri di proporzionalità, effettività e rispetto delle competenze concorrenti tra Unione e Stati membri. Solo attraverso un simile approccio sistemico sarà possibile garantire che le politiche europee non si traducano in nuove forme di dipendenza o vulnerabilità, ma diventino veicolo di autonomia strategica, giustizia ambientale e tutela dei diritti fondamentali, anche alla luce dell'impegno dell'Unione volto a promuovere uno sviluppo sostenibile, fondato su un'«economia sociale di mercato fortemente competitiva»[118].

[118] Art. 3 TUE.

Abstract (ita)

L'articolo propone un'analisi critica del regolamento (UE) 2024/1252 (il *Critical Raw Materials Act*), adottato dall'Unione europea con lo scopo di garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche, le quali risultano necessarie per permettere di conseguire gli obiettivi della transizione verde e della transizione digitale. Pertanto, viene in primo luogo proposto un inquadramento storico e giuridico dell'interesse dell'Unione per le risorse in questione, per poi procedere a illustrare la disciplina del *Critical Raw Materials Act*. Seguono riflessioni sui partenariati strategici con Stati terzi e sulle criticità che emergono dal regolamento in relazione alle esigenze di tutela dell'ambiente.

Abstract (eng)

The article offers a critical analysis of Regulation (EU) 2024/1252 (the Critical Raw Materials Act), adopted by the European Union with the aim of ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials, which are necessary to achieve the objectives of the green transition and the digital transition. Therefore, the article first provides a historical and legal overview of the Union's interest in these resources, before going on to outline the provisions of the Critical Raw Materials Act. This is followed by thoughts on strategic partnerships with third countries and the critical issues that emerge from the regulation in relation to environmental protection.

DIRITTO D'AUTORE E IA GENERATIVA: UN BANCO DI PROVA PER L'UNIONE EUROPEA

Andrea Lottini[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La (non) proteggibilità delle opere generate dall'IA nel diritto vigente. – 2.1. I rischi legati a un'eventuale proteggibilità delle opere *AI–generated* e il paradosso degli *infinite monkeys*. – 3. La necessità di incentivare la creatività umana nell'era dell'IA. – 4. Quadro regolatorio attuale e confronti internazionali. – 4.1. Il sistema UE: eccezioni per il *text and data mining*, *AI Act* e *GPAI Code of Practice*. – 4.2. Un'analisi comparativa: *fair use* e approcci flessibili in altre giurisdizioni. – 5. Remunerare gli autori nell'era dell'IA: soluzioni fondate sulla fase di *input*. – 5.1. I modelli orientati all'*output*: l'*AI levy*. – 6. Conclusioni e prospettive: la sfida europea tra tutela autoriale e competizione globale.

1. *Introduzione*

L'avvento dell'intelligenza artificiale generativa rappresenta una delle trasformazioni tecnologiche più significative del nostro tempo. La portata dei suoi effetti si estende a ogni ambito della vita sociale, economica e culturale. Tra i profili maggiormente coinvolti vi è quello della creatività, storicamente considerata una prerogativa esclusiva dell'essere umano. I modelli linguistici di grandi dimensioni (LLM), i generatori di immagini e i compositori digitali sono oggi in grado di produrre contenuti creativi in modo autonomo, con livelli di precisione e raffinatezza sempre più elevati, rendendo sempre più difficile distinguere tra *output* umano e generato artificialmente[1].

Questa evoluzione impone una rivalutazione della disciplina autoriale, tanto nei suoi istituti fondativi, autorialità, opera creativa, originalità, quanto

[*] Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II.

[1] Sul punto si v. G. FROSIO, *Four theories in search of an A(I)uthor*, in R. ABBOTT, D. GEFFEN (eds.), *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2022, p. 155 ss., dove si chiarisce come la creatività algoritmica non coincida con quella umana, ma costituisca un fenomeno concettualmente distinto, privo di intenzionalità e soggettività.

nella sua funzione dinamica di strumento volto a tutelare al contempo innovazione e produzione culturale.

Le esigenze in gioco sono molteplici e, almeno in apparenza, tra loro contrastanti. Da un lato, è necessario incentivare lo sviluppo tecnologico, soprattutto in un contesto segnato da una forte competizione globale[2]. Dall'altro, risulta fondamentale garantire la tutela della creatività umana, sia per motivi sociali[3] - in considerazione dell'elevato numero di lavori potenzialmente sostituibili nel breve e medio periodo - sia per ragioni culturali, legate al rischio che l'omogeneità degli *output* generati dall'IA riduca la diversità espressiva e linguistica della produzione creativa.

Infine, va sottolineato che i sistemi di intelligenza artificiale sono addestrati su opere prodotte da esseri umani, nella maggior parte dei casi protette dal diritto d'autore[4]. In una prospettiva di lungo periodo, risulta quindi essenziale garantire condizioni che incentivino la produzione culturale, evitando che il sistema comprometta le basi stesse su cui si fonda.

Il presente lavoro si propone di analizzare le principali riflessioni che l'IA generativa impone sul sistema del diritto d'autore, soffermandosi sulle soluzioni normative esistenti e sulle proposte attualmente in discussione. Particolare attenzione sarà dedicata all'approccio adottato dall'Unione europea, al confronto con le esperienze internazionali e alla possibilità di costruire un modello di regolazione in grado di coniugare tutela degli autori e sviluppo tecnologico.

[2] C'è un interesse strategico e di sicurezza per l'Unione europea a che i processi di addestramento dell'IA avvengano all'interno dei propri confini territoriali, riducendo la dipendenza da infrastrutture e dataset controllati da attori extraeuropei. La composizione e l'origine dei dati utilizzati nella fase di *training* influenzano in modo significativo gli *output* generati, contribuendo a modellare contenuti, riferimenti culturali e prospettive interpretative che possono avere ricadute anche sul piano sociale e politico.

[3] Le opere generate da sistemi di intelligenza artificiale risultano sempre più efficienti sotto il profilo dei costi e dei tempi di produzione, pur senza essere, in molti casi, qualitativamente superiori rispetto alle loro controparti umane. Sul punto, si v. B. HARDMAN, J. HOUSEL, *A Sui Generis Approach to the Protection of AI-Generated Works: Balancing Innovation and Authorship,* 2023, in *SSRN Working Paper*, 2023, www.doi.org/10.2139/ssrn.4557004.

[4] V. Sul punto, A. BUICK, *Copyright and AI Training Data – Transparency to the Rescue?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n. 20, 2025, pp. 182-192.

2. *La (non) proteggibilità delle opere generate dall'IA nel diritto vigente*

La disciplina del diritto d'autore risulta essere fortemente antropocentrica. Questo impianto normativo si riflette tanto nelle fonti internazionali, a partire dalla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, quanto nei principali sistemi nazionali[5] e sovranazionali. Come affermato anche dall'Avvocato generale Trstenjak nel caso *Painer*, nel diritto dell'Unione europea viene protetto solo il risultato della creazione umana[6].

In questo contesto normativo, la riconoscibilità della tutela autoriale alle opere interamente create dall'intelligenza artificiale è incompatibile con i presupposti strutturali del diritto d'autore stesso, ossia la personalità giuridica, l'autorialità e, in una certa misura, l'originalità.

In primo luogo, l'IA non possiede personalità giuridica. Il diritto positivo, tanto nei sistemi nazionali quanto negli strumenti internazionali, non riconosce alle macchine lo *status* di soggetto di diritto, e dunque non consente loro di essere titolari di diritti soggettivi, incluso quello d'autore. Le ipotesi di "personalità elettronica" sono state evocate in sede di dibattito politico, ma appaiono giuridicamente infondate e normativamente premature[7].

In secondo luogo, le macchine non possono essere considerate "autori" ai sensi delle normative vigenti. Il diritto dell'Unione europea riconduce l'autorialità esclusivamente a soggetti umani, come emerge anche dall'art. 2, par. 1, della direttiva Software[8] e dall'art. 4, par. 1, della direttiva Database[9], entrambi esplicitamente riferiti a persone fisiche, gruppi di persone o persone giuridiche.

[5] V. G. Frosio, *Four theories in search of an A(I)uthor*, cit., p. 7.

[6] Conclusioni dell'Avv. gen. Trstenjak, del 12 aprile 2011, C-145/10, *Painer*, par. 121.

[7] V. E. Mik, *AI as a Legal Person?*, in R. Hilty, K. C. Liu (eds.), *Artificial Intelligence & Intellectual Property*, Oxford, 2020, www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.3616732; nonchè V. G. Frosio, *Four theories in search of an A(I)uthor*, cit., p. 5 ss.

[8] Direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore. L'art. 2, par. 1 prevede che «L'autore di un programma per elaboratore è la persona fisica o il gruppo di persone fisiche che ha creato il programma o, qualora la legislazione degli Stati membri lo permetta, la persona giuridica designata da tale legislazione come titolare del diritto [...]».

[9] Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati. L'art. 4, par. 1 della direttiva stabilisce che «L'autore di

In questa stessa direzione si colloca anche il disegno di legge n. 1146, attualmente all'esame del Parlamento italiano, il cui art. 24 propone di modificare l'art. 1 della legge italiana sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633), specificando in modo espresso che la tutela si riconosce esclusivamente alle opere dell'ingegno umano. La proposta vuole inoltre che venga a chiarito a livello legislativo che tale tutela può riguardare anche opere realizzate con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, a condizione che esse costituiscano comunque il risultato del lavoro intellettuale dell'autore.

Anche la giurisprudenza statunitense ha costantemente riaffermato l'umanità dell'autore come prerequisito per l'accesso alla tutela, rifiutando la protezione in casi celebri come *Naruto/Slater*[10]. Nel caso *A Recent Entrance to Paradise*, l'*U.S. Copyright Office* ha negato la registrazione di un'opera generata da un algoritmo, ribadendo che la protezione richiede *human authorship*[11]. Il *District Court of Columbia* ha confermato la decisione, chiarendo che il requisito della creatività umana costituisce un principio fondamentale della tradizione americana[12]. Analogamente, anche nei casi *Théâtre D'opéra Spatial* e *Suryast* - opere visive generate mediante Midjourney - la protezione è stata negata per l'assenza di un apporto umano sufficientemente rilevante[13].

In terzo luogo, le opere generate dall'IA non soddisfano il requisito dell'originalità. In particolare, l'originalità viene oggi intesa, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, come «espressione della creazione intellettuale dell'autore dell'opera stessa»[14]. L'*output* generato da IA, per quanto raffinato, è il risultato di operazioni algoritmiche su dati di addestramento e non di un processo decisionale consapevole. In assenza di volontà e libertà creativa,

una banca di dati è la persona fisica o il gruppo di persone fisiche che l'ha creata o, qualora la legislazione dello Stato membro interessato lo consenta, la persona giuridica individuata da tale legislazione come titolare del diritto».

[10] *Naruto/David Slater*, 28 January 2016, *United States District Court for the Northern District of California*, n. 15-cv-04324-WHO.

[11] *U.S. Copyright Office*, lettera del 12 agosto 2019, n. 1-3ZPC6C3.

[12] *Thaler/Perlmutter*, 18 August 2023, *United States District Court for the District of Columbia*, n. 22-CV-384-1564-BAH.

[13] *U.S. Copyright Office Review Board*, lettera del 5 settembre 2023, n. 1-5T5320R, *Théâtre D'opéra Spatial*; *U.S. Copyright Office Review Board*, lettera dell'11 dicembre 2023, n. 1-5PR2XKJ, *Suryast*.

[14] Corte giust. 16 luglio 2009, C-5/08, *Infopaq International*, punto 39.

manca anche quella componente soggettiva che conferisce all'opera la qualità dell'originalità giuridicamente rilevante.

Pertanto, in assenza di un contributo umano creativo riconoscibile, la creazione "artistica" dell'intelligenza artificiale non rientra nel perimetro applicativo del diritto d'autore e resta, di conseguenza, destinata a rimanere nel pubblico dominio.

Va segnalato che, nel dibattito più recente, sono state avanzate alcune proposte volte a offrire soluzioni per la protezione tramite diritto d'autore delle opere create interamente da sistemi generativi.

Tra le principali ipotesi:

a) l'attribuzione fittizia dell'autorialità al soggetto umano coinvolto nel processo generativo, come il programmatore o l'utilizzatore, nella logica di un'estensione artificiale della nozione di autore, anche in assenza di un apporto creativo sensibile; una simile scelta, però, rischierebbe di abbassare eccessivamente la soglia di creatività richiesta per il riconoscimento della tutela, svuotando il requisito dell'originalità e generando forte incertezza applicativa;

b) il riconoscimento di una forma di titolarità fondata sull'investimento tecnico-economico sostenuto per creare o addestrare il sistema generativo, sul modello dei diritti connessi già previsti per emittenti e produttori; questa soluzione, ispirata a logiche di tutela degli investimenti, comporterebbe tuttavia una duplicazione di vantaggio per lo sviluppatore del sistema, che già beneficia economicamente dall'impiego dell'IA, e rischierebbe di incentivare una forma di "privativa automatica" in assenza di qualunque merito creativo;

c) l'introduzione di un diritto *sui generis* specificamente pensato per l'*output* delle IA, che riconosca una tutela limitata e autonoma rispetto al diritto d'autore tradizionale, analogamente a quanto avviene per i *database*; questa proposta, però, solleva diversi dubbi di opportunità e fattibilità, sia per l'esperienza normativa poco fortunata di altri diritti *sui generis* (come quello per le topografie dei semiconduttori[15]) sia per il rischio di proliferazione di regimi parziali di

[15] Direttiva 87/54/CEE del Consiglio, del 16 dicembre 1986, sulla tutela giuridica delle topografie dei prodotti a semiconduttori. Nonostante l'introduzione formale di questo diritto, volto a proteggere le configurazioni dei circuiti integrati, la sua applicazione è rimasta estremamente marginale. Le ragioni sono molteplici: il numero di registrazioni e di casi giurisprudenziali è molto basso e, nella maggior parte degli ordinamenti, la normativa non è mai stata effettivamente

tutela che aumenterebbero la complessità del sistema, senza fornire garanzie di effettiva utilità pratica.

In definitiva, tutte queste ipotesi presentano limiti teorici e pratici non trascurabili, e pongono interrogativi rilevanti in termini di compatibilità con i principi fondamentali del diritto d'autore[16].

2.1. *I rischi legati a un'eventuale proteggibilità delle opere* AI-generated *e il paradosso degli* infinite monkeys

A prescindere dalla soluzione normativa che potrà essere adottata in futuro, ciò che preme sottolineare sono le conseguenze socio-economiche che potrebbero derivare da un'eventuale attribuzione di un diritto di esclusiva sulle opere generate dall'IA generativa. Anche qualora si ritenesse giuridicamente percorribile una forma di tutela, sarebbe comunque necessario interrogarsi sull'opportunità di estendere una protezione autoriale a contenuti che non sono espressione della creatività umana.

Le possibili conseguenze di un'eventuale scelta di questo tipo sono plasticamente illustrate dal celebre paradosso degli *infinite monkeys*, sviluppato sulle teorie elaborate dal matematico francese Émile Borel agli inizi del XX secolo. Immaginando una scimmia che preme tasti a caso su una macchina da scrivere per un tempo infinito, quest'ultima sarà prima o poi capace di riprodurre l'intera opera di Shakespeare. Pertanto, pur senza un preciso "scopo", la scimmia sarebbe capace di saturare lo scibile umano di opere creative, su cui poi vantare una privativa autoriale.

Una simile ipotesi, nel contesto tecnologico attuale, è tutt'altro che inverosimile. Si pensi all'intelligenza artificiale *Cloem*, che impiega una tecnica di manipolazione linguistica accoppiata al c.d. *brute force computing*. Tale IA può,

utilizzata né invocata in sede giudiziaria. A ciò si aggiunge il limitato interesse commerciale da parte degli operatori del settore, i quali tendono a preferire strumenti ritenuti più efficaci e flessibili, come i brevetti o i segreti industriali. Infine, la scarsa visibilità e conoscenza del regime ne ha compromesso l'efficacia dissuasiva e l'effettività.

[16] Per una panoramica critica delle principali proposte, v. C. L. SAW, D. LIM, *The Case for AI Authorship in Copyright Law*, in corso di pubblicazione in *Law, Innovation and Technology*, vol. 18, n. 1, 2026, www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.5108423; nonchè G. FROSIO, *Four theories in search of an A(I)uthor*, cit., p. 13 ss.; B. HARDMAN, J. HOUSEL, *op. cit*.

partendo da una o più domande di brevetto esistenti, generare il testo di migliaia di nuove richieste introducendo piccole variazioni nel contenuto originale[17].

Pertanto, le intelligenze artificiali generative, progettate per produrre opere creative su larga scala, rischierebbero di portare a una saturazione artificiale del dominio pubblico, generando enormi monopoli di esclusiva a vantaggio dei titolari delle macchine. Questo processo potrebbe condurre alla cosiddetta «*copyright soup*» e a una progressiva congestione del sistema[18].

3. *La necessità di incentivare la creatività umana nell'era dell'IA*

Una scelta legislativa che escluda dalla tutela autoriale le opere generate dall'IA appare quindi giustificata, ma non è sufficiente a scongiurare la possibilità che i contenuti creativi prodotti da sistemi artificiali si diffondano e finiscano per dominare il panorama culturale. Ulteriori rischi emergono infatti anche nell'ipotesi in cui, indipendentemente dal riconoscimento di diritti di autore, si affidi all'IA lo sviluppo dell'attività creativa, sollevando questioni rilevanti di politica sociale, di non discriminazione e legate all'esigenza strategica di preservare il ruolo dell'uomo nell'innovazione.

In primo luogo, le opere generate dall'IA tendono a riflettere i limiti dei dati su cui vengono addestrate. I sistemi generativi apprendono da *dataset* preesistenti, spesso costruiti su materiali online selezionati in modo non trasparente e privi di un reale bilanciamento culturale. Di conseguenza, l'*output* risulta frequentemente influenzato da bias impliciti di genere, razza, lingua o visione del mondo, contribuendo a consolidare stereotipi e rappresentazioni dominanti.

[17] Sebbene questa tecnologia non sia ancora perfetta, come dimostrato dal fatto che molte delle richieste prodotte in questo modo risultano prive di senso, alcune di esse sono grammaticalmente corrette e logicamente sensate, offrendo variazioni interessanti, innovative e non banali rispetto al contenuto delle domande brevettuali iniziali. V. B. HATTENBACH, J. GLUCOFT, *Patents in an Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence*, in *Stanford Technology Law Review*, vol. 19, n. 32, 2015, p. 41. Sul tema, v. anche E. FRASER, *Computers as Inventors - Legal and Policy Implications of Artificial Intelligence on Patent Law*, in *Scriptorium*, vol. 13, n. 3, 2016, p. 307 ss.

[18] V. G. FROSIO, *Should We Ban Generative AI, Incentivise it or Make it a Medium for Inclusive Creativity?*, in E. BONADIO, C. SGANGA (eds.), *A Research Agenda for EU Copyright Law*, Cheltenham, in corso di pubblicazione, www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.4527461; G. FROSIO, *Four theories in search of an A(I)uthor*, cit., p. 24.

Inoltre, poiché tali sistemi producono contenuti statistici, ciò che ne deriva non è un punto di vista creativo individuale, ma una sintesi probabilistica dei dati appresi. Ne risultano testi, immagini e musiche tendenzialmente uniformi, prevedibili e raramente autenticamente originali.

Qualora tali contenuti dovessero occupare una posizione dominante nel panorama culturale, si determinerebbe un appiattimento verso il basso della produzione creativa, con la conseguente compressione della pluralità espressiva e della visibilità delle voci minoritarie.

Incentivare la creatività umana diventa, in questo contesto, uno strumento essenziale per garantire il pluralismo, inteso come diversità di punti di vista, anche radicalmente divergenti, nonché di espressioni linguistiche e culturali. In assenza di un apporto critico e differenziante, il rischio è quello di una progressiva standardizzazione della produzione culturale.

Infine, evitare che la creatività umana venga soppiantata dalle macchine è una questione di rilevanza strategica e geopolitica. In un contesto di competizione globale, il controllo dei sistemi di intelligenza artificiale più avanzati determinerà in larga misura la forza e l'influenza di uno Stato o, più in generale, di un'unione politica come l'Unione europea.

In questo scenario, è fondamentale che il training delle IA venga effettuato su dataset non solo ampi, ma anche qualitativamente validi, culturalmente ricchi e diversificati. In tal senso, il diritto d'autore, nato storicamente per incentivare la creazione, deve essere ripensato non soltanto come strumento di tutela "statica", potenzialmente in contrasto con lo sviluppo dell'IA generativa, ma come leva per promuovere un ecosistema creativo sostenibile. In altri termini, è necessario costruire un sistema giuridico ed economico in cui la produzione culturale umana venga incentivata anche perché funzionale a migliorare la qualità dell'addestramento delle IA, con effetti positivi sia sul piano tecnologico sia su quello sociale[19].

4. *Quadro regolatorio attuale e confronti internazionali*

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, è dunque opportuno chiedersi se il sistema normativo attuale disponga degli strumenti giuridici ed economici

[19] V. Per un'analisi sulle interdipendenze tra sovranità digitale, creatività e competitività strategica v. M. SENFTLEBEN, *op. cit*.

adeguati a sostenere in modo efficace la creatività umana. Trattandosi di una tecnologia per sua natura transnazionale e priva di confini, tale valutazione non può che essere condotta su base comparativa, mettendo a confronto il modello dell'Unione europea con quelli adottati dalle altre principali potenze economiche globali, così da evidenziare le specificità del modello dell'Unione, nonché i suoi limiti e le sue potenzialità evolutive.

4.1. *Il sistema UE: eccezioni per il* text and data mining*,* AI Act *e* GPAI Code of Practice

L'attuale disciplina dell'Unione europea in materia di IA generativa si caratterizza per un'impostazione prevalentemente reattiva, volta a tentare di tutelare gli interessi dei titolari dei diritti d'autore rispetto all'utilizzo non autorizzato delle loro opere nei processi di addestramento. Tale approccio si riflette in un assetto normativo che privilegia strumenti di esclusione preventiva, come il diritto di opt-out nelle eccezioni per il *text and data mining* (TDM)[20], piuttosto che soluzioni orientate alla remunerazione o al reinvestimento nella creatività umana.

In particolare, la direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (CDSM)[21] distingue tra due tipi di eccezioni per finalità di TDM: l'art. 3, destinato a enti di ricerca e istituzioni culturali non-profit, e l'art. 4, applicabile a soggetti commerciali. Quest'ultimo consente l'utilizzo di contenuti protetti per attività di mining solo in assenza di una manifestazione di volontà contraria da parte del titolare, espressa mediante strumenti tecnici idonei e *machine readable*[22].

[20] Il *text and data mining* (TDM) è una tecnica di analisi automatizzata di testi e dati, che consente di estrarre informazioni, modelli o correlazioni da grandi volumi di contenuti digitali, anche protetti da diritto d'autore. Nell'ambito dell'IA generativa, rappresenta uno strumento centrale per l'addestramento dei modelli.

[21] 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.

[22] Tra i meccanismi attualmente utilizzati per esercitare l'*opt-out* rientrano protocolli tecnici come il file robots.txt, i metadati IPTC incorporati nei file multimediali, o istruzioni machine-readable inserite nel codice sorgente delle pagine web (ad es. attraverso tag semantici o attributi

La previsione di tale *opt-out* costituisce un unicum nel panorama internazionale e si inserisce in una logica di controllo dell'accesso, finalizzata a limitare l'interazione tra training non autorizzato dell'intelligenza artificiale e contenuti coperti da copyright[23].

Tuttavia, la concreta applicazione delle eccezioni TDM resta incerta, come dimostrato dal recente caso *Kneschke/LAION*, deciso nel settembre 2024 dal Landgericht di Amburgo. Il fotografo Robert Kneschke aveva citato in giudizio l'organizzazione no-profit LAION per l'inclusione non autorizzata di una sua immagine all'interno di un dataset utilizzato per addestrare modelli di IA. Il tribunale ha respinto la domanda, ritenendo l'attività lecita ai sensi dell'art. 3 della direttiva, in quanto svolta a fini di ricerca scientifica. La sentenza ha suscitato grande attenzione per l'approccio "stratificato" adottato dalla Corte, che ha distinto tra le fasi di raccolta, addestramento e impiego del modello, ma ha anche confermato la complessità del quadro normativo e la necessità di ulteriori chiarimenti sul piano interpretativo[24].

L'attenzione crescente della giurisprudenza europea sul tema è confermata anche dal recente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Like Company/Google*[25], promosso da un giudice ungherese, che solleva questioni interpretative rilevanti in merito all'applicabilità del diritto di riproduzione e di comunicazione al pubblico nel contesto di risposte generate da *chatbot* addestrati su contenuti protetti. In particolare, il giudice del rinvio chiede se l'impiego di articoli di giornale a fini di training rientri nell'eccezione

standardizzati). La direttiva non impone un formato unico, purché il segnale sia tecnicamente riconoscibile dai sistemi automatici di raccolta.

[23] Sul funzionamento dell'*opt-out* ai sensi dell'art. 4, par. 3, CDSM, v. P. MEZEI, *The Multi-layered Regulation of Rights Reservation (Opt-out) Under EU Copyright Law and the AI Act - For the Benefit of Whom?*, in *SSRN Working Paper*, n. 3, 2025, www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.5064018.

[24] *Kneschke/LAION*, sent. 27 settembre 2024, Tribunale regionale di Amburgo, n. 310, O 227/23. Per un'analisi del caso v. P. GOLDSTEIN, C. STUETZLE, S. BISCHOFF, *Kneschke vs. LAION - Landmark Ruling on TDM Exceptions for AI Training Data - Part 1*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2024, www.copyrightblog.kluweriplaw.com/2024/11/13/kneschke-vs-laion-landmark-ruling-on-tdm-exceptions-for-ai-training-data-part-1/; nonchè COMMUNIA, *First ruling on AI and TDM: LAION case in Hamburg*, 2024, www.communia-association.org.

[25] Rinvio pregiudiziale del 3 aprile 2025, effettuato dal tribunale distrettuale di Budapest (*Budapest Környéki Törvényszék*), C-250/25.

di *text and data mining* prevista dall'art. 4 della direttiva 2019/790, o se invece debba considerarsi una violazione dei diritti esclusivi del titolare.

A prescindere dall'interpretazione che ne daranno le corti europee, è evidente che l'effettività del diritto di *opt-out* dipende in larga misura dalla disponibilità di informazioni chiare sui dataset utilizzati per il *training*: senza un adeguato livello di trasparenza, i titolari potrebbero non essere in grado di esercitare consapevolmente la facoltà di esclusione, vanificando di fatto la protezione prevista dal legislatore.

Pur non essendo stato concepito specificamente per tale finalità, l'*AI Act*[26] introduce obblighi che possono contribuire a rafforzare questa necessità di trasparenza. In particolare, l'art. 53 impone ai fornitori di modelli di intelligenza artificiale di uso generale (*General Purpose AI, GPAI*) l'adozione di una *policy* volta a garantire il rispetto del diritto d'autore, con attenzione all'individuazione e al rispetto delle riserve di diritti espresse mediante strumenti tecnici leggibili da macchina. A ciò si aggiunge l'obbligo di pubblicare una sintesi «sufficientemente dettagliata»[27] dei dati utilizzati per l'addestramento, concepita come strumento di trasparenza e responsabilità nei confronti dei titolari dei diritti.

Per agevolare l'attuazione di tali previsioni, la Commissione europea ha promosso la redazione di un Codice di condotta volontario (*GPAI Code of Practice*)[28], destinato a fornire orientamenti operativi ai *provider* di IA generativa. L'ultima versione disponibile (terza bozza, marzo 2025) ribadisce il principio secondo cui è necessario utilizzare solo contenuti ottenuti lecitamente, evitare l'uso di fonti manifestamente illecite e rispettare i segnali tecnici di *opt-out*, con particolare riferimento ai protocolli già consolidati nella prassi del *web crawling*[29]. Tuttavia, il Codice è stato oggetto di critiche da parte delle associazioni

[26] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

[27] Art. 53, par. 1, lett. d).

[28] Commissione europea, *Third Draft of the General-Purpose AI Code of Practice published, written by independent experts*, 11 March 2025, www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/third-draft-general-purpose-ai-code-practice-published-written-independent-experts.

[29] Il *web crawling* è una delle tecniche utilizzate per raccogliere dati online ai fini dell'addestramento dei modelli di IA, ma non è l'unica. Ciononostante, molti dibattiti sull'eccezione di text and data mining (TDM) tendono a concentrarsi quasi esclusivamente su questa modalità.

dei titolari dei diritti, che ne contestano la natura volontaria e l'adozione di clausole di "*best efforts*" [30], ritenute troppo vaghe e discrezionali per garantire reale trasparenza e rispetto degli *opt-out*[31]. Inoltre, la differenziazione degli obblighi in base alla dimensione del fornitore[32] e l'assenza di meccanismi di *enforcement* rafforzano il timore che il Codice resti privo di effettiva incisività applicativa, riducendosi a un insieme di impegni volontari senza reali conseguenze pratiche.

Nel complesso, il sistema normativo europeo si presenta ancora frammentato e in fase evolutiva, con una stratificazione di fonti eterogenee (*hard law* e *soft law*) che concorrono a delineare un regime giuridico di difficile interpretazione unitaria[33]. L'impressione è che l'Unione abbia compiuto uno sforzo rilevante, e certamente meritevole, per rafforzare la posizione dei titolari dei diritti. Tuttavia, l'attuale configurazione normativa appare più orientata alla limitazione dell'uso non autorizzato delle opere che non alla creazione di meccanismi strutturati di incentivazione della creatività umana. In assenza di un sistema che preveda forme efficaci di remunerazione o redistribuzione del valore generato dall'IA, il rischio è che il modello europeo si limiti a proteggere retroattivamente ciò che già esiste, senza garantire le condizioni per la produzione futura di contenuti culturali originali.

4.2. *Un'analisi comparativa:* fair use *e approcci flessibili in altre giurisdizioni*

Per valutare come si collocano le scelte legislative dell'Unione europea, è opportuno confrontarle brevemente con gli approcci adottati dalle altre principali giurisdizioni.

[30] Cfr. GESAC, *Position on the Third Draft of the Code of Practice for Generative AI*, March 2025, www.authorsocieties.eu, ove si critica l'assenza di obblighi giuridicamente vincolanti e si evidenzia il rischio che le "*best efforts clauses*" diventino meri schermi formali.

[31] IFRRO, *Input to the GPAI Code of Practice – Comments on Version 3*, March 2025, www.ifrro.org, ove si esprimono preoccupazioni circa la mancanza di tracciabilità e la difficoltà, per gli aventi diritto, di verificare l'effettiva osservanza dei segnali tecnici di opt-out.

[32] La previsione di obblighi differenziati in base alla dimensione economica del fornitore, benché concepita come misura di equilibrio pro-innovazione, è stata interpretata da diversi attori del settore come un potenziale vulnus al principio di parità di trattamento tra operatori, con particolare riferimento ai grandi sviluppatori di GPAI (es. OpenAI, Meta, Stability.ai), che controllano gran parte del mercato.

[33] V. P. Mezei, *op. cit.*, p. 17.

Nessuna di esse, a oggi, riconosce un diritto alla remunerazione *ex lege* per l'uso di opere protette nei processi di addestramento dell'IA. La remunerazione avviene esclusivamente tramite licenze volontarie concesse dai titolari dei diritti.

Un'analisi comparata consente di mettere in luce differenze significative tra i principali ordinamenti, in particolare rispetto al grado di controllo riconosciuto ai titolari dei diritti sull'utilizzo delle proprie opere nei processi di addestramento dell'IA. Senza pretesa di esaustività[34], ci si limita qui a evidenziare i tratti distintivi dei sistemi adottati nelle principali giurisdizioni.

La Cina appare, almeno formalmente, come uno dei sistemi più favorevoli agli autori. La legge cinese sul diritto d'autore non prevede alcuna eccezione per il TDM. Ne consegue che ogni utilizzo di opere protette richiede il consenso preventivo del titolare dei diritti, il quale gode quindi, in linea di principio, di un controllo pieno e generalizzato sull'impiego delle proprie opere.

Resta tuttavia incerta la reale applicazione di questo impianto normativo, soprattutto alla luce del fatto che le aziende cinesi addestrano modelli e applicazioni di IA su larga scala e non è chiaro se tali utilizzi avvengano effettivamente sulla base di licenze regolarmente concesse o se si tratti di prassi tollerate in assenza di enforcement effettivo[35].

Il Giappone adotta un approccio più sfumato. La norma di riferimento (art. 30, par. 4, della legge giapponese sul *copyright*) consente l'uso di opere protette per finalità prive di "*enjoyment* umano", il che è stato interpretato da alcuni come una possibile base giuridica per legittimare, almeno implicitamente, l'utilizzo delle opere nei processi di addestramento dei modelli generativi[36]. Tuttavia, la stessa Agenzia giapponese per gli affari culturali ha chiarito che tale *enjoyment* da parte dell'uomo può essere presunto qualora il modello sia destinato a

[34] Per una comparazione sistematica tra le diverse giurisdizioni in materia di AI training e diritto d'autore, si rinvia a K. De la Durantaye, *Control and Compensation. A Comparative Analysis of Copyright Exceptions for Training Generative AI*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, n. 56, 2025, in corso di pubblicazione, www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.5021889.

[35] V. K. De la Durantaye, *op. cit.*, pp. 4 e 5.

[36] M. Sag, *Testimony before the U.S. Senate Committee on the Judiciary, Subcommittee on Intellectual Property, Hearing on "Artificial Intelligence and Intellectual Property – Part II: Copyright and Artificial Intelligence*, 2023, www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/2023-07-12_pm_-_testimony_-_sag.pdf.

generare *output* simili a opere esistenti, sollevando dubbi sulla compatibilità di tali attività con l'eccezione prevista[37].

Altri sistemi, come Stati Uniti, Israele e Canada, non prevedono eccezioni specifiche per il TDM. In questi ordinamenti, la base giuridica per l'utilizzo di opere protette a fini di addestramento dell'IA si fonda sulla dottrina del *fair use* (USA e Israele) o del *fair dealing* (Canada). Si tratta di meccanismi flessibili che consentono l'impiego non autorizzato di contenuti protetti qualora ricorrano determinati presupposti, valutati caso per caso. In particolare, la sezione 107 dello *U.S. Copyright Act*[38] stabilisce quattro criteri per determinare se un uso possa considerarsi equo: (1) lo scopo e il carattere dell'uso, incluso se di natura commerciale o educativa; (2) la natura dell'opera protetta; (3) la quantità e rilevanza della parte utilizzata; e (4) l'effetto dell'uso sul mercato potenziale o sul valore dell'opera. L'applicazione di questi criteri al contesto dell'IA è tuttora oggetto di ampio contenzioso, come dimostrano le numerose cause attualmente pendenti in California[39] - tra cui quella intentata dal New York Times contro OpenAI e Microsoft[40] - che nei prossimi anni contribuiranno a definire i contorni operativi della dottrina nel campo dell'intelligenza artificiale generativa.

Un primo orientamento giurisprudenziale è stato espresso il 23 giugno 2025 nel caso *Bartz et al./Anthropic*, in cui il giudice federale californiano Aslup ha riconosciuto il *fair use* per l'addestramento di modelli linguistici su opere protette, qualificandolo come uso altamente trasformativo, ma ha escluso l'applicabilità dell'eccezione all'utilizzo di copie pirata impiegate per costruire una biblioteca digitale centrale[41].

[37] *Japan Copyright Office* (*Copyright Division, Agency for Cultural Affairs*), *General understanding on AI and copyright in Japan*. *Overview*, 2024, www.bunka.go.jp/english/policy/copyright/pdf/94055801_01.pdf.

[38] *United States Code*, *Title* 17 – *Copyrights*, § 107 (*Limitations on exclusive rights: Fair use*), comunemente noto come *U.S. Copyright Act*, testo consultabile all'indirizzo: www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107.

[39] Per un elenco aggiornato delle azioni legali promosse contro aziende operanti nel settore dell'intelligenza artificiale, v. www.chatgptiseatingtheworld.com/2023/12/27/master-list-of-lawsuits-v-ai-chatgpt-openai-microsoft-meta-midjourney-other-ai-cos/.

[40] *The New York Times Company/Microsoft Corporation and OpenAI Inc.*, no. 1:23-cv-11195 (S.D.N.Y., 27 December 2023). Cfr. anche K. De la Durantaye, *op. cit.*, p. 9 ss.

[41] *U.S. District Court* (*Northern District of California*), *Bartz et al./Anthropic PBC*, no. 3:23-cv-04625-WHA, 23 June 2025 (Alsup J.).

Un importante sviluppo si registra anche nel Regno Unito, dove nel 2024 Getty Images ha avviato un'azione legale contro Stability AI dinanzi all'*High Court of Justice*, contestando l'utilizzo non autorizzato di milioni di immagini, incluse quelle contenute nel proprio database, per l'addestramento del modello *Stable Diffusion*. Il caso rappresenta uno dei primi test giurisprudenziali britannici sul rapporto tra diritto d'autore e *text and data mining* nel contesto dell'intelligenza artificiale, e solleva interrogativi cruciali sull'applicabilità dell'eccezione per finalità di analisi computazionale (TDM) e, più in generale, sulla tenuta del sistema del *fair dealing* rispetto all'uso di opere protette da parte di operatori commerciali[42].

Quanto alla trasparenza, oltre all'Unione europea, anche la Cina ha introdotto obblighi specifici per i fornitori di IA generativa, imponendo la creazione di meccanismi di segnalazione e la predisposizione di un riepilogo delle informazioni relative ai corpus usati per l'addestramento[43].

In altre giurisdizioni, invece, come Regno Unito e Stati Uniti[44], sono stati presentati progetti legislativi che mirano a introdurre obblighi simili, ma nessuno è stato ancora convertito in legge.

Nel complesso, le giurisdizioni che garantiscono maggiore controllo ai titolari dei diritti sono l'Unione europea e la Cina. Entrambe prevedono, con modalità diverse, strumenti idonei a impedire o quantomeno monitorare l'uso non autorizzato delle opere protette. Al contrario, negli ordinamenti che si fondano sul *fair use* o su eccezioni generiche, la situazione resta più incerta e fluida.

[42] V. *High Court of Justice (Chancery Division)*, *Getty Images and others/Stability AI Ltd*, no. IL-2023-000007, [2025] EWHC 38 (Ch).

[43] Le *Basic Safety Requirements for Generative Artificial Intelligence Services* (febbraio 2024) impongono ai fornitori di sistemi generativi non solo di predisporre un summary document relativo agli aspetti di proprietà intellettuale dei dataset di training, ma anche di attivare canali di reclamo che consentano ai titolari dei diritti di verificare se e come le proprie opere siano state utilizzate. Per un approfondimento, v. K. DE LA DURANTAYE, *op. cit.*, p. 22 ss.

[44] Il *Foundation Model Transparency Act*, presentato a fine 2023, prevedeva l'obbligo per i provider di notificare alla *Federal Trade Commission* (FTC) le fonti e i criteri di raccolta dei dati impiegati nei modelli. Pochi mesi dopo, ad aprile 2024, il *Generative AI Copyright Disclosure Act* mirava a introdurre un meccanismo di disclosure verso l'Ufficio del *Copyright*, imponendo la trasmissione di un riepilogo delle opere protette utilizzate nel training. Entrambe le proposte, tuttavia, non sono state esaminate prima della chiusura del 118° Congresso.

Infine, va sottolineato che nessuno dei modelli attualmente esaminati prevede meccanismi strutturati di remunerazione degli autori per l'utilizzo delle loro opere nei processi di training dell'IA. Le opere creative umane, pur costituendo la base essenziale per lo sviluppo di sistemi generativi avanzati, non sono oggetto di redistribuzione del valore in modo sistematico. Ne emerge uno scenario segnato da frustrazione e crescente insoddisfazione da parte degli aventi diritto, che rafforza l'urgenza di riflettere su soluzioni più efficaci per incentivare e compensare in maniera equa i creatori umani.

5. *Remunerare gli autori nell'era dell'IA: soluzioni fondate sulla fase di* input

Una prima ipotesi di intervento per garantire una forma di remunerazione agli autori umani consiste nell'introdurre un meccanismo di licenza obbligatoria o di compenso per l'uso delle opere protette nella fase di addestramento dei modelli di IA, ovvero nella cosiddetta fase di *input*[45]. Nell'Unione europea, l'attuazione di una simile soluzione troverebbe un fondamento normativo già delineato nell'art. 4, par. 3 della direttiva (UE) 2019/790, che consente ai titolari dei diritti di esercitare l'*opt-out*. Questa previsione potrebbe essere valorizzata e sviluppata in senso evolutivo, consentendo non solo di negare l'uso dell'opera, ma anche di segnalare la disponibilità a condizioni economiche predefinite, ad esempio attraverso repertori gestiti da società di gestione collettiva.

Tuttavia, questa soluzione non appare facilmente praticabile, soprattutto nel breve periodo. In primo luogo, come visto, sussistono difficoltà tecniche e una significativa frammentazione del sistema, che rendono ancora complesso l'esercizio effettivo dell'*opt-out* da parte degli autori.

In secondo luogo, vi è il rischio di alimentare un sistema in cui i compensi non raggiungano realmente i creatori individuali. Qualora i meccanismi di negoziazione si concentrassero tra grandi aziende tecnologiche e soggetti aggregatori, come editori o piattaforme, gli autori rischierebbero di restare ai margini dei processi di redistribuzione del valore.

Infine, esiste un rischio competitivo non trascurabile. Un sistema di licenze individuali per il training potrebbe aumentare sensibilmente i costi per gli

[45] Per una disamina più approfondita degli aspetti più rilevanti di una soluzione *input-oriented*, si veda M. SENFTLEBEN, *op. cit*.

sviluppatori con sede nell'Unione europea, incentivandoli a spostare l'addestramento verso giurisdizioni più permissive (come gli Stati Uniti o il Giappone). Ne deriverebbe un effetto controproducente per l'intero ecosistema dell'UE: da un lato, l'assenza di una remunerazione effettiva per gli autori, dall'altro, una perdita di competitività e capacità innovativa sul piano tecnologico.

In ogni caso, e nonostante tali limiti, il modello *input-based* merita di essere considerato con attenzione, soprattutto in un'ottica di medio-lungo periodo. Se affiancato da soluzioni capaci di ridurne la complessità operativa, ad esempio meccanismi standardizzati per l'esercizio dell'*opt-out* e forme di gestione collettiva efficienti, esso potrebbe costituire una componente utile di un sistema misto, in cui il diritto d'autore non si limita a proteggere, ma contribuisce a orientare lo sviluppo tecnologico verso modelli più equi e sostenibili.

5.1. *I modelli orientati all'*output*: l'*AI levy

Un approccio alternativo, e potenzialmente complementare rispetto al modello *input-based*, è rappresentato dalla proposta di introdurre un sistema di compensazione collettiva obbligatoria, anche noto come *AI levy*[46].

Questo modello, ispirato ai meccanismi di equo compenso già esistenti (copia privata, prestito bibliotecario), mira a redistribuire parte del valore generato a valle dai sistemi generativi, una volta che questi vengono messi in commercio o utilizzati su larga scala. La struttura dell'*AI levy* prevederebbe che i fornitori di modelli generativi versino un contributo - proporzionato, ad esempio, al numero di utenti, al fatturato o alla capacità generativa - a un fondo gestito da enti terzi o da organismi di gestione collettiva. I fondi raccolti verrebbero poi redistribuiti agli autori secondo criteri da definire, eventualmente su base statistica o attraverso modelli simili a quelli già impiegati per i diritti connessi[47].

[46] Per un'analisi più approfondita sull'*AI levy* v. G. FROSIO, *Should We Ban Generative AI, Incentivise it or Make it a Medium for Inclusive Creativity?*, cit., p. 19 ss.; M. SENFTLEBEN, *op. cit.*, p. 15 ss.

[47] La redistribuzione dei fondi potrebbe avvenire attraverso modelli ispirati a quelli già impiegati per i diritti connessi, come il compenso per copia privata o per il prestito bibliotecario (v. artt. 5 (2) (b) dir. 2001/29/CE e 6 dir. 2006/115/CE), i cui proventi sono generalmente gestiti da organismi di gestione collettiva e distribuiti su base statistica o mediante altri criteri rappresentativi.

Il modello presenta numerosi vantaggi. Permette innanzitutto una remunerazione sistemica e inclusiva per gli autori le cui opere vengono indirettamente utilizzate, senza imporre obblighi complessi di tracciamento sugli *input*. Si distingue per la sua neutralità tecnologica[48] e scalabilità, risultando compatibile sia con modelli open source che commerciali. Inoltrre, a differenza di approcci incentrati sul controllo degli *input*, non ostacola l'accesso ai dati, preservando la libertà di ricerca e sviluppo e intervenendo solo nella fase successiva di sfruttamento economico. Infine, si fonda su meccanismi già sperimentati nel diritto d'autore dell'Unione europea - come l'equo compenso per copia privata o prestito bibliotecario - il che ne rafforza la legittimazione giuridica e la praticabilità operativa.

Tuttavia, anche il modello dell'*AI levy* presenta alcune criticità. In primo luogo, la determinazione equa dei criteri di redistribuzione - soprattutto in assenza di informazioni trasparenti sui dati effettivamente utilizzati nei dataset - potrebbe rivelarsi complessa e oggetto di contestazioni. Come si è visto, le disposizioni in materia di trasparenza previste dall'*AI Act* potrebbero offrire un utile supporto in tal senso; tuttavia, la loro effettiva attuazione presenta non poche difficoltà, come dimostrano i dibattiti particolarmente accesi attorno al *GPAI Code of Practice* e, più in generale, le riserve espresse da numerosi provider di intelligenza artificiale circa i rischi di *reverse engineering* derivanti dalla divulgazione dei dati di *training*.

In secondo luogo, l'assenza di un legame diretto tra opere e utilizzo rischia di portare a una remunerazione solo simbolica o sproporzionata. In terzo luogo, la qualità e la rilevanza effettiva del contributo delle opere all'addestramento del modello non verrebbero adeguatamente considerate: un'opera marginale potrebbe essere remunerata quanto una che ha influenzato profondamente gli *output* generati, con un effetto distorsivo nella redistribuzione del valore. Infine, vi è il rischio che il meccanismo venga percepito come una nuova forma di tassa sul progresso tecnologico, soprattutto da parte di sviluppatori e PMI, potenzialmente disincentivando l'adozione dell'IA in contesti innovativi.

Nonostante queste problematiche, il modello dell'*AI levy* rappresenta oggi una delle proposte più concrete per realizzare un equilibrio sostenibile tra

[48] In altri termini, il sistema non dipenderebbe dalla specifica architettura del modello di IA utilizzato (si applicherebbe a prescindere dalla natura open source o proprietaria del modello), né richiederebbe la tracciabilità puntuale delle opere utilizzate nei dataset.

innovazione tecnologica e tutela della creatività. Se opportunamente calibrato, potrebbe fornire un modello di compromesso capace, da un lato, di preservare la libertà di ricerca e sviluppo e, dall'altro, di riconoscere e valorizzare il contributo essenziale degli autori umani alla costruzione del patrimonio informativo su cui si fondano i modelli di IA generativa.

In definitiva, i modelli *input-based* e *output-based* presentano entrambi vantaggi e criticità, e nessuno dei due appare, da solo, in grado di risolvere in modo esaustivo la complessa questione della remunerazione degli autori nell'era dell'IA generativa. Una soluzione equilibrata potrebbe consistere nell'integrazione di entrambi gli approcci, combinando il controllo selettivo sull'uso delle opere con meccanismi redistributivi a valle. Sebbene tali modelli comportino inevitabilmente dei costi, questi potrebbero essere compensati dai benefici sistemici derivanti dal mantenimento di una produzione culturale umana viva, diversificata e incentivata nel lungo periodo.

6. *Conclusioni e prospettive: la sfida europea tra tutela autoriale e competizione globale*

L'emergere dell'intelligenza artificiale generativa rappresenta una sfida di portata sistemica, che investe simultaneamente il diritto, l'economia, la cultura e l'identità stessa dell'Unione europea.

Il confronto con gli altri principali attori globali evidenzia un significativo divario: nel 2024, gli investimenti privati statunitensi in IA generativa hanno superato i 29 miliardi di dollari, a fronte di appena 1,49 miliardi in Europa[49]. Oltre il 70% dei modelli fondazionali attualmente sviluppati a livello mondiale proviene dagli Stati Uniti, e piattaforme come ChatGPT rappresentano una quota preponderante dei ricavi globali del settore[50]. Le imprese europee rivestono

[49] *Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence* (HAI), *Artificial Intelligence Index Report 2025*, Stanford University, April 2025, www.hai-production.s3.amazonaws.com/files/hai_ai_index_report_2025.pdf. V. anche *AI, così l'Europa può tornare in partita con USA e Cina*, in Agenda Digitale, 9 gennaio 2024, www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/ai-cosi-leuropa-puo-tornare-in-partita-con-usa-e-cina/.

[50] LEAM, *Feasibility Study – Language Equality in the Age of AI*, 2023, www.leam.ai/feasibility-study-leam-2023/.

ancora un ruolo marginale, in un mercato fortemente dominato da operatori extraeuropei.

A tale disparità economica e industriale si affiancano conseguenze rilevanti anche sul piano culturale e linguistico. I modelli attualmente più diffusi risultano addestrati in larga parte su contenuti in lingua inglese, con prestazioni inferiori in molte altre lingue e un rischio crescente di standardizzazione culturale[51]. In questa prospettiva, il primato tecnologico si traduce anche in una forma di potere sulla cultura e sull'educazione, influenzando il pensiero comune a favore di visioni del mondo prevalentemente anglo-americane.

Di fronte a queste dinamiche, l'Unione europea ha avviato una serie di iniziative mirate a colmare il divario. L'*AI Innovation Package*[52], lanciato nel 2024, prevede la creazione di infrastrutture ad alta capacità computazionale (*AI Factories*, *gigafactory* dell'IA), finanziate attraverso il fondo InvestAI[53], nonché lo sviluppo di modelli fondazionali (foundation models), ovvero modelli generativi di base, aperti, trasparenti e multilingue, come EuroLLM e OpenEuroLLM[54]. Questa strategia si inserisce in un disegno più ampio, volto a costruire un ecosistema tecnologico autonomo in cui l'intelligenza artificiale sia non soltanto disciplinata sul piano normativo, ma anche sviluppata secondo principi coerenti con i valori europei.

[51] Ad esempio, GPT-4 è stato addestrato per circa 90% su testi in lingua inglese, secondo alcune analisi. V. *Bias e modelli AI: riflessioni sui dati linguistici e l'uso dell'intelligenza artificiale*, in *ISPER HR Review*, 2023, www.isper.org/ISPER-HR-Review/Post/ISPER0238-Bias-e-modelli-AI.htm.

[52] Commissione europea, *AI Innovation Package*, 2024, www.digital-strategy.ec.europa.eu/it/factpages/ai-innovation-package.

[53] Commissione europea, *Artificial Intelligence: Commission launches AI innovation package to support EU startups and SMEs*, comunicato stampa, 24 January 2025, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_467.

[54] EuroLLM e OpenEuroLLM sono iniziative promosse a livello europeo per lo sviluppo di modelli linguistici di grandi dimensioni, aperti, trasparenti e allineati al quadro normativo dell'Unione. EuroLLM mira a garantire la rappresentatività delle 24 lingue ufficiali dell'UE nei modelli fondazionali, contribuendo all'inclusività linguistica e culturale dell'ecosistema IA europeo. OpenEuroLLM è un consorzio paneuropeo coordinato dall'Università Charles di Praga, che coinvolge 20 istituti di ricerca e aziende – tra cui Silo AI – con l'obiettivo di sviluppare modelli open source conformi all'AI Act. Per approfondimenti, v. Digital Watch Observatory, *EU supports OpenEuroLLM for open-source AI innovation*, February 2024, www.dig.watch/updates/eu-supports-openeurollm-for-open-source-ai-innovation.

Tale evoluzione impone una riflessione parallela anche sul piano giuridico. È necessario interrogarsi sulla capacità del diritto d'autore di contribuire in modo efficace allo sviluppo di un'intelligenza artificiale equa, sostenibile e coerente con gli obiettivi strategici dell'Unione. La scelta - oggi largamente condivisa - di escludere dalla tutela autoriale le opere interamente generate da sistemi di IA appare in linea con i principi fondamentali della disciplina e con l'interesse pubblico.

Tuttavia, l'intervento dell'intelligenza artificiale nei processi creativi umani può generare effetti rilevanti anche in assenza di un riconoscimento formale della titolarità autoriale, incidendo sull'equilibrio del sistema culturale e produttivo.

Proprio per questi motivi, diventa essenziale rafforzare i meccanismi incentivanti a tutela della creatività umana: se le opere degli autori costituiscono un elemento centrale nei processi di addestramento dei modelli generativi, è opportuno che tale apporto venga riconosciuto e remunerato.

In questo quadro, si delineano due principali modelli di intervento: un approccio *input-based*, fondato sull'esercizio del diritto di *opt-out* e su licenze remunerate per l'inserimento delle opere nei dataset di addestramento; e un modello *output-based*, che prevede un contributo economico proporzionale al valore generato dai sistemi di IA (*AI levy*), da redistribuire attraverso meccanismi collettivi. Quest'ultimo appare, almeno nel breve periodo, più realistico e attuabile sul piano operativo, in quanto non richiede la tracciabilità puntuale dei dati di training. Idealmente, tuttavia, i due modelli dovrebbero coesistere.

L'Unione europea dispone già di strumenti normativi avanzati rispetto ad altre giurisdizioni, come dimostra l'introduzione del diritto di *opt-out* per il TDM. Tuttavia, tale meccanismo mantiene un'impostazione prevalentemente reattiva. È auspicabile, in questa fase, affiancarvi una strategia più proattiva di valorizzazione della creatività, anche attraverso strumenti innovativi di redistribuzione del valore generato. Una simile evoluzione consentirebbe di rafforzare l'equilibrio tra tutela degli autori e sviluppo tecnologico, promuovendo un approccio più coerente con gli obiettivi di autonomia strategica e diversità culturale perseguiti dall'Unione.

Abstract (ita)

L'avvento dell'intelligenza artificiale generativa impone una profonda riflessione sulla tenuta sistemica del diritto d'autore. Il presente contributo analizza il quadro normativo vigente nell'Unione europea alla luce delle sfide poste dall'uso delle opere protette nei processi di addestramento dei modelli generativi, con particolare attenzione all'articolazione tra eccezioni per il *text and data mining*, *AI Act* e *GPAI Code of Practice*. Dopo un confronto con gli approcci adottati in altre giurisdizioni (Stati Uniti, Giappone, Cina, Regno Unito, Canada), si esaminano due principali modelli per la remunerazione degli autori: uno *input-based*, fondato sull'*opt-out* e sulle licenze remunerate; l'altro *output-based*, incentrato su un sistema di compensazione collettiva (*AI levy*). Il contributo sostiene la necessità di integrare entrambi gli approcci, al fine di tutelare la creatività umana e garantire un'equa redistribuzione del valore in un contesto di forte competizione globale, salvaguardando al contempo l'autonomia culturale e tecnologica dell'Unione europea.

Abstract (eng)

The rise of generative artificial intelligence calls for a deep reassessment of the copyright system's ability to respond to technological disruption. This paper analyzes the current legal framework in the European Union in light of the challenges posed by the use of copyrighted works in the training of generative models, with a particular focus on the interplay between text and data mining (TDM) exceptions, the AI Act, and the GPAI Code of Practice. After a comparative overview of other jurisdictions (United States, Japan, China, Israel, Canada), the paper explores two main models for author remuneration: an input-based approach relying on opt-outs and licensing, and an output-based model centered on a collective compensation scheme (AI levy). It argues for a combined application of both models, in order to protect human creativity, ensure fair value redistribution, and uphold the European Union's cultural and technological sovereignty in the face of global competition.

SOSTENIBILITÀ VS. CONCORRENZA? L'ANTITRUST EUROPEO DI FRONTE AGLI IMPERATIVI AMBIENTALI

Beatrice Lupacchini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sulla necessità di includere le questioni ambientali nel diritto della concorrenza. – 2.1. Imperativi dei Trattati, obiettivi di concorrenza e la visione politica della Commissione europea. – 2.2. La concezione "monocentrica" degli obiettivi di concorrenza e le iniziative della Commissione europea. – 3. Il ruolo del diritto della concorrenza nella transizione *green*: tra fallimenti di mercato e cooperazione tra imprese. – 4. Accordi di sostenibilità ambientale e articolo 101 TFUE. – 4.1. Inquadramento normativo e definizione degli accordi di sostenibilità. – 4.2. Applicazione dell'articolo 101 (3) TFUE agli accordi di sostenibilità. – 5. Linee Direttrici del 2023 e sostenibilità ambientale nel diritto antitrust: un passo avanti ma non una svolta. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

Nel quadro delle sfide contemporanee legate all'emergenza climatica e alla transizione *green*, risulta ormai incontrovertibile che il mantenimento dello *status quo* produttivo e consumistico, altamente inquinante, non costituisca più un'opzione praticabile.

In questo senso, gli articoli 11, 7 e 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che sanciscono, rispettivamente, l'obbligo di integrare le esigenze di tutela ambientale in tutte le politiche e attività dell'Unione, il principio di coerenza dell'azione dell'Unione e la definizione degli obiettivi della politica ambientale, unitamente all'articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, configurano un nuovo e imprescindibile paradigma giuridico di riferimento per l'intero ordinamento dell'Unione.

Tale paradigma normativo ha trovato una concretizzazione nel *Green*

* Dottoranda di ricerca di diritto dell'Unione europea, diritto della concorrenza, Università degli Studi di Macerata.

Deal europeo[1] e, soprattutto, nella successiva Legge europea sul clima[2], strumenti che hanno formalmente declinato i principi sanciti dai richiamati articoli in obiettivi strutturali e vincolanti, primo fra tutti il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050, nonché la transizione verso un'economia europea sostenibile e circolare.

La centralità giuridica assunta dagli imperativi ambientali previsti dai Trattati, oltre che all'introduzione di strumenti normativi *ad hoc* per realizzare tali ambiziosi obiettivi, impone una revisione coerente degli strumenti giuridici già esistenti.

Tra le politiche europee destinate a confrontarsi con questo imprescindibile cambiamento figura il diritto della concorrenza europeo, chiamato oggi a integrare i principi della sostenibilità ambientale nel proprio orizzonte di applicazione.

L'inclusione di istanze ambientali nell'analisi *antitrust*, tuttavia, risulta tutt'altro che agevole, presentando difficoltà teoriche e applicative di spiccato rilievo[3]. Tale integrazione implica, infatti, un esercizio di bilanciamento complesso tra obiettivi di concorrenza tradizionali, quali la promozione di una concorrenza effettiva nel mercato, l'efficienza economica ed il benessere dei consumatori, con gli obiettivi ambientali emergenti, i quali si connotano per un contenuto non strettamente economico.

Questi ultimi, si affacciano con crescente insistenza tanto nel dibattito sia istituzionale tanto in quello dottrinale[4], evidenziando al contempo le opportunità e le potenziali frizioni derivanti dalla convivenza di obiettivi eterogenei all'interno della medesima disciplina giuridica[5].

Il quesito centrale che si vuole approfondire nel presente contributo è se, e in che misura, il diritto della concorrenza possa tenere conto degli obiettivi ambientali, integrandoli all'interno di un quadro analitico

[1] Commissione europea, *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640final, 11 dicembre 2019.

[2] Regolamento (UE) 2021/1119 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e modifica i regolamenti (CE) n. 401/2009 e (UE) 2018/1999 ("Legge europea sul clima").

[3] Per un'analisi della questione cfr. I. LIANOS, *Polycentric Competition Law*, in *Current Legal Problems*, vol. 71, n. 1, 2018.

[4] Cfr. S. KINGSTON, *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*, in *ELJ*, 2010; S. HOLMES, *Climate Change, Sustainability, and Competition Law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020.

[5] Cfr. P. GEOFFRON, E. LE NOAN, *Decarbonising Europe: What if competition policy were an asset?*, in *Concurrences*, n. 4, 2023, pp. 36-42.

tradizionalmente ancorato a parametri economici[6], valutando l'operatività pratica di tale inclusione tramite l'analisi della disciplina delle intese restrittive della concorrenza.

In particolare, l'attenzione si concentrerà sugli accordi conclusi tra imprese concorrenti volti a perseguire obiettivi di tutela dell'ambiente, comunemente definiti "accordi di sostenibilità". Tali intese, pur mirando a generare benefici per l'ambiente, possono comportare restrizioni al libero gioco della concorrenza e un danno *antitrust* ai consumatori, risultando astrattamente riconducibili al divieto generale di intese sancito dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

Il paragrafo 3 dello stesso articolo, tuttavia, prevede un meccanismo di esenzione condizionata dal divieto, la cui applicazione è subordinata al soddisfacimento di quattro requisiti cumulativi.

Fino al recente intervento della Commissione europea del 2023, mancava una cornice giuridica di riferimento rispetto alla possibilità di includere i benefici ambientali nell'ambito dell'esenzione *ex* articolo 101, paragrafo 3, generando significative incertezze interpretative e disincentivando di fatto le imprese dall'intraprendere forme di cooperazione orizzontale volte alla promozione ed alla tutela dell'ambiente per il timore dell'applicazione di sanzioni *antitrust*.

Alcune autorità nazionali della concorrenza, come la *Netherlands Authority for Consumers and Markets* (ACM), avevano già anticipato l'intervento della Commissione europea, adottando, anteriormente al 2023, orientamenti autonomi volti a valorizzare i benefici ambientali nell'ambito degli accordi orizzontali[7]. A tale iniziativa hanno fatto seguito gli orientamenti delle autorità garanti della concorrenza greca[8], belga[9] e francese[10] contribuendo, seppur in maniera disomogenea, allo sviluppo di una prassi interpretativa favorevole all'integrazione delle finalità ambientali. Tuttavia, in assenza di un quadro uniforme a livello dell'Unione, l'approccio europeo risultava ancora caratterizzato da una marcata frammentazione normativa e applicativa.

L'adozione delle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione

[6] Per una ricostruzione dei "nuovi" e "possibili" obiettivi di concorrenza, individuate nel quadro giuridico europeo cfr. M. C. IACOVIDES, K. STYLIANOU, *The new goals of EU competition law: sustainability, labour rights, and privacy*, in *ELO*, n. 3, 2024, pp. 587-616.

[7] Netherlands ACM, *Draft Guidelines on Sustainability Agreements*, 2020.

[8] Hellenic Competition Commission, Staff Working Document, Competition Law and Sustainability, 2020.

[9] Autorité belge de la Concurrence, *Politique de priorités de l'Autorité belge de la Concurrence pour 2024*.

[10] Autorité de la Concurrence, France, *Sustainable development and competition, a growing combination*, 2021.

orizzontale del 2023 da parte della Commissione europea ha colmato tale lacuna, introducendo il titolo dedicato agli accordi sostenibili[11]. Tale titolo della Comunicazione fornisce indicazioni sulle modalità attraverso cui le autorità *antitrust* sono chiamate a valutare i benefici ambientali nell'analisi delle intese tra concorrenti, chiarendo i criteri per effettuare il bilanciamento tra le restrizioni alla concorrenza e i vantaggi ambientali derivanti da tali accordi.

L'obiettivo di questo contributo è analizzare l'evoluzione dell'approccio delle autorità di concorrenza rispetto agli accordi sostenibili, ricostruendo, alla luce delle fonti normative, della prassi decisionale e degli sviluppi dottrinali, le scelte compiute e le persistenti tensioni tra la tutela della concorrenza e la protezione dell'ambiente.

Malgrado il lodevole sforzo della Commissione europea, come si esaminerà nel prosieguo, permangono criticità strutturali e interpretative di particolare rilevanza, che rendono tale coordinamento politico meritevole di approfondimento. L'inclusione dei valori ambientali nell'*enforcement antitrust* è, e qui si anticipa, un processo ancora in corso, che richiede un attento e non facile bilanciamento tra i tradizionali principi e regole di concorrenza e il pieno rispetto degli imperativi derivanti dai Trattati[12].

2. *Sulla necessità di includere le questioni ambientali nel diritto della concorrenza*

2.1. *Imperativi dei Trattati, obiettivi di concorrenza e la visione politica della Commissione europea*

È opportuno aprire questa riflessione con una premessa di ordine

[11] Commissione europea, comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, C (2023) 4752final, 2023 al titolo IX reintroduce il titolo sugli accordi sostenibili. Il capo dedicato a tali accordi era difatti presente nelle Linee direttrici del 2001 al paragrafo 7, comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (2001/C 3/02) e, successivamente eliminato nella versione aggiornata del 2011. Si veda infra par. 2.2.

[12] A. WITT, *Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order*, in *European Competition Journal*, n. 3, 2012; J. DREXL, *The Competition Dimension of the European Green Deal*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, n. 21, 2021, p. 4 ss.; P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Future of EU Competition Policy and the Green Deal*, in *JECLAP*, 2022, p. 203 ss.

generale, tanto necessaria quanto imprescindibile, concernente il fondamento giuridico dell'integrazione della sostenibilità ambientale nelle politiche dell'Unione e, in particolare, nella disciplina europea della concorrenza. Difatti, l'opera di integrazione delle istanze ambientali nelle politiche dell'Unione assume un carattere di doverosità in virtù delle disposizioni dei Trattati[13].

In primo luogo, l'articolo 191 del TFUE individua gli obiettivi fondamentali della politica ambientale dell'Unione, includendovi la «tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici»[14].

A tale previsione, si affianca l'articolo 3, paragrafo 3, del TUE, il quale prevede gli obiettivi che l'Unione europea mira a perseguire tramite le sue politiche e azioni. Tale articolo sancisce che il mercato interno europeo debba essere orientato verso «un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»[15].

Accanto a tale disposizione si colloca l'articolo 11 TFUE, che impone l'obbligo di integrare le esigenze ambientali «nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione»[16], al pari dell'articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale dispone che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»[17].

[13] La politica ambientale è uno dei principali settori in cui si estrinseca l'azione dell'Unione. Il perseguimento dello sviluppo sostenibile nella determinazione nonché della realizzazione delle politiche ed azioni europee, costituisce un obiettivo imprescindibile per l'intera Unione europea. Cfr. M. MONTINI, *Unione Europea e ambiente*, in S. NESPOR, A. L. DE CESARIS (a cura di) *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009.

[14] Articolo 191, paragrafo 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

[15] Articolo 3, paragrafo 3 del Trattato sull'Unione europea, «(l)'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata, e sulla stabilità dei prezzi, su una economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

[16] Articolo 11 TFUE «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

[17] Articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «Un livello

A sua volta, l'articolo 7 del TFUE[18] sancisce il principio di coerenza tra tutte le politiche dell'Unione rispetto agli obiettivi comuni.

Tali disposizioni, lette nel loro complesso, impongono un dovere giuridico positivo trasversale di integrazione di istanze relative alla tutela dell'ambiente in tutte le politiche dell'Unione, ivi compresa la politica della concorrenza[19]. Questo è anche supportato dallo stesso *Green Deal*. Infatti, nel capitolo dedicato all'economia circolare e la competitività, si sottolinea il ruolo delle norme di concorrenza per garantire che le imprese adottino modelli di *business* sostenibili, senza creare distorsioni o restrizioni ingiustificate, affermando che «(t)he Commission will also review the relevant competition rules and guidelines to ensure they support the Green Deal objectives»[20].

Tale assetto normativo stabilisce, pertanto, l'esigenza di ridefinire l'interpretazione e l'applicazione delle regole concorrenziali alla luce del paradigma dello sviluppo sostenibile; il valore della concorrenza, infatti, non dovrebbe rappresentare un fine a sé stante, bensì uno strumento al servizio della realizzazione degli obiettivi generali dell'Unione.

Tale visione è coerente con l'attuale assetto normativo europeo che, con l'adozione del Trattato di Lisbona, ha operato una deliberata riformulazione del ruolo della concorrenza nel diritto primario. Infatti, l'obiettivo della concorrenza non falsata nel mercato interno era precedentemente menzionato tra gli obiettivi fondamentali, all'interno del citato articolo 3 del TUE; successivamente, con la modifica operata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stato espunto dal novero degli obiettivi fondamentali, per essere collocato nel Protocollo n. 27 annesso ai Trattati[21].

Tale scelta sistematica manifesta la funzione strumentale di tale obiettivo: la concorrenza, pur rimanendo un elemento strutturale del mercato

elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

[18] Articolo 7 TFUE «L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze».

[19] L'approccio costituzionale del diritto della concorrenza è sostenuto da S. HOLMES, *Climate Change, sustainability and competition law*, in *Journal of Antitrust enforcement*, 2020, pp. 358 e 361; A. EZRACHI, *Sponge*, *ivi*, vol. 5, n. 1, 2017; D. A. CRANE, *Antitrust as an Instrument of Democracy,* in *Duke Law Journal Online*, vol. 72, 2022.

[20] COM (2019) 640final, cit., par. 2.1.

[21] Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, C 202/308, «il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata».

interno, non costituisce un fine autonomo, bensì uno strumento utile alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione, tra cui figura, a pieno titolo, la tutela dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile ai sensi degli articoli 3, paragrafo 3 TUE, 11 e 7 TFUE.

Come ha osservato P. Craig, la rimozione della concorrenza tra gli obiettivi principali nel TUE e il suo inserimento nel Protocollo n. 27, indica chiaramente come la tutela della concorrenza sia strumentale alla realizzazione degli obiettivi del Trattato, non un fine in sé[22].

Questa lettura è ulteriormente rafforzata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha chiarito che la politica della concorrenza debba essere coerente con l'insieme degli obiettivi dell'Unione e interpretata «tenendo conto delle esigenze connesse alla tutela dell'ambiente»[23]. Analogamente, nella sentenza *PreussenElektra*, la Corte ha riaffermato che lo sviluppo sostenibile rappresenta un valore guida delle politiche europee, anche in ambiti settoriali come la concorrenza[24].

Nella sentenza *GlaxoSmithKline* il Tribunale europeo ha affermato che la garanzia della concorrenza effettiva tra le imprese, quale obiettivo dell'articolo 101 TFUE, debba essere interpretato come «il grado di concorrenza necessaria per raggiungere le finalità del Trattato»[25]. Inoltre, le Linee direttrici del 2004 sull'articolo 81 (3) CE (ora 101 (3) TFUE) avevano già affermato all'epoca che gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del Trattato possono essere considerati, nella misura in cui rientrano nelle condizioni di esenzioni previste da tale articolo[26].

[22] P. CRAIG, *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford, 2010, p. 318.

[23] Corte giust. 22 dicembre 2008, C-487/06, *British Aggregates Association/Commissione*, punto 73.

[24] Corte giust. 3 marzo 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, punto 76, in cui si legge «L'obiettivo della tutela dell'ambiente, perseguito attraverso il sostegno alla produzione di energia da fonti rinnovabili, costituisce uno degli obiettivi essenziali della Comunità, sancito all'articolo 174, paragrafo 1 CE (ora articolo 191 TFUE), che deve essere preso in considerazione nell'interpretazione delle altre disposizioni del diritto comunitario».

[25] Tribunale 27 settembre 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline Services/Commissione*, punto 109.

[26] Il quale prevede che «(g)li obiettivi perseguiti da altre disposizioni del trattato», come in questo caso all'articolo 3 del TUE rispetto alla sostenibilità ambientale, «possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3», comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, del 27 aprile 2004, par. 42. Cfr. Tribunale 15 luglio 1994, T-17/93, *Matra Hachette/Commissione* (Matra), punto 139; Corte giust. 26 ottobre 1972, 26/72, *Metro* (I), punto 43.

Alla luce di tale ricostruzione sistematica e giurisprudenziale, ne consegue che la politica della concorrenza non possa essere intesa in senso economicistico e isolato, ma costituisce una componente funzionale dell'azione unitaria dell'Unione, orientata verso uno sviluppo equo, sostenibile e coerente con il sistema degli obiettivi europei.

2.2. *La concezione "monocentrica" degli obiettivi di concorrenza e le iniziative della Commissione europea*

Sebbene quanto finora esposto risulti giuridicamente incontrovertibile, l'effettiva operatività di tale integrazione incontra significative resistenze, riconducibili alla natura e agli obiettivi dell'*antitrust* europeo.

Tale integrazione presuppone, infatti, il superamento dell'esclusività del parametro economico e l'apertura verso un approccio sistematico che accolga le istanze ambientali nel suo perimetro applicativo.

In primo luogo, il diritto della concorrenza europeo ha aderito, dagli anni '90 del secolo scorso ad un'impostazione prettamente economica, adottando lo *standard* del *consumer welfare*. In base a tale paradigma una pratica è ritenuta lesiva qualora determini aumenti di prezzo o riduzioni in termini di qualità, quantità, varietà o innovazione dei prodotti o servizi offerti ai consumatori[27]. Tutte queste variazioni di benessere, che sono causate da una condotta anticompetitiva, sono quantificate con strumenti di misurazione economica.

In tale contesto, emerge con immediatezza la difficoltà di ricondurre i benefici ambientali entro i confini di un'analisi *antitrust* ancorata a parametri puramente economici. I vantaggi ambientali, infatti, non si prestano ad una agevole quantificazione monetaria secondo gli strumenti tradizionalmente utilizzati per valutare gli effetti sul benessere del consumatore. Inoltre, essi non si esauriscono nei benefici percepiti dai consumatori *in senso stretto*, ossia gli acquirenti o utenti finali di uno specifico prodotto o servizio, ma si estendono all'intera collettività, configurandosi come esternalità positive di carattere diffuso e intergenerazionale[28].

Come osservato da I. Lianos, ciò riflette una concezione «*monocentrica*»

[27] Cfr. OECD, *Consumer Welfare Standards - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, n. 295, in *OECD Publishing*, 2023, Paris, www.doi.org/10.1787/3d174fdf-en; R. BLAIR, D. SOKOL, *Welfare Standard in U.S. and EU Antitrust Enforcement*, in *Fordham Law Review*, p. 2497.

[28] L. HANCHER, T*he Greening of Competition Law and Policy*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, p. 125.

del diritto della concorrenza, che si basa sull'approccio della preferenza rivelata basata sul prezzo di un consumatore rappresentativo su un determinato mercato rilevante, senza tener conto, nell'analisi, dell'azione e degli interessi di individui reali attivi contemporaneamente in diversi ambiti sociali[29].

L'incertezza circa la possibilità di considerare gli aspetti ambientali nelle pratiche di concorrenza, è stata esacerbata dalla rimozione, con le Linee direttrici del 2011[30], della sezione dedicata agli accordi sostenibili presenti nelle Linee direttrici sugli accordi orizzontali prevista nella versione del 2001[31], adottate nella fase antecedente all'adesione all'approccio più economico del diritto della concorrenza all'analisi delle condotte di mercato.

Le Linee direttrici del 2001 prevedevano un apposito titolo dedicato alla valutazione dei benefici ambientali delle intese; tramite esse, la Commissione forniva alle imprese una guida utile sulle modalità di valutazione e, sul bilanciamento effettuato tra questi e le restrizioni della concorrenza. Pertanto, le autorità di concorrenza potevano ritenere prevalenti i benefici ambientali prodotti da un accordo rispetto ai danni causati al gioco concorrenziale ed esentare l'intesa dal relativo divieto di cui all'articolo 101 TFUE.

La *ratio* sottesa a tale espunzione, si comprende contestualizzando la politica *antitrust* aderente al cd. *more economic approach*[32], il cui obiettivo principale era quello di mantenere mercati competitivi da un punto di vista di pura efficienza economica, come mezzo per massimizzare il benessere dei consumatori nel breve periodo, riducendo l'attenzione verso obiettivi di carattere sociale o ambientale.

[29] I. LIANOS, *op. cit*.

[30] Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale 2011/C 11/01.

[31] Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (2001/C 3/02), paragrafo 7, rubricato «Accordi in materia di tutela ambientale», definendo tali accordi quali accordi con cui le parti «si impegnano a ridurre l'inquinamento secondo la normativa o gli obiettivi di tutela ambientale indicati in particolare nell'articolo 174 del trattato. L'obiettivo o le misure concordati devono quindi essere direttamente collegati alla riduzione di una sostanza inquinante o di un tipo di rifiuto riconosciuto come tale nei relativi regolamenti. Sono esclusi gli accordi che provocano una riduzione dell'inquinamento quale effetto collaterale di altre misure».

[32] Per una disamina del cd. *more economic approach* (approccio più economico) al diritto della concorrenza, adottato sotto la guida di M. Monti, si veda P. BUCCIROSSI, *La politica della concorrenza comunitaria sotto la guida di Mario Monti*, in *Economia e Politica Industriale*, n. 124, 2004; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust: Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005; A. C. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, London, 2016.

Altro fattore critico, è la mancanza di un'esplicita legittimazione democratica delle autorità *antitrust* ad agire su obiettivi di politica ambientale, che ha sollevato dubbi circa la loro competenza a svolgere tale compito. Alcuni obiettano che, nonostante la previsione delle sopra menzionate disposizioni dei Trattati, in assenza di una formale attribuzione che le legittimi ad operare tenendo in considerazione l'ambiente e lo sviluppo sostenibile nell'analisi delle condotte di mercato, secondo una lettura restrittiva fondata sull'articolo 5 TUE[33], l'azione delle autorità di concorrenza dovrebbe rimanere circoscritta alle competenze loro formalmente conferite, le quali si sostanziano nel mantenimento di una concorrenza effettiva priva di restrizioni artificiali, senza considerare questioni di differente segno nel loro operato. Questo argomento è stato sollevato anche in dottrina, dove si è sostenuto che l'inclusione dei valori ambientali potrebbe esporre le autorità a contestazioni in merito all'*overreach* delle loro competenze[34].

Tuttavia, sebbene l'approccio dominante dagli anni 2000 abbia ridotto lo spazio per obiettivi non economici, è evidente come le fonti primarie impongano tale integrazione, riscontrando anche interessanti aperture giurisprudenziali per un'applicazione più flessibile e olistica.

Emerge quindi la persistente tensione tra l'approccio strettamente economico e la necessità di integrare in modo sistematico le istanze relative alla tutela dell'ambiente. Superare tale tensione risulta imprescindibile al fine di garantire un'applicazione conforme non soltanto ai principi fondanti dell'Unione europea, ma anche adeguata alle pressanti sfide ambientali.

A ben vedere, la costruzione di un quadro giuridico omogeneo rappresenta, al contempo, un fattore incentivante per gli operatori economici, i quali possono così assumere un ruolo attivo nel perseguimento degli obiettivi ambientali dell'Unione. Ciò richiede la possibilità per le imprese di disporre di criteri chiari circa l'approccio interpretativo che la Commissione europea e, di riflesso, le autorità nazionali della concorrenza, intendono adottare rispetto alle condotte commerciali ispirate a finalità ambientali, che, pur generando benefici per la collettività, possono determinare restrizioni della concorrenza e un danno *antitrust* ai consumatori, potenzialmente riconducibili al divieto *ex* articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Difatti, al di là del dibattito teorico relativo agli obiettivi perseguibili mediante l'intervento *antitrust*, la questione presenta risvolti pratici e tecnici di rilievo.

[33] Trattato sull'Unione europea (TUE), articolo 5 (*ex* articolo 5 del TCE) «1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità».

[34] P. AKMAN, *Should Competition Law Promote Sustainability?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2022, p. 87.

L'assenza di una cornice giuridica chiara e strutturata, venutasi a creare, in particolare, con l'eliminazione del capitolo dedicato agli accordi ambientali nelle Linee direttrici del 2011, ha determinato un clima di incertezza normativa, disincentivando le imprese dal porre in essere forme di cooperazione orizzontale volte al perseguimento della sostenibilità e ostacolando, di fatto, un possibile miglioramento delle condizioni ambientali.

Consapevole delle incertezze interpretative e del disincentivo che queste rappresentavano per le imprese, la Commissione europea ha avviato, nel 2021, una consultazione pubblica culminata nel *Policy Brief in Support of Europe's Green Ambition*[35], con l'obiettivo di sondare le difficoltà interpretative dell'art. 101 TFUE rispetto alla valorizzazione dei benefici ambientali prodotti dalle intese tra concorrenti.

Successivamente a tale consultazione, nel 2023, la Commissione ha adottato le nuove Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, reintroducendo esplicitamente un capitolo sugli accordi sostenibili[36]. In tale occasione, è stato espressamente riconosciuto che la politica della concorrenza non possa operare in un vuoto normativo, dovendo coordinarsi con gli altri obiettivi dei Trattati, inclusi quelli ambientali (artt. 3 TUE, 7 e 11 TFUE), e contribuire, per quanto di sua competenza, alla transizione verde dell'Unione[37].

Nel prosieguo del presente contributo si procederà all'analisi di tali complesse questioni da una prospettiva tanto pratica quanto analitica, mediante un confronto sistematico tra il quadro giuridico e giurisprudenziale anteriore e quello successivo all'adozione delle Linee direttrici del 2023 in materia di accordi di sostenibilità.

L'obiettivo è quello di valutare se, nonostante l'adozione delle nuove Linee direttrici, persistano margini di incertezza o resistenze strutturali che ostacolano l'inclusione dei profili ambientali nell'analisi concorrenziale.

3. *Il ruolo del diritto della concorrenza nella transizione* green*: tra fallimenti di mercato e cooperazione tra imprese*

È necessario svolgere due preliminari riflessioni rispetto all'interazione tra diritto della concorrenza da un lato, e legislazioni in materia ambientale

[35] Commissione europea, *Competition Policy Biref, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition*, September 2021.

[36] Commissione europea, *Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale*, 2023.

[37] *Ivi*, p. 2.

e fallimenti di mercato ambientali dall'altro, per comprendere il ruolo che il diritto della concorrenza assume nel raggiungimento di obiettivi di sostenibilità ambientale.

Tradizionalmente, la tutela dell'ambiente rientra nella competenza normativa del legislatore europeo e nazionale, attraverso l'adozione di regolazioni settoriali che impongono obblighi ambientali alle imprese. Secondo la Commissione europea, la funzione del diritto della concorrenza non è quella di sanzionare comportamenti commerciali delle imprese solo perché non conformi a obiettivi ambientali: il compito principale è, infatti, garantire mercati competitivi e liberi da distorsioni artificiali[38].

Infatti, anche in un'ottica neutrale, l'applicazione delle norme *antitrust* dove le autorità intervengono per reprimere eventuali restrizioni alla concorrenza, favorisce indirettamente la sostenibilità ambientale e l'introduzione di prodotti e servizi ecologici nel mercato; una concorrenza effettiva promuove innovazione e spinge le imprese a investire in tecnologie, prodotti e servizi verdi per ottenere vantaggi competitivi e nuove porzioni di mercato.

La pressione concorrenziale può fungere da catalizzatore per l'adozione di processi produttivi a minore impatto ambientale, alla diversificazione dell'offerta con la produzione di prodotti e servizi sostenibili[39]. In tal senso, il diritto della concorrenza contribuisce al progresso ambientale come forza endogena[40], che incentiva comportamenti virtuosi attraverso una dinamica competitiva effettiva[41]. Il ruolo che in questo caso assume il diritto *antitrust*

[38] Commissione europea, *Policy Brief on Competition Policy contributing to the Green Deal*, October 2021, p. 2.

[39] *Ibidem*, p. 2 ss. La pressione competitiva stimola le imprese ad innovare, investendo in ricerca e sviluppo (R&D), favorendo l'introduzione di tecnologie avanzate a livello di sostenibilità, che possono ridurre l'impatto ambientale di prodotti, di servizi e dei modelli di produzione, contribuendo alla transizione ecologica. Inoltre, tale dinamicità dei mercati stimola la diversificazione dell'offerta, migliorando la qualità ed ampliando la scelta per i consumatori, introducendo nel mercato prodotti *green* e rispettosi dell'ambiente Una competizione effettiva, inoltre, permette un'allocazione efficiente delle risorse con una consistente riduzione dello sfruttamento delle risorse naturali e l'utilizzo di materie riciclate. Ad esempio, l'eliminazione o la riduzione degli imballaggi inquinanti non solo diminuisce l'impatto ambientale, ma si traduce anche in costi inferiori per i consumatori finali. Cfr. OECD, *Competition Policy and Environmental Sustainability – Note by BIAC/ICC Roundtable on Sustainability and Competition*, 2020.

[40] Cfr. F. MUNARI, *Do Environmental Rules and Standards Affect Firms' Competitive Ability?*, in *EP,* n. 1, 2019, pp. 207-224.

[41] M. MONTI, *The Future of Competition Policy in the EU*, discorso alla Commissione, 9 November 2020.

non è di principale attore, ma di naturale supporto e di contribuzione attiva[42].

Tuttavia, la complessità dei mercati cd. ambientali, quali mercati di prodotti e servizi *green*, impone di considerare i cd. fallimenti di mercato, che si manifestano quando i meccanismi di domanda e offerta non sono in grado di garantire esiti efficienti.

Da un lato, i consumatori, pur dichiarandosi attenti alla sostenibilità ambientale, non sempre traducono tali dichiarazioni di valore in scelte effettive di consumo, i cd. *bias* comportamentali[43], non essendo in molti casi disposti a pagare un prezzo maggiore per beni o servizi *green*[44]. Questo fenomeno, noto come "valore dichiarato vs. valore rivelato", limita l'incentivo per le imprese ad investire in soluzioni sostenibili, determinando un'insufficiente domanda per tale tipologia di offerta[45].

Dall'altro, le imprese possono ignorare i costi ambientali delle proprie attività, generando esternalità negative come l'inquinamento, che non vengono internalizzate nel prezzo del prodotto, rimanendo generalmente più contenuto per i prodotti e servizi non ecosostenibili[46].

[42] M. VESTAGER, *Webinar in European Parliament, with MEP Stephanie Yon-Courtin*, 2020, «Competition policy is not going to take the place of environmental laws or green investment. The question is rather if we can do more, to apply our rules in ways that better support the Green Deal. [...] To succeed, everyone in Europe will have to play their part – every individual, every public authority. And that includes competition enforcers».

[43] I *bias* comportamentali posso essere considerati come la tendenza delle persone a dare un peso maggiore ai flussi di cassa in entrata ed in uscita, che sono più vicini al tempo presente, quando si considerano i compromessi tra due momenti futuri. Cfr. T. O'DONOGHUE, M. RABIN, *Doing it now or later,* in *American Economic Review*, 1999, pp. 103-124.

[44] Dal lato della domanda, i fallimenti di mercato riguardano l'indisponibilità dei consumatori a pagare un prezzo superiore per i prodotti *green*. I prodotti ecosostenibili sono offerti generalmente ad un prezzo superiore rispetto alla versione non ecosostenibile, dove l'aumento del prezzo è determinato dall'inclusione dei costi ambientali e dall'internalizzazione degli investimenti effettuati dall'impresa. Alcuni consumatori prediligono un prodotto inquinante ma a basso costo rispetto ad uno *green* a prezzo superiore, sottovalutando (o non percependo) l'importanza delle scelte di mercato attuali, rispetto ai danni ambientali futuri. Cfr. OECD, *Environmental Considerations in Competition Enforcement, Competition Committee Discussion paper*, 2021, parr. 1, 4 e 2.

[45] Cfr. S. KINGSTON, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge 2011, p. 56.

[46] Dal lato dell'offerta, le imprese potrebbero non tenere conto, nella loro produzione, delle esternalità negative ambientali; non considerano i costi ambientali nel loro modo di produrre e dunque, gli effetti negativi sull'ambiente come l'inquinamento atmosferico o dei terreni e delle falde acquifere. Cfr N. O. KEOHANE, S. M. OLMSTEAD, *Market Failures in the Environmental Realm*, in *Markets and the Environment. Island Press*, 2016,

Inoltre, le trasformazioni richieste dal *Green Deal* europeo, tra cui la neutralità climatica e la transizione verso un modello produttivo climaticamente neutro, alloca costi elevati presso le singole imprese[47], che non sempre sono in grado di affrontare autonomamente[48].

Questo squilibrio giustifica, in certi casi, il ricorso a forme di cooperazione tra imprese concorrenti, volte a condividere i costi e i rischi dell'innovazione sostenibile[49], mediante la conclusione dei cd. accordi di sostenibilità. Tali accordi, se ben calibrati, possono permettere il superamento delle inefficienze tipiche dei mercati ambientali e contribuire al raggiungimento di obiettivi pubblici senza compromettere la concorrenza effettiva[50].

4. *Accordi di sostenibilità ambientale e articolo 101 TFUE*

4.1. *Inquadramento normativo e definizione degli accordi di sostenibilità*

Gli accordi di sostenibilità ambientale possono essere in generale definiti quali «accordi tra concorrenti che perseguono obiettivi di sostenibilità»[51]. Gli accordi di sostenibilità ambientale, noti anche come *green agreements* o intese verdi, costituiscono, in altre parole, pratiche concertate tra imprese concorrenti, finalizzate al perseguimento di obiettivi ambientali condivisi.

Tali accordi possono riguardare la riduzione congiunta dell'uso di materiali inquinanti, la diffusione di tecnologie a basse emissioni o la

www.doi.org/10.5822/978-1-61091-608-0_5; P. AGHION, *Environmental Preferences and Technological Choices: Is Market Competition Clean or Dirty?*, in *American Economic Review*, vol. 5, n. 1, 2020.

[47] M. DOLMANS, *Sustainable Competition Policy and the "Polluter Pays" Principle*, in S. HOLMES, D. MIDDELSCHULTE, M. SNOEP (eds.), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Paris, 2021.

[48] Questi costi sono allocati sia presso i consumatori, sia presso le imprese. per le imprese potrebbe essere più conveniente mantenere una produzione allo *status quo*, godendo di ottime economie di scala che permettono di massimizzare i costi, riflettendosi in prezzi ridotti per i consumatori. Cfr. T. HELBLING, *Externalities: Prices Do Not Capture All Costs*, in *Finance and Development*, 2020.

[49] Cfr. *European Commission, Competition Policy Biref, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition*, 2021, p. 3 ss.

[50] C. TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, 2009, pp. 119-122.

[51] *Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale*, cit., par. 515.

definizione di *standard* ambientali comuni, anche in risposta a fallimenti di mercato che ostacolano la transizione ecologica[52].

Sotto il profilo strettamente normativo, gli accordi di sostenibilità sono soggetti alla disciplina dell'articolo 101 TFUE, indipendentemente dalla finalità meritoria che ne ispira la conclusione. In particolare, il paragrafo 1 della suddetta disposizione vieta le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno. In assenza di una giustificazione idonea ai sensi del paragrafo 3 del medesimo articolo, tali accordi sono da considerarsi nulli *ipso iure* e possono essere oggetto di sanzioni amministrative pecuniarie, fino a un massimo del 10% del fatturato annuo globale realizzato dalle imprese coinvolte[53].

Sebbene vi siano casi in cui l'accordo di sostenibilità non generi alcuna restrizione alla concorrenza e nessun danno ai consumatori, non rientrando dunque nell'ambito dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, come nel caso di misure interne alle imprese o di codici di condotta privi di effetti rilevanti sul mercato, in numerosi casi, gli accordi di sostenibilità sono suscettibili, per oggetto o per effetto, di determinare una restrizione della concorrenza tra imprese o un danno ai consumatori, rientrando nell'ambito applicativo del divieto.

Numerosi sono i casi in cui, le autorità di concorrenza hanno agito al fine di sanzionare accordi di sostenibilità ravvisando un danno ai consumatori ed alla struttura competitiva.

Questo si verifica quando, ad esempio, l'accordo concluso tra le imprese, pur rivestendosi di finalità ambientali, celi un'intesa restrittiva finalizzata all'aumento dei prezzi o alla limitazione dell'offerta: è il caso

[52] *Ibidem*. Il loro contenuto non è predeterminato e può variare ampiamente a seconda delle esigenze e degli obiettivi specifici del mercato o del settore coinvolto. Ad esempio, potrebbe riguardare la riduzione congiunta degli imballaggi in plastica utilizzati per un determinato prodotto, oppure alla loro sostituzione con materiali ecosostenibili. Questo tipo di iniziativa è particolarmente rilevante nei settori ad alta intensità di imballaggi, come quello alimentare e logistico. Altra forma di accordo di sostenibilità è relativa alla ripartizione tra le imprese dei costi di R&D tecnologie o componenti *green* ed innovativi. Ancora, potrebbero avere ad oggetto la mitigazione del cd. *first mover disadvantage* o rischio da prima mossa. Questo rischio si riferisce all'incertezza e ai costi che le imprese devono affrontare quando introducono un nuovo prodotto o servizio sul mercato, particolarmente elevato se si tratta di un prodotto *green*, per il quale sussistono incertezze sulle condizioni della domanda. Gli accordi *green* possono contribuire a ridurre tale rischio, ad esempio coordinando l'introduzione di *standard* comuni o favorendo iniziative condivise per l'educazione del mercato.

[53] Per una puntuale trattazione della disciplina delle intese, cfr. P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 39 ss.

dell'accordo *Consumer Detergents* sanzionato dalla Commissione europea, in cui l'obiettivo dichiarato dalle imprese partecipanti era la riduzione dell'uso di plastica nei prodotti finiti. Tuttavia, tale finalità ambientale è risultata accompagnata da un accordo di fissazione dei prezzi per la rivendita di tali, ledendo il gioco della concorrenza ed i consumatori, costretti a pagare un prezzo superiore nonostante il risparmio di materia prima utilizzata[54].

Ulteriormente, vi sono casi in cui il danno alla concorrenza coincide con il danno ambientale: esemplificativo in tal senso, è il caso *Car Emissions*, in cui varie case automobilistiche sono state sanzionate per aver concluso un accordo volto a ritardare l'introduzione di tecnologie meno inquinanti, ostacolando l'innovazione *green* e il miglioramento della tutela dell'ambiente[55].

4.2. *Applicazione dell'articolo 101 (3) TFUE agli accordi di sostenibilità*

Al netto di quanto esposto, tuttavia, il problema consiste nell'effettiva possibilità di valutare i vantaggi ambientali generati dall'intesa, come prevalenti rispetto ad eventuali restrizioni della concorrenza e a un danno ai consumatori, permettendo l'applicazione del meccanismo di esenzione previsto dal 101 TFUE.

La questione centrale riguardo l'inclusione di istanze ambientali nella disciplina delle intese, difatti, consiste nella possibilità pratica di considerare i benefici ambientali tra i fattori che legittimano tale esenzione.

[54] Nel caso *Consumer Detergents*, le imprese hanno concluso un accordo dichiarato di perseguire un fine ambientale (la riduzione della plastica utilizzata per l'imballaggio dei detergenti) concludendo a latere un accordo ancillare volto a mantenere i prezzi invariati, rispetto che ridurre gli stessi sulla base del risparmio di plastica non utilizzata, danneggiando direttamente i consumatori per la mancata riduzione del prezzo. La Commissione europea valorizzando il danno ai consumatori in termini di prezzo, ha sanzionato il cartello di prezzo. Cfr. Commissione europea, *Decisione Consumer Detergents*, COMP/39.579, 2008

[55] In questo caso, il danno competitivo ed il danno ambientale coincidono. Nel caso *Car Emissions*, la Commissione europea ha proceduto a sanzionare un accordo anticoncorrenziale realizzato da cinque case automobilistiche Daimler AG, BMW AG e il Gruppo Volkswagen (inclusi Volkswagen AG, Audi AG e Porsche AG) cd. circolo dei cinque, le aziende hanno coordinato aspetti tecnici relativi alle dimensioni dei serbatoi di AdBlue e alla frequenza dei rifornimenti, concordando su un'autonomia target di 10.000 km tra i rifornimenti, corrispondente a serbatoi di 8-10 litri. Questo coordinamento ha limitato lo sviluppo di tecnologie più avanzate che avrebbero potuto superare i requisiti normativi minimi, riducendo così la concorrenza sull'innovazione tecnica e su sistemi di emissioni pulite. In tale ipotesi, l'azione delle autorità di concorrenza genera risultati positivi per la tutela dell'ambiente ed all'innovazione dei mercati. Commissione europea, Decisione *Car Emissions*, AT.40178, 2021.

Il paragrafo 3 dell'articolo 101 TFUE prevede una deroga generale al divieto di intese subordinata al soddisfacimento di quattro condizioni cumulative: (i) l'accordo deve contribuire al miglioramento della produzione o distribuzione o al progresso tecnico o economico; (ii) deve riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile; (iii) non deve imporre restrizioni non indispensabili; (iv) non deve eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione.

A tal fine, si procederà ad analizzare retrospettivamente le principali sfide interpretative e applicative che si sono poste, fino al 2023.

Assumendo difatti un'impostazione prettamente orientata alla massimizzazione dell'efficienza economica, l'inclusione è stata ostacolata da una concezione ristretta dello *standard* del benessere dei consumatori (cd. *consumer welfare*), inteso in termini puramente economici, ovvero prezzo, quantità, qualità, varietà e innovazione[56], non permettendo di integrare appieno tali istanze.

I casi che si possono presentare, ad esempio, sono relativi ad accordi di sostenibilità volti all'introduzione di un prodotto *green* in luogo di uno sostenibile, il quale prevede un costo superiore per il consumatore finale. O, ancora, quando a seguito dell'accordo di sostenibilità, si eliminano prodotti inquinanti, riducendo la scelta tra prodotti differenti. Sulla base di queste circostanze, l'accordo sarebbe soggetto a sanzione e divieto, per la lesione del parametro del prezzo e della riduzione della scelta tra prodotti differenti.

In questi casi, l'articolo 101, paragrafo 3, TFUE può trovare applicazione qualora i benefici generati dall'intesa, rientrino nelle condizioni di esenzione.

Tuttavia, due delle quattro condizioni previste si sono rivelate critiche, rispettivamente, i) gli incrementi di efficienza e ii) il trasferimento dell'utile generato dall'intesa ai consumatori.

La nozione di incrementi di efficienza di un prodotto o servizio, può teoricamente tradursi in efficienze ambientali, quali il risparmio energetico, la riduzione delle emissioni, un prodotto più durevole o l'introduzione di tecnologie pulite. Tuttavia, le difficoltà sono molteplici.

Le Linee direttrici della Commissione relative all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE allora in vigore, affermavano che le efficienze prodotte dovevano riguardare il mercato rilevante[57] e quindi

[56] Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato, cit., par. 13.

[57] *Ivi*, par. 43.

avvantaggiare i consumatori dei prodotti e servizi, in linea con la massimizzazione economica del benessere dei consumatori.

I benefici ambientali, invero, non sono sempre quantificabili in termini economici e, qualora quantificati (quanto vale in termini economici il miglioramento della qualità dell'aria?), sono oggetto di una valutazione soggettiva dei consumatori. Difatti, applicando le teorie economiche, i vantaggi di efficienza (eventualmente anche declinati in termini ambientali) sono valutati sulla base della cd. disponibilità a pagare dei consumatori (*willingness to pay*) per tali miglioramenti.

In questo caso, è ben possibile che i consumatori potrebbero non essere disposti a pagare di più per un prodotto più efficiente in senso ambientale (o non nella misura dell'aumento del prezzo proposto), quando non hanno interesse per le questioni ambientali.

In tale fattispecie, si registra la prima difficoltà in relazione all'integrazione delle questioni ambientali nell'analisi dell'intesa, generando criticità e situazioni di incertezza.

Il caso *Chicken of Tomorrow* sanzionato dall'Autorità olandese (ACM) è esemplificativo di tale difficoltà: l'accordo, concluso tra rivenditori e produttori al fine migliorare il benessere animale dei polli da carne ha imposto un aumento del prezzo finale ai consumatori, dovuto dai maggiori costi per tali miglioramenti. Tale accordo fu ritenuto restrittivo e lesivo del benessere economico dei consumatori, poiché si è rilevato che questi non erano disposti a pagare il sovrapprezzo applicato, nonostante i chiari benefici ambientali e sociali prodotti[58].

Analizzando ora l'altra condizione, questa prevede che i consumatori

[58] L'iniziativa *Chicken of Tomorrow* era relativa ad un accordo tra organizzazioni dell'industria avicola, della lavorazione delle carni di pollo e dei supermercati, il quale aveva ad oggetto la sostituzione del pollame allevato con metodi tradizionali per uno allevato secondo *standard* più elevati rispetto al benessere degli animali. In questo caso, il prezzo del pollame era aumentato di 1.46 euro rispetto al prezzo precedente, a seguito dei costi per il nuovo tipo di allevamento. L'autorità olandese ha condotto indagini presso i consumatori interessati, nelle quali è emerso che il prezzo che i consumatori sarebbero disposti a pagare per l'aumento di benessere degli animali è di 0.68 euro in più e 0.14 euro per i vantaggi ambientali positivi. Il vantaggio totale percepito dai consumatori per tali benefici è di 0,82 centesimi, ovvero circa la metà del prezzo maggiorato applicato. Per tale ragione, l'ACM ha ritenuto che l'accordo limiti la scelta dei consumatori ed un aumento di prezzo eccessivo, non controbilanciati dagli effetti ambientali positivi, dunque vietato. Cfr. ACM, DM/2014/206028, 2014, *Analysis of the sustainability arrangements concerning the Chicken of Tomorrow*, disponibile al link www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysischicken-of-tomorrowacm-2015-01-26.pdf.

del mercato rilevante danneggiati dall'accordo vadano beneficiare di un vantaggio significativo (cd. utile) derivante dall'accordo sostenibile, dove in un'ottica di bilanciamento tra il danno ed il vantaggio, il risultato finale sia sostanzialmente neutrale.

Nell'analisi delle condotte di mercato e degli effetti che esse producono, le autorità di concorrenza ritengono che, per beneficiari dei vantaggi prodotti, si intendano solo i consumatori del mercato rilevante[59], quali gli acquirenti diretti del prodotto o servizio in questione.

A livello tecnico, deve quindi prefigurarsi una sovrapposizione tra, da un lato, i consumatori danneggiati dall'accordo e, dall'altro, i soggetti che traggono beneficio (cd. utile) dall'accordo sostenibile. Questo paradigma vale ad escludere dal novero dei beneficiari di vantaggi ambientali eventuali soggetti esterni come la collettività in generale; difatti, è evidente che quando si tratta di vantaggi ambientali diffusi, quali la riduzione delle emissioni, il miglioramento della qualità dell'aria, o vantaggi ambientali che non ricadono direttamente sui consumatori acquirenti del bene sostenibile, non si riesca a ravvisare una completa sovrapposizione tra i consumatori ed i soggetti presso cui il vantaggio ambientale si verifica[60].

L'esempio di scuola che si realizza è il caso ipotetico di un accordo volto a sostituire il cotone, la cui produzione è inquinante per il luogo di fabbricazione, con uno prodotto in modo ecosostenibile: se il miglioramento delle condizioni ambientali si verifica nel luogo di produzione, in cui non sono presenti consumatori acquirenti (si pensi al caso del dislocamento dei sistemi di produzione), l'accordo non soddisfa i requisiti di esenzione per mancanza della sovrapposizione richiesta[61].

[59] Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato, cit., par. 84: «Il concetto di "utilizzatori" comprende tutti i fruitori, diretti o indiretti, dei prodotti oggetto dell'accordo, inclusi i produttori che usano il prodotto quale materia prima, i distributori all'ingrosso, i dettaglianti e gli utilizzatori finali, ovverosia le persone che operano per fini che possono essere considerati come non facenti parte delle loro attività commerciali o professionali. In altre parole, gli utilizzatori ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, sono i clienti delle parti dell'accordo ed i successivi acquirenti. Questi clienti possono essere imprese, come nel caso degli acquirenti di macchinari industriali o di un fattore di produzione destinato ad un'ulteriore trasformazione, o consumatori finali, come nel caso degli acquirenti di gelati per immediata consumazione o di biciclette».

[60] *Ivi*, par. 104: «Nei casi in cui l'effetto probabile dell'accordo è di far aumentare i prezzi per gli utilizzatori nel mercato rilevante, si deve valutare attentamente se l'incremento di efficienza invocato ha un valore reale per gli utilizzatori nel mercato di cui trattasi, tale da compensare gli effetti negativi della restrizione di concorrenza».

[61] Un accordo di sostenibilità potrebbe avere ad oggetto la sostituzione di un fattore di

Inoltre, l'orizzonte temporale dei benefici ambientali, spesso di lungo periodo, si scontra con l'esigenza di effetti tangibili e immediati che avvantaggiano i consumatori. A differenza di vantaggi immediati come una riduzione del prezzo, i benefici ambientali sono caratterizzati da una temporalità dilatata, spesso di natura intergenerazionale. Questo significa che i benefici ambientali derivanti da un accordo si produrranno in capo alle generazioni future, e, non presso gli stessi consumatori danneggiati dall'aumento di prezzo derivante dall'accordo, facendo venir meno anche per questo profilo la realizzazione di una sovrapposizione tra i due gruppi[62].

Un precedente significativo è rappresentato dal caso *CECED*[63] del 2000, nel quale la Commissione ha concesso l'esenzione a un accordo tra produttori di lavatrici per eliminare i modelli meno efficienti dal mercato, introducendo modelli *green*, benché più costosi. Nonostante la riduzione della varietà dei modelli disponibili e l'aumento dei prezzi, la Commissione ha ritenuto che il risparmio energetico e la maggiore durata dei nuovi modelli garantissero benefici superiori per i consumatori, facendo sì che, per la prima volta, i benefici ambientali fossero considerati nell'analisi dell'esenzione e ritenuti preminenti rispetto ai danni ai consumatori ed alle restrizioni competitive, adottando metodologie ed impostazioni che, sebbene basate su calcoli economici, hanno lasciato uno spazio di apertura e riflessione[64]. Tuttavia, il caso *CECED* rimane un caso isolato.

produzione (ad esempio il cotone), il quale inquina le falde acquifere dei terreni circostanti l'impianto industriale, in luogo di un cotone con una produzione non inquinante. Questa sostituzione comporta un aumento del prezzo finale del 10%, imputabile ai costi in cui incorre l'impresa per la nuova produzione. Nonostante i vantaggi prodotti in termini ambientali, se i consumatori acquirenti del prodotto con cotone sostenibile sono ubicati in un'area geografica differente dal luogo di produzione, in cui si migliorano le condizioni ambientali, questi non ottengono alcun beneficio diretto ed immediato a livello ambientale. Pertanto, non coincidendo i due gruppi di consumatori, l'accordo non soddisfa le condizioni di esenzione.

[62] Inoltre, i benefici ambientali hanno una portata collettiva, e si realizzano solo dopo che un numero considerevole di consumatori ed imprese adottano uno stile di produzione e consumo green e sostenibile. OECD, *Environmental Considerations in Competition Enforcement, Competition Committee Discussion paper*, 2021.

[63] Commissione europea, *Decisione CECED*, COMP/IV.F.1/36.718, 2000.

[64] La Commissione ha in realtà inquadrato l'accordo come produttivo di un beneficio economico per i consumatori. Non ha invero ritenuto i benefici ambientali prodotti dall'accordo valutabili *ex se*, senza procedere ad una loro quantificazione da un punto di vista economico; difatti, ha motivato sul risparmio dei prezzi dell'energia e sulla longevità di tali nuove lavatrici *green.* S. HOLMES*, Climate Change, sustainability and competition law*, in *Journal of Antitrust enforcement*, 2020, p. 337.

In tal senso, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia sembra aprire spiragli: in *Métropole Télévision*, la Corte ha affermato che «Il perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico può», quale è l'interesse ambientale, «nell'ambito di una valutazione globale effettuata dalla Commissione ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE [ora 101(3) TFUE], essere preso in considerazione per giustificare la concessione di un'esenzione»[65].

Alla luce di quanto detto, emerge come l'impostazione tradizionale del diritto della concorrenza, tecnicamente ancorata a parametri economici e strutturalmente legata a considerare solo vantaggi legati ai consumatori del mercato rilevante, causi ostacoli teorico-pratici alla piena valorizzazione dei benefici ambientali nella disciplina delle intese restrittive della concorrenza ai sensi del 101 TFUE.

Come accennato, la Commissione europea ha recentemente aggiornato le Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale nel 2023. Risulta pertanto opportuno interrogarsi se, e in quale misura, l'intervento dell'organo esecutivo abbia introdotto modifiche idonee a semplificare e rendere effettiva l'inclusione dei benefici ambientali nell'ambito dell'analisi *antitrust*.

L'impianto normativo e interpretativo vincolato alla logica economica e del *consumer welfare*, rende complessa l'integrazione piena della sostenibilità nelle analisi concorrenziali; come osservato da L. Hancher, un vero bilanciamento tra concorrenza e ambiente richiede una ridefinizione degli *standard* di valutazione *antitrust*[66].

5. *Linee Direttrici del 2023 e sostenibilità ambientale nel diritto antitrust: un passo avanti ma non una svolta*

Con l'adozione delle nuove Linee Direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale nel gennaio 2023[67], la Commissione europea ha risposto alle crescenti pressioni provenienti dalla società civile, dalle imprese e da numerosi contributi accademici, che denunciavano le rigidità strutturali del diritto della concorrenza in relazione alla valorizzazione dei benefici ambientali. Tale risposta si sostanzia nell'introduzione dell'apposito titolo (Titolo IX) dedicato agli accordi di sostenibilità ambientale.

[65] Tribunale 11 luglio 1996, T-528/93, T-542/93, T-543/93, T-546/93, *Métropole Télévision/Commissione*, punto 118.

[66] Cfr. L. HANCHER, *Competition and Sustainability: Striking a Balance*, in *CMLR*, 2023, p. 741.

[67] *Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale*, cit.

Questo rappresenta, indubbiamente, un segnale di apertura, inserendosi in una riflessione più ampia sul ruolo che il diritto della concorrenza può e deve giocare nella transizione ecologica, e risponde all'impegno assunto dalla Commissione di adattare i propri strumenti regolatori in modo da contribuire agli obiettivi climatici dell'Unione.

Le Linee direttrici mirano a ridurre l'incertezza giuridica per le imprese, fornendo un quadro interpretativo più chiaro per la valutazione degli accordi tra concorrenti che perseguono obiettivi ambientali.

Tuttavia, esse non modificano l'impianto fondamentale dell'articolo 101 TFUE[68]: l'accordo che comporta restrizioni per oggetto o per effetto rimane, in linea di principio, vietato, salvo che possa beneficiare dell'esenzione prevista al paragrafo 3. Ciò implica che i benefici ambientali devono essere valutati secondo i criteri tradizionali dell'analisi *antitrust*, a partire dalla dimostrazione di efficienze concrete e dal trasferimento dei benefici ai consumatori.

Uno dei principali obiettivi della comunicazione del 2023 è quello di chiarire le modalità attraverso cui i benefici ambientali possono essere valutati ai fini dell'esenzione di cui all'articolo 101, paragrafo 3 TFUE.

In particolare, le nuove disposizioni precisano che benefici di sostenibilità possono configurarsi come incrementi di efficienza, ai sensi del primo requisito dell'esenzione. Tali efficienze ambientali possono consistere nella riduzione dell'inquinamento ambientale, nell'uso più efficiente delle risorse naturali, o lo sviluppo di nuovi prodotti con minore impatto ecologico.

Tuttavia, come sottolinea la Commissione, tali benefici devono essere oggettivi, concreti, verificabili e quantificabili[69]. Inoltre, l'onere della prova ricade sulle imprese partecipanti all'accordo, che devono dimostrare con adeguata documentazione il nesso causale tra l'intesa e l'efficienza perseguita.

A titolo esemplificativo, se l'accordo mira a ridurre l'inquinamento idrico, le imprese dovranno fornire evidenze empiriche sull'impatto ambientale e sugli effetti attesi, eventualmente attraverso modelli economici, indagini di mercato, o studi scientifici indipendenti. Questo approccio, pur coerente con l'impostazione tecnico-economica dell'*antitrust* europeo, solleva rilevanti questioni applicative, soprattutto quando i benefici ambientali non sono immediatamente monetizzabili, e basate su un apprezzamento qualitativo dei consumatori.

[68] *Ivi*, par. 535 ss.

[69] *Ivi*, par. 553 ss.

In alcuni casi, come spiegato sopra, i consumatori potrebbero non attribuire sufficiente valore ai benefici ambientali, specialmente se tali benefici non si traducono in vantaggi tangibili e immediati, come avviene per la riduzione dei prezzi o un miglioramento evidente delle caratteristiche del prodotto.

Anche con tali Linee direttrici, nonostante una precisazione maggiore rispetto al novero di benefici ambientali considerabili come efficienze, alcune criticità permangono. Questa variabilità introduce incertezza, sia per le imprese che per le autorità di concorrenza.

La valutazione del secondo requisito, ossia l'attribuzione ai consumatori di una congrua parte dell'utile derivante dall'accordo, si rivela anch'essa critica. Nelle Linee direttrici, si riafferma la necessarietà che i benefici ambientali si generino «a favore dei consumatori dei prodotti oggetto di tali accordi»[70].

Tuttavia, si ammette che possono esserci numerosi casi in cui «può essere palese che i benefici asseriti in termini di sostenibilità non vanno a favore dei consumatori del mercato rilevante», o che questi non siano sufficientemente significativi da compensare il danno subito ai consumatori. La comunicazione afferma che, in questo caso, è necessario effettuare una valutazione dettagliata caso per caso dei benefici ambientali generati[71].

Per una semplificazione di tale analisi, i benefici ambientali vengono divisi in tre macrocategorie: benefici individuali legati all'uso, benefici individuali legati al non uso e benefici collettivi[72].

I primi (ad esempio, un prodotto più durevole o meno inquinante) sono più facilmente riconducibili ai criteri classici di *welfare* del consumatore[73].

I secondi, relativi ai «benefici individuali legati al non uso»[74], richiedono

[70] *Ivi*, par. 569.

[71] *Ivi*, par. 570.

[72] *Ibidem*.

[73] Nella prima categoria, rientrano i benefici per i consumatori legati all'uso o dal consumo immediato dei prodotti interessati dall'accordo di sostenibilità, quali benefici che migliorano l'esperienza del consumatore. Possono essere legati ad una diminuzione di prezzo, aumento della qualità o varietà dei prodotti. A titolo esemplificativo, si menziona la sostituzione della plastica in determinati prodotti con materiali più durevoli, aumentando la longevità del prodotto; tale beneficio può essere considerato prevalente rispetto all'aumento del prezzo o alla riduzione della scelta (derivante dall'eliminazione dal mercato della plastica, quale fattore produttivo non *green*) e rientra nella nozione di consumatori e di *consumer welfare*.

[74] *Ivi*, sez. 9.4.3.2.

di dimostrare che i consumatori attribuiscano un valore positivo al consumo etico, ossia alla scelta di prodotti che riducono l'impatto ambientale anche se il beneficio diretto è esterno alla loro persona. Tali benefici si generano per la società e le generazioni future, tenendo in considerazione i soggetti non utilizzatori al di fuori del mercato rilevante. In questo caso, pertanto, il riconoscimento di tali benefici è soggetto ad una valutazione dei consumatori, applicandosi il criterio della *willingness to pay*[75], come emerso nel caso *Chicken of Tomorrow*[76]. Rimangono tuttavia preferenze complesse da dimostrare ai fini della concessione dell'esenzione.

Gli ultimi benefici declinati, sono i benefici collettivi. Questi, come prima esposto, per loro natura si producono a vantaggio di una parte più ampia di società rispetto ai singoli consumatori del mercato rilevante; si producono in capo ai cittadini ed alla società generalmente intesa. Essi rappresentano l'aspetto più problematico per l'integrazione di questioni ambientali nella valutazione di concorrenza. Le Linee direttrici non superano l'impostazione strutturale prevista dall'articolo 101 paragrafo 3 e, dalla sua tradizionale interpretazione.

I benefici collettivi restano esclusi salvo che vi sia una sostanziale sovrapposizione tra consumatori del mercato rilevante e beneficiari degli effetti ambientali. Si legge che i benefici collettivi che si producono esternamente «possono essere considerati solo se sufficientemente significativi da compensare i consumatori nel mercato rilevante per il danno da questi subito»[77].

La stessa Commissione richiama l'esempio sopra accennato: possono essere considerati benefici collettivi quelli derivanti da un accordo sostenibile finalizzato ad immettere nel mercato prodotti realizzati con cotone sostenibile, con il quale si riduce il consumo di fertilizzanti e di acqua nei terreni in cui questo viene prodotto, implicando un aumento di prezzo. Tuttavia, precisa che «in questo caso, è improbabile che vi siano sovrapposizioni sostanziali tra i consumatori dell'abbigliamento e i benefici ambientali in quanto questi si verificano soltanto nella zona in cui viene coltivato il cotone. Pertanto, è improbabile che tali benefici collettivi possano andare a vantaggio dei consumatori del mercato rilevante»[78].

[75] *Ivi*, par. 578.

[76] ACM, DM/2014/206028, 2014, *Analysis of the sustainability arrangements concerning the Chicken of Tomorrow*, disponibile al link www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysischicken-of-tomorrowacm-2015-01-26.pdf

[77] *Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale*, cit., par. 584.

[78] *Ibidem*.

Tale impostazione tradisce la persistenza di una concezione economicistica del *welfare* del consumatore, nonostante le aperture semantiche verso valori ambientali.

6. *Riflessioni conclusive*

Nonostante le innovazioni e l'inclusione formale degli accordi sostenibili nelle Linee direttrici del 2023, è difficile considerare tale intervento come una svolta paradigmatica nell'analisi *antitrust*. La Commissione europea ha scelto di intervenire senza rivedere alla radice il paradigma economico su cui si fonda il diritto della concorrenza dell'UE. La nozione di consumatore rimane legata a quella di acquirente diretto o indiretto del prodotto, mentre la valutazione degli effetti dell'accordo rimane, in linea generale, basata su criteri economici[79].

Tali limiti sono particolarmente visibili nel trattamento dei benefici collettivi. Le Linee impongono una prova rigorosa della sovrapposizione tra consumatori del mercato rilevante e beneficiari, e richiedono la quantificazione dei benefici ambientali, nonostante questi si verifichino nel lungo termine o in contesti geografici differenti.

Ne consegue che la sostenibilità ambientale viene incorporata nel diritto *antitrust* solo se compatibile con i suoi strumenti di misurazione tradizionali, escludendo l'adozione di *standard* più ampi per la valutazione dei benefici generati da un'intesa[80]. Tuttavia, questo è coerente con l'approccio europeo di concorrenza; non ci si può spingere fino ad ipotizzare l'assenza di intervento *antitrust* solo per il fine lodevole perseguito da un'intesa.

In conclusione, le Linee direttrici del 2023 costituiscono un progresso importante verso una maggiore coerenza tra diritto della concorrenza e politiche ambientali, ma non mitigano gli ostacoli strutturali e tecnici che impediscono di valorizzare pienamente gli accordi di sostenibilità.

Sarebbe dunque auspicabile una maggiore precisazione del ruolo delle autorità *antitrust* nella realizzazione degli obiettivi pubblici europei senza snaturare l'obiettivo del mantenimento di una concorrenza effettiva e senza

[79] I. LIANOS, *op. cit.*

[80] A tal proposito, si parla di come il *citizen welfare* o il *public interest approach. Cfr.* OECD, *Consumer Welfare Standards - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, in *OECD Publishing*, n. 295, 2023, www. doi.org/10.1787/3d174fdf-en.

allentare eccessivamente l'applicazione delle regole di concorrenza, proponendo invero aggiustamenti più incisivi.

È auspicabile che il futuro riservi una prospettiva più inclusiva, con metodologie di calcolo dei benefici ambientali più precise e chiare per una autovalutazione da parte delle imprese e per le stesse autorità, nonché strumenti più flessibili ed incentivanti, eventualmente anche ripensando al concetto di benessere del consumatore ed altri istituti di concorrenza, per riflettere le sfide e le opportunità di un'economia sostenibile[81].

Questo sembra essere il più recente indirizzo della Commissione europea. Come enunciato nel 2024 nella comunicazione sul mercato rilevante, «[l]a politica di concorrenza […] può integrare il quadro normativo dell'Unione in materia di sostenibilità ambientale, tenendo conto dei fattori di sostenibilità in misura pertinente per l'analisi della concorrenza, anche nell'ambito della definizione del mercato»[82]. Nel documento, si legge che la Commissione, nel definire il mercato rilevante, terrà in considerazione «i vari parametri della concorrenza che i clienti considerano pertinenti nel settore e nel periodo valutati. Tali parametri possono contemplare il prezzo del prodotto, ma anche il suo grado di innovazione, la sua qualità sotto vari aspetti quali, ad esempio, la sostenibilità […]»[83].

Dello stesso segno, nella bozza delle Linee direttrici sull'abuso di posizione dominante escludente ai sensi dell'articolo 102 del TFUE[84], si afferma che «Una concorrenza effettiva […] promuove inoltre l'innovazione e garantisce un'allocazione efficiente delle risorse, favorendo in tal modo lo sviluppo sostenibile»[85]. Si precisa altresì che «nel termine "qualità"» riferito ai vari parametri di concorrenza «dovrebbero rientrare tutti i vari aspetti relativi alla qualità di un dato prodotto, quali la sostenibilità, l'uso efficiente delle risorse […]»[86].

[81] Gli A. Stylianou e Iacovides, analizzando i nuovi obiettivi del diritto della concorrenza, sostengono che la sostenibilità ambientale sia uno degli obiettivi più recenti, analizzandone la sua ascesa come obiettivo sulla base di una analisi empirica condotta su sentenze, decisioni e orientamenti politici della Commissione europea. Cfr. M. C. IACOVIDES, K. STYLIANOU, *The new goals of EU competition law: sustainability, labour rights, and privacy*, in *ELO*, n. 3, 2024, pp. 587-616.

[82] Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, C/2024/1645, par. 3.

[83] *Ivi*, par. 15.

[84] Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, in fase di consultazione.

[85] *Ivi*, par. 1.

[86] *Ivi*, nota 4.

Conformemente a quanto stabilito dai Trattati, il diritto della concorrenza non rappresenta un fine a sé stante, bensì uno strumento al servizio della realizzazione degli obiettivi generali dell'Unione, tra i quali figura oggi, con particolare merito, la tutela dell'ambiente.

La sfida è dunque quella di continuare a tradurre il valore pubblico della sostenibilità in parametri compatibili con il diritto della concorrenza, senza snaturarne la funzione, ma ampliandone l'efficacia nell'affrontare le sfide della transizione ecologica.

Abstract (ita)

Il contributo esplora il rapporto tra diritto della concorrenza e sostenibilità ambientale nell'ordinamento europeo, alla luce delle recenti Linee direttrici della Commissione europea del 2023 sugli accordi di cooperazione orizzontale. A fronte degli imperativi ambientali dei Trattati che impongono una revisione degli strumenti giuridici esistenti, l'articolo si interroga sulla possibilità di includere i benefici ambientali nella disciplina delle intese tra imprese concorrenti ai sensi dell'articolo 101 TFUE, in particolare attraverso il meccanismo di esenzione previsto dal paragrafo 3. Le nuove Linee direttrici, che reintroducono un capitolo dedicato ai cd. accordi di sostenibilità ambientale, rappresentano un passo significativo verso una maggiore apertura dell'enforcement antitrust alle istanze ambientali, contribuendo a ridurre l'incertezza giuridica e a orientare le imprese verso pratiche collaborative sostenibili. Tuttavia, esse non operano un ripensamento strutturale del paradigma concorrenziale dominante, limitando il riconoscimento di determinate tipologie di benefici ambientali. L'articolo propone una riflessione critica sull'adeguatezza di tale impianto rispetto alle sfide poste dalla sostenibilità ambientale.

Abstract (eng)

This article explores the relationship between competition law and environmental sustainability within the European legal framework, in light of the European Commission's 2023 revision of the Horizontal Guidelines. In view of the environmental imperatives enshrined in the Treaties, which require a systematic reconsideration of existing legal instruments, the paper examines the extent to which environmental benefits can be integrated into the legal assessment of agreements between competing undertakings under Article 101 TFEU, particularly through the exemption mechanism provided in paragraph 3. The new Guidelines, which reintroduce a dedicated chapter on so-called sustainability agreements, constitute a significant step towards greater openness of antitrust enforcement to environmental considerations. They contribute to reducing legal uncertainty and provide guidance for undertakings seeking to engage in collaborative practices aligned with sustainability objectives. However, the revision does not amount to a structural rethinking of the prevailing competition paradigm, thus hindering the recognition of certain categories of environmental benefits. The article offers a critical reflection on the adequacy of this framework in addressing the challenges posed by environmental sustainability within the context of EU competition law.

I PIANIFICATORI ALL'APPELLO DELLA SOSTENIBILITÀ: LA MOBILITÀ URBANA SOSTENIBILE

Andrea Profeta*

SOMMARIO: 1. Alla base dell'aspetto delle nostre città: l'interazione tra uomo e territorio. – 2. Mobilità e pianificazione urbana: interdipendenza e sostenibilità. – 3. L'approccio europeo alla mobilità urbana sostenibile. – 4. Le città come laboratorio della sostenibilità: centralità territoriale e governance multilivello. – 5. La sussidiarietà nella mobilità urbana sostenibile: i piani urbani di mobilità urbana sostenibile. – 6. I pianificatori (dei PUMS) alla prova dei fatti. – 7. Conclusioni. Gli enti territoriali, ossia i "pianificatori", e la nuova geografia istituzionale della sostenibilità.

1. *Alla base dell'aspetto delle nostre città: l'interazione tra uomo e territorio*

«Se pianifichiamo le città per auto e traffico, avremo auto e traffico. se le pianifichiamo per le persone e i luoghi, avremo persone e luoghi»[1]. La mobilità[2] e la pianificazione urbanistica, ossia quella disciplina che regola l'utilizzo del territorio e organizza lo sviluppo delle attività umane su di esso, costituiscono fattori interdipendenti[3]. Per spiegare l'anzidetto rapporto è

* Dottorando in "*Profili giuridici nella mobilità sostenibile nell'UE*", Università degli Studi del Sannio di Benevento.

[1] La citazione appartiene a F. KENT, urbanista e fondatore di *Project for Public Spaces*, un'organizzazione dedicata alla promozione degli spazi pubblici e della pianificazione urbana centrata sulle persone.

[2] Sul punto, si vedano: C. AMATO, *Il diritto alla mobilità: riequilibrio territoriale, mobilità sostenibile e inclusione sociale nelle strategie di rigenerazione urbana*, Roma, 2021; L. AMMANNATI, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *federalismi.it*, n. 4, 2018, pp. 1-28. Per una prospettiva diacronica sul tema oggetto d'indagine: E. BELLONI, *L'azione del Consiglio dei comuni d'Europa per una mobilità urbana sostenibile (1951-1992)*, in *Le Carte e la Storia*, 2019, pp. 111-122; E. BELLONI, S. MAGGI (a cura di), *Muoversi domani: verso una mobilità più sostenibile*, Milano, 2022; E. GUARNIERI, *Città, trasporto pubblico locale e infrastrutture nella stagione della mobilità sostenibile: la sinergia dell'insieme*, *in federalismi.it*, n. 16, 2022, pp. 151-200; I. VINCI, *Mobilità condivisa e processi di sviluppo sostenibile nelle città: le questioni aperte e gli spazi per le politiche pubbliche*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2020, pp. 173-186.

[3] P. STELLA RICHTER, *Piani del traffico e piani urbanistici*, in *GC*, 1989, p. 353 ss.

necessario interrogarsi in ordine a cosa determina l'aspetto delle nostre città. Le città sono manifestazione dell'interazione tra l'uomo e territorio, in quanto traducono in forma concreta i bisogni della collettività. Lo sviluppo urbano, ossia il fenomeno alla base dell'aspetto delle città, è dunque guidato dalle esigenze contingenti della popolazione insediata su un determinato territorio. Pertanto, lo sviluppo delle città esprime come le città reagiscono alle sfide sociali ed economiche che, di volta in volta, la società è chiamata ad affrontare. Alla base dell'aspetto delle città c'è quindi un rapporto di causa-effetto, bisogno-soddisfazione del bisogno. Questo è quanto può trarsi osservando – per sommi capi e senza pretesa di esaustività – le diverse fasi di sviluppo della pianificazione urbanistica nostrana.

In particolare, all'alba della pianificazione urbanistica, dunque il periodo che va dal secondo dopo-guerra fino agli inizi degli anni Sessanta, periodo della ricostruzione post-bellica e della crescita urbana, si assiste ad una progressiva crescita demografica alla quale si accompagnano importanti processi di inurbamento, di confluenza di sempre maggior popolazione nei centri urbani, alla luce dell'industrializzazione che li rende protagonisti. Per l'effetto, in tale contesto lo sviluppo urbano è stato chiamato a soddisfare prioritariamente il crescente fabbisogno abitativo delle – e nelle – città. La soddisfazione di detta "fame di residenze" avviene a detrimento degli interessi cd. sensibili, in particolare ambientali e paesaggistici.

Per via dell'inurbamento le città dilatano notevolmente la loro estensione. Se non che, in assenza di idonei strumenti di governo del territorio, questa espansione urbana è incontrollata, oltre che contraddistinta da fenomeni di speculazione edilizia. Tutto ciò è tra i fattori alla base di importanti disastri idrogeologici. Conseguentemente, a partire dalla seconda metà degli anni 60, i pianificatori sono costretti ad una rimeditazione dell'approccio urbanistico. Ragion per cui, gli strumenti di governo del territorio divengono luogo di sintesi degli interessi espressi dalle città, quindi deputati a curare anche le esigenze di carattere socio-economico della popolazione, fino a quel momento estromesse dal relativo cono visuale.

Conclusasi la stagione dell'industrializzazione e inaugurata quella diametralmente opposta, le città assistono ad un deflusso della popolazione, ragion per cui i centri urbani iniziano a svuotarsi. Le città, dapprima al centro della vita produttiva, subiscono processi di degradazione. L'urbanistica durante questa fase "volta le spalle all'espansione", convergendo verso la trasformazione del patrimonio edilizio esistente. La pianificazione delle città inizia dunque a fare i conti con le esigenze di protezione ambientale.

2. *Mobilità e pianificazione urbana: interdipendenza e sostenibilità*

Si approda così nell'attuale contesto, in cui la lotta al cambiamento climatico – ritenuta non più differibile – ha imposto un mutamento paradigmatico della pianificazione delle città[4] e, a cascata, anche sulla mobilità urbana[5]. Nella specie, al fine di combattere il cambiamento climatico, nel 2015 l'Unione europea – oltreché gli Stati membri in nome e conto proprio – hanno sottoscritto l'Accordo di Parigi[6]. Con esso i contraenti si sono vincolati, onde prevenire le conseguenze catastrofiche del cambiamento climatico, a limitare il riscaldamento globale al di sotto di 2°C rispetto al periodo preindustriale. Più nello specifico, i contraenti si sono formalmente impegnati a

[4] E. CARLONI, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4, 2015, pp. 865-894.

[5] Sul tema: G. ALLWOOD, *Mainstreaming Gender and Climate Change to Achieve a Just Transition to a Climate-Neutral Europe*, in *JCMS*, 2020, pp. 173-186; G. ASARO, M. FISICARO, *Il "Green Deal" europeo (febbraio-marzo 2020)*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020, pp. 655-663; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il "Green New Deal". Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2022, pp. 297-327; A. BONGARDT, F. TORRES, *The European Green Deal: More than an Exit Strategy to the Pandemic Crisis, a Building Block of a Sustainable European Economic Model*, in *JCMS*, vol. 60, n. 1, 2022, pp. 170-185; E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del "Green Deal" e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2021, pp. 130-148; P. CUCUMILE, *Il "Green Deal" europeo*, in *ambientediritto.it*, n. 1, 2021, pp. 391-427; F. DONATI, *Il "Green Deal" e la "governance" europea dell'energia e del clima*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2022, pp. 13-24; C. D'ORTA, *"Green Deal" 2030 un progetto per garantire sostenibilità e promuovere un «ambientalismo maturo»*, in *Comparazione e diritto civile*, 2021, pp. 99-147; S. ECKERT, *The European Green Deal and the EU's Regulatory Power in Times of Crisis*, in *JCMS*, 2021, pp. 81-91.; M. FALCONE, *Il "Green Deal" europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *SIE*, n. 2, 2020, pp. 379-394; F. GASPARI, *La regolazione della mobilità urbana sostenibile e i limiti del "Green Deal" dell'Unione europea. Ovvero, il ruolo dello Stato all'alba della post-globalizzazione*, in *Munus*, 2020, pp. 67-109; A. GIORGI, *Substantiating or Formalizing the Green Deal Process? The Proposal for a European Climate Law*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 1, 2021, pp. 14-28; L. LIONELLO, *Il "Green Deal" europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *JusOnline*, 2020, pp. 105-142; P. PINTO, *Il "Green Deal": un modello europeo di sostenibilità?*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, n. 3, 2020, pp. 341-353; J. VAN ZEBEN, *The European Green Deal: The future of a polycentric Europe?*, in *ELJ*, 2020, pp. 300- 318; I. VON HOMEYER, S. OBERTHÜR, C. DUPONT, *Implementing the European Green Deal during the Evolving Energy Crisis*, in *JCMS*, 2022, pp. 125–136; P. WRIGLEY, *Green Transport: a Sustainable Approach*, New York, 2018.

[6] Accordo di Parigi, firmato il 12 dicembre 2015 ed entrato in vigore il 4 novembre 2016.

tradurre gli obiettivi prefissati dall'Accordo in misure concrete, attraverso la fissazione dei cd. "NDC" (*Nationally determined contributions*). Essendosi avuta la sottoscrizione in forma individuale-statale e collettiva-unionale, l'Unione europea e gli Stati membri agiscono quale unico *player*, sicché i rispettivi obiettivi sono fissati unitariamente a livello sovranazionale. A questo scopo, nel corso del 2021 è stata approvata la Legge europea sul clima[7], che ha tradotto in un vincolo giuridicamente vincolante l'obiettivo politico di raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050.

La lotta contro il cambiamento climatico – oggi dunque al centro dell'Agenda dell'Unione europea – si è quindi scontrata con un dato. I centri urbani costituiscono centri di convergenza delle attività dei cittadini. Nel corso del tempo si è assistito ad un incremento demografico. L'incremento demografico ha comportato un'espansione urbana. Centri urbani più ampi hanno dato luogo ad un sempre maggiore utilizzo delle automobili, *trend* quest'ultimo già di per sé prevalente rispetto al ricorso ai servizi di trasporto pubblico locale. In sostanza, l'estensione del perimetro delle città ha reso e rende tutt'oggi imprescindibile, e sempre più impellente, il ricorso ai mezzi di trasporto. Se non che, la mobilità urbana ha un rilevante sul territorio. Gli strumenti di mobilità – e le infrastrutture necessarie – consumano il territorio. In particolare, è stimato che le infrastrutture della mobilità – ossia: strade, parcheggi, ferrovie – occupano più della metà della superficie urbana[8]. Ciò non ha solo e semplicemente un impatto (negativo) sul territorio, inteso come aggregazione delle componenti naturali, e dunque sul clima, ma influisce anche sulla qualità di vita dei cittadini. Il tempo di percorrenza necessario per spostarsi da un luogo all'altro è tempo che ci viene sottratto da altre attività ed anche il tempo – ancorché immateriale – costituisce una risorsa, limitata. Oltre ad avere un impatto ambientale, quindi, la mobilità ha un impatto sociale.

Occorre dunque ribadire il *refrain* posto a premessa della presente analisi: pianificazione urbana e mobilità costituiscono variabili interdipendenti che, in quanto tali, si condizionano vicendevolmente, il che può dar luogo a fenomeni circolari virtuosi o negativi. A realizzare i primi – o, quantomeno,

[7] Regolamento UE 2021/1119, 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»). M. FALCONE, *op. cit.*, pp. 379-394; S. ECKERT, *op. cit.*, pp. 81-91; E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale?*, cit., pp. 130-148.

[8] Report SNPA n. 22/2021, Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici.

ad arrestare gli effetti esiziali dei secondi – mira la lotta climatica. Per mano di quest'ultima la pianificazione urbana e la mobilità – congiuntamente, sotto la forma della mobilità urbana – sono state calate nel prisma dello sviluppo sostenibile[9], rispondendo a tale definizione solo quello che «[…] soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri»[10]. Per l'appunto, alla mobilità è per imputato un concorso causale rilevante nell'inquinamento. Pertanto, il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità è mediato, oltre dalla rimeditazione della mobilità in chiave sostenibile, anche dalla riconfigurazione dell'approccio in materia di mobilità urbana, che riveste quindi il ruolo di perno nel processo di cambiamento – in meglio – delle città.

3. *L'approccio europeo alla mobilità urbana sostenibile*

Per via del percorso virtuoso, e dunque evolutivo, delineato a livello sovranazionale, la disciplina del governo del territorio, da sempre orientata dagli interessi strettamente locali in ossequio alla normativa statale e sottordinata, è stata permeata da interessi di rango sovranazionale, declinati attraverso gli obiettivi di sostenibilità. Pertanto, tanto sono ambiziosi gli obiettivi prefissati a livello sovranazionale tanto deve essere ampio ed incisivo l'intervento a livello locale. Decongestionare i centri urbani, migliorandone l'impatto climatico, così migliorando la qualità di vita dei cittadini, presuppone quindi un approccio olistico ed integrato, che non può di certo lasciar fuori il livello più prossimo al cittadino, che è quello che si occupa di modellare l'aspetto della città. Per queste ragioni, l'approccio europeo in materia di mobilità urbana sostenibile non ha fatto il proprio ingresso nell'Agenda europea con gli Accordi di Parigi del 2015, essendo al contrario una tematica a lungo dibattuta in questo ambito.

Ed infatti, addirittura nel 1975 fu celebrata la Conferenza «Better Towns with less traffic» all'espresso scopo di facilitare la diffusione tra gli Stati Membri delle prassi nella politica dei trasporti urbani «per migliorare la situazione ambientale e facilitare l'accesso alle agglomerazioni (ndr,

[9] T. BONETTI, *Il trasporto pubblico locale nel prisma della mobilità sostenibile*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2020, pp. 563-590.

[10] Rapporto delle Commissione mondiale Ambiente e Sviluppo delle Nazioni Unite del 1987 sul futuro di tutti noi.

agglomerati urbani)»[11]. Le conclusioni rassegnate a valle della conclusione della Conferenza sono di assoluta attualità: da un lato la presa d'atto che l'aumento dell'utilizzo delle automobili negli Stati Membri ha contribuito in modo significativo all'espansione economica e al miglioramento dei livelli di vita dei cittadini, dall'altro quella che, segnatamente nei centri residenziali, la concentrazione dell'uso dei veicoli a motore comporta una deteriorazione della qualità di vita dei cittadini e ostacola altre forme di circolazione urbana (quelle dei pedoni, delle biciclette e dei trasporti collettivi) da cui dipende la maggior parte delle persone in molti paesi. Corrispettivamente, il traguardo all'epoca fissato è stato quello di modificare l'approccio statale rispetto alle politiche urbane e di mobilità, concentrandosi sul riportare le città «[…] a dimensioni umane […]», piuttosto che sulla circolazione delle automobili. Le leve adottate a questi fini sono state innanzitutto le misure di disincentivazione all'utilizzo delle automobili, quali la tassazione del parcheggio, l'istituzione di cordoni di circolazione e di zone a traffico limitato. In via complementare, l'incentivazione al ricorso delle forme alternative di trasporto, innanzitutto attraverso il miglioramento dell'efficacia e della qualità dei rispettivi servizi. È altresì da tenere in debita considerazione che, benché risalenti, siffatte conclusioni già enfatizzavano la necessità che le richiamate misure di incentivazione (delle forme di trasporto alternative) e disincentivazione (del ricorso all'automobile) venissero concepite come un insieme di misure integrate, da inserire in una strategia urbana globale che tenesse conto degli effetti sia di breve che di lungo termine.

Tali auspici sono stati bissati dalla Commissione con il Libro Verde sull'ambiente urbano del 1990[12]. Alla base, il rilievo che la competenza in materia di tutela ambientale espressamente attribuito alla Comunità da parte dell'art. 130r, del Trattato così come modificato dall'Atto Unico Europeo, non poteva trascurare le aree urbane[13]. Del pari, il Libro Verde mette al centro dell'attenzione delle azioni in materia la necessità di un approccio integrato multilivello.

Sulla scia dei predetti atti atipici, la Commissione ha successivamente adottato la Comunicazione «Towards an urban agenda in the European

[11] Si vedano le conclusioni rassegnate all'esito della Conferenza, dell'aprile del 1975.

[12] Comunicazione della Commissione, del 25 luglio 1990, dal titolo "Libro verde sull'ambiente urbano", COM (90) 218def.

[13] In particolare, per dare sostanza alle nuove competenze in materia ambientale, la Commissione adottò il Progetto di risoluzione, del 15 ottobre 1986, sulla continuazione e l'attuazione della politica della Comunità europea e del programma d'azione in materia ambientale. COM (86) 485def.

Union» del 1997, onde porre rimedio alla frammentarietà dei pregressi sforzi e per affermare il ruolo delle città come luogo dell'integrazione sociale e culturale, della prosperità economica e dello sviluppo sostenibile[14]. L'impostazione alle base non è stata tuttavia quella di sviluppare una politica urbana europea, che sarebbe stata tutt'altro che rispondente al principio di prossimità e di sussidiarietà, quanto piuttosto quella di tracciare soluzioni condivise da implementare a livello coordinato. A fare da bussola allo sviluppo urbano così tratteggiato dalla Commissione è dunque stato lo sviluppo sostenibile, oggi protagonista, *illo tempore* attore emergente. Le direttrici che si diramano a ventaglio per tale sviluppo urbano, da implementare secondo un approccio *bottom-up*, passano dall'impiego di strumenti per una pianificazione urbana sostenibile, allo sviluppo delle Reti TEN-T, come misura per assicurare un efficiente accesso al trasporto e un impiego delle risorse che produca il massimo beneficio in termini ambientali, di impiego ed industriali, così come dell'intermodalità tra le modalità di trasporto.

Una simile digressione permette di affermare che lo sforzo europeo in materia di mobilità urbana sostenibile, seppur timido, dato il carattere non vincolante degli atti susseguitisi nel tempo, è comunque risalente e costante. Per altro, si tratta di un impegno che è stato rinvigorito dall'Unione all'indomani della sottoscrizione del Trattato di Lisbona[15], a partire dal quale la Commissione ha avviato un processo di consultazione volto ad un ripensamento – locale, regionale, nazionale ed europeo – della mobilità urbana.

Al centro di quest'ultimo, l'espresso convincimento, dichiarato nel Libro Verde «per una nuova cultura della mobilità urbana» del 2007, che «[…] L'Unione europea deve svolgere un ruolo trainante per motivare al cambiamento, senza imporre dall'alto soluzioni che potrebbero risultare inadatte alle differenti situazioni locali […]»[16]. Il rispettivo punto di partenza: la centralità del ruolo svolto dai centri urbani, data la popolazione ivi residente e il PIL ivi prodotto; le problematiche poste dal traffico, quali l'inquinamento atmosferico, acustico ed i suoi costi sociali. Al fianco di questa considerazione, quella che vede gli enti locali incapaci da soli di far fronte a simili problemi, avente come corollario il rilancio dell'approccio multilivello, con

[14] Comunicazione della Commissione, del 6 giugno 1997, Verso un'agenda urbana nell'Unione europea, COM (97) 197def.

[15] Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

[16] Libro Verde della Commissione, del 25 settembre 2007, Verso una nuova cultura della mobilità urbana, COM (2007) 551def.

l'Unione come catalizzatore, mettendo al servizio dei livelli inferiori il proprio potenziale di proposta e mobilitazione al servizio delle politiche attuate sul piano locale. In sostanza, l'approccio costruttivo della Commissione, oggi come allora, pur nella consapevolezza della pregnanza ed indifferibilità delle problematiche da affrontare, è stato informato al rispetto del principio di sussidiarietà presidiato dall'art. 5, par. 2, TUE, nonché a quello di prossimità, ai sensi dell'art. 10, par. 3, TUE, lasciando quindi agli enti locali il "pallino del gioco".

4. *Le città come laboratorio della sostenibilità: centralità territoriale e governance multilivello*

Le città rappresentano il "banco di prova" in cui vengono – eventualmente – tradotti in concreto i principi oltre che le strategie europee in materia di sostenibilità, coesione e diritti dei cittadini. Ragion per cui discorrere di mobilità urbana sostenibile presuppone che ci si soffermi (seppur senza pretese di esaustività) sul ruolo rivestito dalle città nel percorso d'implementazione delle politiche di mobilità sostenibile.

Si può sin da subito osservare che, data la relativa centralità territoriale, funzionale e democratica, le città non possono essere dunque considerate alla stregua di meri beneficiari delle politiche dell'Unione, assurgendo – viceversa – a soggetti attivi nella rispettiva formulazione ed attuazione. Ed in effetti, in ambito europeo si guarda alle città come fulcro strategico per le politiche pubbliche almeno sin dall'adozione del Libro verde sull'ambiente urbano del 1990[17]. In particolare, l'appena citato Libro verde del 1990 è sintomatico della consapevolezza delle istituzioni europee che, dinnanzi agli obiettivi politici dell'UE, le città sono causa e – al tempo stesso – risorsa. Difatti, in queste ultime si condensano sia fattori di degrado – economico, sociale ed ambientale – sia le principali occasioni per il miglioramento della qualità della vita dei cittadini europei. Quanto a quest'ultimo profilo, le città sono il riflesso della qualità stessa della civiltà europea, misurata in termini di efficienza economica, sviluppo scientifico ed inclusione sociale; in quanto tali, esse sono finanche nodali nel perseguimento degli obiettivi di coesione sociale nel quadro dell'azione dell'Unione europea. Le città, altresì, assurgono a motore dell'economia europea, giacché consentono all'UE di mantenere una posizione di forza nell'economia e, al tempo stesso, di sviluppare

[17] COM (90) 218def., cit.

le condizioni necessarie per creare occupazione, risolvere i problemi ambientali e offrire a tutti i cittadini un elevato livello di qualità della vita[18]. D'altra parte, non può essere trascurato che è proprio sulle città che riverberano le disparità economiche e infrastrutturali sussistenti a livello regionale. Nella loro diversità e specificità, le città rappresentano per altro una fondamentale componente della civiltà europea[19]. Esse, infatti, non rispondono ad un modello unico: le differenze tra i vari Stati membri, riguardo le tradizioni, la cultura, l'andamento economico, i sistemi giuridici e istituzionali e le politiche statali influiscono in modo considerevole sul loro aspetto. Avendo un aspetto ed una conformazione eterogenee è parimenti mutevole il concreto atteggiarsi delle sfide che i pianificatori si trovano ad affrontare. La capacità delle città di affrontare le sfide poste sul cammino del loro sviluppo, però, non dipende solo da quest'ultimo aspetto, ma finanche dalla qualità amministrativa degli stessi pianificatori.

V'è, tuttavia, un dato: a prescindere dalle rispettive diversità, il minimo comun denominatore da cui le città d'Europa erano e sono tutt'oggi avvinte è, per l'appunto, quello dello sviluppo urbano sostenibile. In forza di quest'ultimo, le città sono chiamate a coniugare, ed integrare tra loro, obiettivi di prosperità economica ed occupazionale, integrazione sociale e, soprattutto, quello di tutela ambientale; per l'appunto, questi enucleati, costituenti tutti differenti declinazioni del principio di sostenibilità, che sottende ovviamente anche il perseguimento degli obiettivi in materia di mobilità sostenibile.

Pertanto, attorno alle città gravitano le strategie di sostenibilità ambientale dell'Unione europea, tant'è che, in occasione dei lavoratori preparatori del Trattato di Maastricht si tentò di istituire una specifica competenza dell'Unione europea relativa alle aree urbane; benché tale tentativo non abbia poi avuto successo[20]. Anche per questo, *obtorto collo*, la successiva azione dell'Unione europea in materia è stata scandita attraverso atti di *soft law* (come meglio si illustrerà nel seguito di trattazione). In tal contesto, dunque, l'Unione europea ha riconosciuto che, la responsabilità dell'intervento in materia spetta – in prima istanza – agli Stati membri e agli enti locali e

[18] *Ivi*.

[19] Comunicazione della Commissione, del 28 ottobre 1998, Quadro d'azione per uno sviluppo urbano sostenibile nell'Unione europea, COM (1998) 605def.

[20] L. GRAZI (a cura di), *Le città e l'Unione europea. La dimensione urbana tra percorsi storici e dinamiche di europeizzazione*, Bologna, 2012, p. 135.

regionali[21]. Non per questo, però, l'Unione europea si è spogliata del potere di intervenire in materia. Anzi, si può affermare che – almeno a titolo meramente programmatico – l'Unione europea ha inteso rafforzare lo sforzo in materia di sostenibilità urbana. Infatti, a monte è stata innanzitutto avvertita l'esigenza di garantire, nelle città, l'uniforme applicazione delle disposizioni sovranazionali in materia di tutela dell'ambiente, della qualità della vita e della salute dei rispettivi abitanti. Del resto, i problemi ambientali che affliggono le zone urbane (ad esempio, l'inquinamento atmosferico) non conoscono confini geografici né politici né compartimenti stagni di tipo amministrativo e geografico, sicché travalicano – senza problema alcuno – i confini locali, regionali e nazionali. In sostanza, per forza di cose, problematiche di tal fatta non possono essere risolte efficacemente dagli enti territoriali senza l'intervento dell'Unione europea, che è dunque irrinunciabile. Inoltre, considerata la rilevanza nodale dei centri urbani in rapporto agli obiettivi di sostenibilità ambientale, dall'attenzione dedicata alle città dipende anche il rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'Unione europea in materia[22]

In ossequio ai principi di sussidiarietà, sancito dall'art. 5, par. 3, TUE, e di prossimità, enunciato dall'art. 10, par. 3, TUE, la cui somma è sintetizzata nell'esigenza che le decisioni siano adottate dal livello di governo più vicino ai cittadini, a condizione che quest'ultimo sia effettivamente in grado di agire con efficacia, l'Unione europea, in materia, si è votata ad un ruolo di comprimaria, dedicandosi alla promozione della cooperazione tra gli altri attori istituzionali e alla creazione di omologhe reti nell'ambito delle diverse politiche settorialmente incidenti sullo sviluppo urbano (ambiente, trasporti, coesione economica e sociale). Pur tuttavia, non per questo l'Unione europea ha abdicato alla rivendicazione che «[…] Un più esplicito riconoscimento della dimensione urbana in queste attività e un miglior

[21] COM (97) 197def., cit., p. 16.

[22] Si veda, in tal senso, la Dichiarazione di Stoccolma del 1972, che espresse il principio per cui la tutela dell'ambiente presuppone un approccio integrato e coordinato, riguardante anche la pianificazione urbana. Inoltre, il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP), istituito in seguito alla Conferenza di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano, rappresenta la prima organizzazione internazionale che si prefigge lo scopo di tutelare l'ambiente e l'uso sostenibile delle risorse naturali. Nel 1982 l'UNEP ha redatto la *World Soil Policy*, in cui viene ribadita l'assoluta necessità di un uso razionale del territorio da parte degli Stati. Allo stesso modo, i principi a Stoccolma sono confluiti nelle Conferenze internazionali sugli insediamenti urbani, cd. Habitat I, II e III, in occasione delle quali è stata propugnato lo sviluppo urbano fondato sul miglioramento della qualità della vita e sulla sviluppo sostenibile.

coordinamento potrebbero aumentarne la rilevanza e la sinergia per uno sviluppo urbano sostenibile»[23].

Il riverbero di quanto appena osservato è che, nell'ambito delle politiche di sostenibilità urbana, il progetto di sostenibilità tracciato, innanzitutto, sul piano internazionale trova sostanza per mano degli Stati membri e degli enti territoriali che lo compongono, mediante un approccio integrato che deve saper coniugare trasversalmente le politiche ambientali, sociali ed economiche. Proprio per questo il governo della città rappresenta un terreno scosceso per coloro i quali sono deputati ad amministrarla: molti dei problemi tipici delle zone urbane sono pluridimensionali e, in quanto tali, si condizionano vicendevolmente. In altri termini, le azioni adottate in un determinato settore non esauriscono i propri effetti in quest'ultimo, ben potendo – invece – propagare le proprie esternalità – negative e positive – negli altri settori. È quindi manifesta, dinnanzi a tale complessità, l'ontologica inidoneità delle tradizionali politiche di governo urbano, tacciate di eccessivo riduzionismo, in quanto contrassegnate da un approccio di tipo settoriale – a problemi specifici, soluzioni altrettanto specifiche. Si tentava di far fronte ad una sfida di dimensioni globali – *id est*, in questo caso, la lotta al mutamento climatico – riducendo al minimo, solo sul piano concettuale, le interazioni tra i differenti settori che gemmano dal governo delle città, se non proprio assoggettando i rispettivi rapporti di interdipendenza a mere soluzioni gerarchiche[24].

Tuttavia la complessità non può essere compressa: un sistema, infatti, non si riduce alla semplice somma delle sue parti, sicché il raggiungimento di risultati concreti nell'affrontare fenomeni complessi – come quello in analisi – dipende dalla capacità di pensare e agire in modo integrato, su più livelli, e in modo coordinato, sia a scala locale che globale[25].

Proiettando le suddette coordinate logico-giuridiche sul coordinamento istituzionale nella materia d'interesse, l'Unione europea è incaricata del compito di rafforzare la capacità delle autorità locali di affrontare in modo efficace le sfide urbane, evitando – in questo senso – che le normative o le prassi di rango sovranazionale possano ostacolare una gestione territoriale coerente e funzionale. D'altronde, tale approccio risulta vieppiù

[23] COM (1998) 605def., cit., p. 10.

[24] M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in L. URBANI ULIVI (a cura di), *Strutture di mondo*, Bologna, 2015, p. 229.

[25] E. MORIN, *Restricted Complexity, General Complexity*, in *webarchive.southampton.ac.uk*, 2006, pp. 7-11.

imprescindibile stante il fatto che politiche settoriali eccessivamente rigide, unitamente ad una distribuzione frammentata delle competenze tra i vari livelli istituzionali, sarebbero d'ostacolo all'effettivo perseguimento degli obiettivi. In tal modo, infatti, verrebbe indebolita l'autonomia operativa degli enti locali e, altresì, compromessa la loro capacità di elaborare e attuare risposte efficaci, tempestive e coerenti alle specifiche esigenze dei territori. Conseguentemente, in questa misura, all'Unione come agli Stati membri è richiesto di agire da catalizzatori affinché, tramite una più stretta cooperazione tra i soggetti *ratione materiae* competenti a livello locale, si pervenga ad un'integrazione a livello verticale – quindi tra i diversi livelli amministrativi – nonché a livello orizzontale – ossia tra i diversi campi di azione[26].

In questo contesto, i pianificatori si ergono ad attori protagonisti non solo in fase di attuazione delle politiche sovranazionali, ma – anche e soprattutto – in quella di elaborazione delle stesse. In particolare, è il Comitato delle Regioni lo strumento istituzionale attraverso cui le città (e le regioni) prendono formalmente parte al processo decisionale europeo, seppur limitatamente alle determinazioni che – riguardando materie come la sanità, l'istruzione, l'occupazione, la politica sociale, la coesione economica e sociale, i trasporti, l'energia e i cambiamenti climatici – incidono sulla rispettiva sfera di attribuzioni. È proprio il Comitato delle Regioni ad aver propugnato, con la "Carta della governance multilivello in Europa", la tesi della governance multilivello quale struttura necessaria: nessun livello di governo può – se da solo – rispondere efficacemente alle sfide complesse poste dalle dinamiche – soprattutto ambientali – europee[27]. Nelle intenzioni del Comitato delle Regioni, quindi, dovrebbe essere "istituzionalizzata" una forma di stabile collegamento tra le regioni e città di tutta Europa, dando così vita ad un partenariato fondato sull'azione coordinata dell'Unione europea, degli Stati membri e degli enti regionali e locali. Tale cooperazione dovrebbe quindi basarsi sui principi di sussidiarietà e proporzionalità ed essere orientata alla definizione e all'attuazione congiunta delle politiche europee attraverso meccanismi operativi precisi. In via complementare, a tale cooperazione, dovrebbe affiancarsi una sinergia multiattoriale volta a coinvolgere attivamente anche le parti sociali, le università, le ONG e i gruppi rappresentativi della società civile.

È proprio a questo paradigma che si deve ascrivere il Patto di

[26] COM (1998) 605def., cit., p. 10.

[27] Risoluzione 2014/C 174/01, consultabile al seguente link: www.eur-lex.europa.eu/legalcontent/ IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XR1728.

Amsterdam del 2016[28], che ha istituito l'Agenda Urbana per l'Unione europea, con cui è stato cristallizzato il ruolo – cruciale – delle città nell'arco del processo di elaborazione, attuazione e monitoraggio delle politiche europee. Segnatamente, il Patto citato ha sancito – o meglio, alla luce degli auspici della Carta della governance multilivello, ribadito – il principio per cui le sfide urbane presuppongono un approccio integrato e multilivello, per mezzo di partenariati tematici tra città, Stati membri, Commissione europea e portatori d'interesse. L'Agenda urbana dell'UE rappresenta una declinazione concreta del progetto di cooperazione strutturata anelato dalla Carta della governance multilivello, costituendo uno strumento operativo per rafforzare il ruolo delle città come interlocutori attivi – e non subordinati – nel processo di costruzione delle politiche europee.

5. *La sussidiarietà nella mobilità urbana sostenibile: i piani urbani di mobilità urbana sostenibile*

Il percorso evolutivo intrapreso in materia di mobilità urbana sostenibile ha dunque tentato progressivamente di individuare gli strumenti per affrontare, in maniera efficace nonché, non meno importante, ossequiosa dei principi di sussidiarietà e prossimità, le sfide sul relativo percorso. In questo quadro, i piani urbani di mobilità sostenibile rappresentano una novità assoluta rispetto all'approccio tradizionale alla gestione dei trasporti, considerato che in siffatto strumento trovano sintesi gli interessi convergenti di decongestionamento delle città, tutela dell'ambiente, perseguimento del benessere dei cittadini e di inclusione sociale.

Nella specie, i piani urbani di mobilità sostenibile costituiscono la risultante della Strategia europea per l'ambiente urbano, elaborata a partire dal 2004, con cui l'Unione ha inteso rafforzare e rendere maggiormente incisivo il contributo della politica ambientale allo sviluppo sostenibile delle zone

[28] Il Patto di Amsterdam, sottoscritto il 30 maggio 2016 dai ministri europei competenti per le politiche urbane con la partecipazione della Commissione europea, delle altre istituzioni e delle città, ha sancito l'avvio dell'Agenda Urbana dell'Unione europea. Il Patto definisce una cornice comune per affrontare le principali sfide urbane attraverso 12 partenariati tematici, tra cui mobilità urbana, qualità dell'aria, economia circolare, adattamento climatico, transizione digitale ed energetica, uso sostenibile del suolo e appalti pubblici innovativi. L'obiettivo è migliorare l'efficacia e la coerenza delle politiche UE in ambito urbano, ottimizzare i meccanismi di finanziamento e promuovere la conoscenza delle dinamiche locali e delle buone pratiche.

urbane[29]. La strategia è stata fatta ruotare attorno a quattro perni fondamentali afferenti alle seguenti tematiche: gestione urbana, trasporti urbani, edilizia e, infine, progettazione urbana. A monte di un simile approccio riposa la presa di contezza della complessità della sfida del miglioramento dell'ambiente urbano, stante la molteplicità di attori e forze che insistono sulla qualità delle città e delle relative modalità di trasporto, oltre che il carattere frammentario delle azioni adottate in materia. Da tale complessità, dunque, è discesa l'esigenza di approccio integrato a vari livelli, primo fra tutti quello orizzontale, onde integrare l'ambiente urbano nelle politiche sovranazionali più importanti, quali quelle su trasporti, coesione, sanità, ricerca e sviluppo tecnologico. L'integrazione è stata altresì declinata anche in senso verticale, dunque tra i diversi livelli di governo, partendo da quello locale per arrivare a quello sovranazionale. In questo senso, nella logica dello sviluppo sostenibile dei trasporti urbani, la Commissione ha segnatamente ritenuto necessario che ogni capitale ovvero città con popolazione superiore a 100.000 abitanti elaborasse, adottasse e attuasse uno specifico piano del trasporto urbano sostenibili, con obiettivi di breve, medio e lungo termine.

La Commissione ha dunque posto l'accento sul rapporto di interconnessione insistente tra le cause alla base dei problemi ambientali urbani, focalizzandosi altresì sul corrispettivo corollario, secondo cui le iniziative locali destinate a risolvere una problematica possono essere tuttavia alla base di altre in settori differenti, finendo, per altro, per confliggere con le politiche di rango sovraordinato. Non ci si può esimere dal fare riferimento, a titolo di esempio, al fenomeno citato in apertura di trattazione, relativamente all'interdipendenza tra le scelte in materia di consumo del territorio e l'efficacia delle misure in materia di sostenibilità dei trasporti: il perseguimento dei risultati prefissati mediante l'acquisto e l'adozione sistemi di trasporto pubblico "puliti" risentono senza dubbio dell'influsso dell'aumento dei trasporti privati dovuto all'espansione dei centri residenziali ovvero alla realizzazione di parcheggi nel centro cittadino. In altri termini, gli obblighi e le misure promananti dai diversi livelli di governo possono essere meglio rispettati ed implementati – solo – se, a livello locale, integrati nell'ambito di una gestione strategica di ampio respiro. Ai pianificatori locali viene dunque richiesto di informare i piani di mobilità urbana sostenibile ad un canone prospettico il più ampio possibile, contemplando sia gli interessi trasversali (sicurezza, accesso a beni e servizi, inquinamento atmosferico, rumore,

[29] Comunicazione della Commissione, dell'11 febbraio 2004, Verso una strategia tematica sull'ambiente urbano, COM (2004) 60def.

consumi energetici, utilizzazione del territorio) sia l'intermodalità del trasporto, di passeggeri e di merci. Questo, per quanto riguarda il contenuto di tali piani. *Ab esterno*, invece, è stato demandato agli enti locali di coordinare, a loro volta, i piani di mobilità sostenibile con gli strumenti di pianificazione territoriale locale e regionale[30].

Sulla falsariga della comunicazione sul futuro sostenibile dei trasporti del 2009, tesa ad evidenziare l'importanza di una governance efficace e coordinata al fine di affrontare le impegnative sfide sul percorso della sostenibilità urbana, nello stesso anno la Commissione ha elaborato il Piano d'Azione sulla Mobilità Urbana, con cui ha manifestato, tuttavia solo programmaticamente, il supporto alle autorità locali nello sviluppo di piani di mobilità urbana sostenibili per il trasporto merci e passeggeri nelle aree urbane e periurbane[31]. Si deve tuttavia sottolineare che, per quanto dichiarato, lo sforzo della Commissione in materia ha stentato per lungo tempo a trovare una forma precisa, concretizzandosi in generiche dichiarazioni di principio perciò poco utili agli attori locali.

Del resto, anche con il Libro Bianco sui Trasporti della Commissione «Tabella di marcia verso uno Spazio Unico Europeo dei Trasporti - Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile»[32], la possibilità di rendere obbligatori i piani urbani della mobilità sostenibile per le città di una certa dimensione, sulla base di standard nazionali basati su Linee Guida europee, è stata solo e soltanto prefigurata. Allo stesso modo, la misura volta a riconoscere il godimento dei fondi di coesione alle sole città e regioni in possesso di un certificato di verifica delle performance e della sostenibilità della mobilità urbana è stata suggerita timidamente.

Per un intervento davvero incisivo, nonostante le problematiche in esame fossero al centro del dibattito europeo sin dalla Conferenza del 1975, di cui si è detto, nel cui dibattito lo sviluppo urbano sostenibile e il traffico sono stati

[30] Comunicazione della Commissione, dell'11 gennaio 2006, relativa ad una Strategia tematica sull'ambiente urbano, COM (2006) 16def.

[31] Comunicazione della Commissione, del 17 giugno 2009, Un futuro sostenibile per i trasporti: verso un sistema integrato, basato sulla tecnologia e di agevole uso, COM (2009) 279def. Comunicazione della Commissione, del 30 settembre 2009, Piano d'azione sulla mobilità urbana, COM (2009) 490def.

[32] Libro Bianco della Commissione, del 28 marzo 2011, intitolato Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile, COM (2011) 144def. Sul tema: O. CAMPANELLI, *Il rapporto tra i trasporti e l'ambiente: il Libro Bianco della Commissione europea*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2012, pp. 131-147.

assunti a termini antitetici, si è dovuto addirittura attendere il 2013, anno in cui la Commissione ha adottato il pacchetto sulla mobilità urbana[33]. L'intervento in questione perseguiva lo scopo di rendere innanzitutto gli Stati Membri catalizzatori dello sviluppo urbano sostenibile, incaricandoli di porre le condizioni quadro tali da consentire agli enti locali di mettere in atto – con successo – le strategie al fine necessarie. Nei confronti degli enti locali, la Commissione ha invece elaborato una serie di proposte da intendersi non già quale approccio unico a tutta la pianificazione del trasporto urbano, quanto piuttosto a valere come concetti da "vestire" sulla base delle specifiche situazioni contingenti delle aree urbane. In questi termini, la Commissione ha declinato i traguardi da porre – auspicabilmente – a fondamento di tali piani: nella specie, il miglioramento dell'accessibilità delle aree urbane e l'offerta di sistemi di mobilità sostenibili e di alta qualità, attraverso e all'interno delle aree urbane. La proposta in analisi ha altresì sottolineato l'importanza per gli enti locali di incardinare il piano di mobilità sostenibile entro una strategia di lungo termine, in stretta relazione con lo sviluppo futuro delle infrastrutture e dei servizi di mobilità, ed altresì ricomprendervi un piano di attuazione in ottica invece di breve termine.

Nel 2016 è stato approvato il «Patto di Amsterdam» che ha definito i principi dell'agenda urbana dell'UE, con cui è stato programmato l'impegno a sviluppare un partenariato sulla mobilità urbana volto a permettere alle città, Stati membri, istituzioni dell'UE e i portatori d'interesse, come le ONG e i partner commerciali, di collaborare su un piano paritetico[34].

Rilevata l'implementazione disomogenea – in taluni casi, assente – dei piani di mobilità sostenibile, nel 2021 la Commissione ha inteso intensificare gli sforzi a tal fine profusi. Allo scopo, l'istituzione in parola ha adottato la Comunicazione «Il nuovo quadro dell'UE per la mobilità urbana», con cui è stato elaborato un programma di azioni volto ad implementare e, dove già presente, migliorare, la mobilità urbana sostenibile, *in primis* attraverso l'affinamento degli indicatori di mobilità urbana sostenibile (come l'accessibilità economica del trasporto pubblico, i decessi e le lesioni sulle strade, le emissioni di gas a effetto serra e di inquinanti atmosferici, la congestione del traffico e la ripartizione modale) onde permettere un miglior monitoraggio e trasferimento delle informazioni[35].

[33] Comunicazione della Commissione, del 17 dicembre 2013, Insieme verso una mobilità urbana competitiva ed efficace sul piano delle risorse, COM (2013) 913def.

[34] Il Patto di Amsterdam, approvato il 30 maggio 2016, ha istituito l'agenda urbana dell'UE e ne ha fissato i principi fondamentali.

[35] Comunicazione della Commissione, del 14 dicembre 2021, Il nuovo quadro dell'UE per la mobilità urbana, COM (2021) 811def.

Più recentemente, la Commissione ha adottato la raccomandazione sui programmi nazionali di sostegno alla pianificazione della mobilità urbana sostenibile, invitando tutti gli Stati Membri a mettere in atto un programma nazionale di sostegno ai PUMS allo scopo di rafforzare la governance e aumentare il coordinamento a livello nazionale, nonché a pianificare e garantire l'adozione di politiche per una mobilità urbana sostenibile e migliorare il coordinamento tra regioni, città e comuni, oltre che tra aree urbane ed extraurbane[36].

6. *I pianificatori (dei PUMS) alla prova dei fatti*

Nella stagione della maturità delle azioni intraprese dall'Unione europea in materia di materia urbana sostenibile ha dunque vestito ruolo di protagonista lo strumento dei piani urbani di mobilità sostenibile. L'elaborazione dei PUMS richiede un approccio integrato che tenga conto di due dimensioni: l'integrazione della mobilità urbana nella pianificazione della rete di un sistema di trasporto («approccio basato sulla rete») e l'integrazione in una strategia intersettoriale per lo sviluppo urbano sostenibile («approccio basato sul territorio»)[37]. Per via dell'influsso – quasi sempre non vincolante dell'Unione europea – la pianificazione della mobilità è quindi divenuta una componente fondamentale della pianificazione territoriale. È infatti necessario che i PUMS vengano redatti ed attuati in stretto coordinamento con i piani di mobilità locali e regionali, da un lato, e con gli strumenti di pianificazione del territorio, dall'altro. In altri termini si tratta di uno strumento operativo in cui le soluzioni urbanistiche, le scelte legate all'ambiente e all'inclusione sociale e alle risorse finanziarie convergono allo stesso tempo.

Nel nostro ordinamento, il concreto atteggiarsi del PUMS è stato declinato dal Decreto del Ministero per le Infrastrutture e Trasporti del 4 agosto 2017, ovviamente tenendo conto delle linee guida sovranazionali. Nel concreto, dunque, il PUMS si atteggia come uno strumento di pianificazione strategica con orizzonte di medio-lungo periodo (10 anni) e con una visione di sistema della mobilità urbana. Rispetto al Piano Urbano del Traffico, strumento di matrice nazionale che invece non persegue interessi trasversali e

[36] Raccomandazione UE 2023/550 della Commissione, dell'8 marzo 2023, sui programmi nazionali di sostegno alla pianificazione della mobilità urbana sostenibile, COM (2023) 1524def.

[37] *Ivi*.

che aderisce ad un'ottica gestionale e di breve periodo, il PUMS si pone su un piano sovraordinato. Inoltre, la rilevanza degli obiettivi perseguiti dal PUMS è tale che il legislatore statale ha finanche ammesso che esso vada in variante agli strumenti di pianificazione.

Si è quindi dinnanzi ad uno strumento del tutto innovativo rispetto al tradizionale approccio regolatorio dei trasporti: le finalità perseguite dallo strumento non sono solo quelle relative al traffico, quindi al mero decongestionamento delle città, ma al centro si mette il cittadino e la sua qualità di vita, la tutela dell'ambiente, l'uguaglianza sociale. Al fine di perseguire obiettivi così ambiziosi, quindi, l'approccio metodologico e pianificatorio è altrettanto innovativo, avendo in mira di coprire in maniera integrale tutti gli aspetti della mobilità nonché tutte le aree funzionali della città. Allo stesso modo, innovativo è l'approccio redazionale, il quale si fonda su un gruppo di lavoro interdisciplinare che, tramite processi di partecipazione trasparente, coinvolge, oltre ai tecnici competenti, gli *stakeholders* e i cittadini. Si tratta peraltro di uno strumento che ha a cuore anche la fase di attuazione, prevedendo una fase di valutazione del suo impatto, al fine di evidenziare le modifiche e gli aggiornamenti che si rendano eventualmente necessari. Lo strumento così congeniato è infine sottoposto ad un'analisi di coerenza esterna rispetto agli altri strumenti di governo del territorio, afferenti all'assetto urbano, al paesaggio ed altresì all'assetto idrogeologico.

È dunque necessario soffermarsi sullo stato dell'arte: in Italia si osserva che, verso la fine del 2023 (data di ultimo aggiornamento della rilevazione), i PUMS approvati erano 80, mentre quelli semplicemente adottati erano 57, oltre ai 74 ancora in fase di redazione[38]. Nella città di Roma, in particolare, il processo di adozione del Sump è stato avviato nel 2017. Di seguito ha preso piede un processo di partecipazione democratica durato addirittura due anni, ispirato ad un approccio *bottom up* che ha combinato i bisogni ed i *desiderata* dei residenti con i *target* politici prestabiliti. Il piano espressione di questo processo ha abbracciato un concetto di accessibilità universale, intermodalità, sicurezza stradale, e *sharing mobility*. Il Piano è infine stato approvato nel 2022.

L'analisi dei dati evidenzia che, posto che sono tutt'oggi in corso d'implementazione del misure del PUMS, il divario della città di Roma rispetto agli standard europei di mobilità sostenibile del 2030 è ancora netto, così come è netto il *gap* rispetto alle città europee più virtuose, prime fra tutte

[38] Rilevazione fatta dall'Osservatorio Mobilità Urbana sostenibile, giugno 2024.

Oslo ed Amsterdam[39]. A questo fine, non può ci si può certamente esimere dal criticare il legislatore statale, che nel corso degli anni ben si è guardato da metter mano ai paletti tutt'oggi vigenti per gli enti locali nella pianificazione urbanistica, risalenti ad oltre mezzo secolo fa ed espressione di un'urbanistica preoccupata al governo dell'espansione territoriale, non al suo contenimento, come oggi è. Il riferimento è innanzitutto al Decreto Ministeriale 02 aprile 1968, n. 1444, a cui poi si aggiunge finanche il reperimento degli spazi a parcheggi ai sensi della L.n. 122/1989. In sostanza, i pianificatori sono messi di fronte ad un "corto circuito", devono pianificare in maniera sostenibile, per offrire alternative all'utilizzo delle automobili, ma, secondo un algoritmo risalente nel tempo, devono ancor'oggi modellare le città dedicando ampi spazi al ricovero delle stesse, piuttosto che disincentivarne l'uso.

In sintesi, si torna alla premessa, «Se pianifichiamo le città per auto e traffico, avremo auto e traffico…", per cambiare l'aspetto delle città occorre che anche i pilastri della pianificazione urbana vengano chiamati all'appello della sostenibilità.

7. *Conclusioni. Gli enti territoriali, ossia i "pianificatori", e la nuova geografia istituzionale della sostenibilità*

L'adozione del Green Deal – che ha nel suo ventaglio di sostenibilità anche quella della mobilità urbana – ha segnato un passaggio dall'Unione europea economicamente orientata all'Unione impegnata nella "sostenibilità degli ecosistemi"[40], dato che, a partire dal regolamento UE n. 2021/1119,

[39] Classificazione fatta dalla piattaforma CleanCities, reperibile all'indirizzo www.italy.cleancitiescampaign.org/city-ranking-2022/. L'analisi ha avuto ad oggetto le 36 maggiori città europee attraverso la valutazione delle *performance* rispetto ai seguenti parametri: spazio per le persone, sulla base dei percorsi pedonali separati e di tutte le piste ciclabili rispetto alla lunghezza totale della rete stradale cittadina, nonché sulla media dell'indice di congestione del traffico; strade sicure, Punteggio sulla base del numero di vittime di pedoni e ciclisti in tre anni rispetto alla popolazione della città; accesso alla mobilità rispettosa del clima, sulla base della convenienza e dell'accessibilità dei trasporti pubblici e dell'accesso alle stazioni di ricarica per veicoli elettrici pubbliche e semipubbliche; politiche, sulla base dell'esistenza o sulla pianificazione di zone a zero/basse emissioni, se è prevista la graduale eliminazione delle vendite di auto inquinanti e se esistono bike/car sharing e biglietti/app integrati per il trasporto pubblico; aria pulita, sulla base delle concentrazioni medie annuali di 3 anni e sulle tendenze di NO2, PM10 e PM2,5 su 5 anni, con una maggiore attenzione alle stazioni di traffico.

[40] E. CHITI, *In motu. L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica*

quest'ultima ha assunto l'emergenza climatica a chiave di ricalibratura sistemica degli interessi primari tutelati a livello sovranazionale[41]. A ben vedere, l'effetto della transizione ecologica non è semplicemente quello di portare l'Unione europea ad una ridefinizione dei suoi obiettivi settoriali. Invero, si è al cospetto di un mutamento paradigmatico tale da incidere profondamente sulla natura stessa natura dell'UE e, finanche, di innescare una nuova fase del processo d'integrazione sovranazionale[42]. La riconfigurazione appena descritta è quindi foriera di un pari mutamento del ruolo dell'ambiente nel quadro delle politiche europee: da interesse meramente settoriale a principio trasversale e pervasivo e, pertanto, capace di incidere sugli equilibri interistituzionali dentro e fuori dall'Unione europea, ivi condizionando l'allocazione e l'esercizio delle pubbliche competenze. Si incarica di testimoniare tale mutamento – capace, se non proprio direttamente di cambiare, quantomeno di mettere in discussione le gerarchie cristallizzate negli ambiti finora dominati dall'egemonia statale e regionale – la proposta di modifica dei Trattati formulata dal Parlamento europeo nel 2023[43], protesa, per l'appunto, ad istituire una competenza pressoché esclusiva dell'Unione europea in materia ambientale[44].

Al riguardo, deve tuttavia avere valenza di monito quanto fin qui osservato in ordine alla necessaria compenetrazione e integrazione tra tutti i livelli di governo del territorio, partendo dunque da quello più vicino al cittadino – gli enti locali – per arrivare a quello da quest'ultimo più distante, l'Unione europea stessa. Difatti, il riconoscimento dell'ambiente alla stregua di valore supremo – quantunque non tiranno – non può perciò solo implicare una sua gestione concentrata esclusivamente nelle mani delle istituzioni sovranazionali. Per tale via, infatti, si approderebbe al risultato di sacrificare, sull'altare dell'ambiente, la tutela di altri e diversi interessi pubblici – seppur non vitali in senso stretto, comunque fondamentali – essenziali nella dimensione relazione e sociale. A tal fine, l'approccio alla tutela dell'ambiente deve, e non può che essere, il prodotto del costante contemperamento tra valori

della sostenibilità, in AA.VV. (a cura di), *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*, Napoli, 2022, p. 184.

[41] A. BONOMO, *Il potere del clima. Funzioni pubbliche e legalità della transizione ambientale*, Bari, 2023, p. 2.

[42] E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, *in CMLR*, *2022,* p. 19 ss.

[43] Proposta A9-0337 del 7 novembre 2023.

[44] M. DE DONNO, *A margine del post di Edoardo Chiti. La tutela europea degli ecosistemi e le prospettive per il governo del territorio italiano*, in *diariodidirittopubblico.it*, 2024.

eterogenei ed il frutto di una mediazione integrata tra le competenze trasversali degli enti *ratione materiae* competenti. L'ottica attraverso cui guardare l'ambiente deve essere quindi sistemica, e non già autoritativa: deve essere capace di intersecare, piuttosto che di sovrapporre, le concorrenti sfere di interesse pubblico.

L'ipotesi di un "nuovo centralismo ambientale"[45], che deputi alla cura dell'interesse ambientali i livelli via via superiori (quali l'Unione europea e gli Stati membri), non pare quindi reggere la prova di resistenza rappresentata dalla necessità di integrazione di cui la stessa dimensione complessa della sostenibilità è foriera. Tanto più che, altrimenti, si finirebbe per trasformare il principio di sussidiarietà in un ascensore – unidirezionale – verso l'alto, così esautorando quelli che – viceversa – dovrebbero essere (e, in parte, sono già) i nuovi attori protagonisti dell'elaborazione e dell'attuazione delle politiche ambientali: gli enti locali.

La dimensione attuale della tutela ambientale – incentrata, per l'appunto, sul costante e più che mai repentino adattamento ai cambiamenti climatici – presuppone un'azione pubblica fortemente coordinata, che coinvolga sì l'intero spettro delle amministrazioni a vario titolo competenti, ma, soprattutto, quelle direttamente deputate alla gestione del territorio urbano. Difatti, l'ambiente nonché la sua tutela sono inscindibili dal territorio – e da chi lo amministra.

In questo scenario, trattandosi di soggetti che sono istituzionalmente portatori di una pluralità di interessi pubblici riferibili ad un rapporto inscindibile (quello tra una collettività di persone e un territorio definito), gli enti territoriali sono quindi chiamati ad occupare attivamente una posizione centrale all'interno della governance multilivello. Sotto tale profilo, è stata quindi rinvenuta l'emersione di un diritto "particolare"[46] che, tuttavia, non solo non nega la sovranità statale e la primazia del diritto sovranazionale, ma, anzi, da ad essi corpo tramite il coinvolgimento diretto dei territori[47].

Il successo delle politiche europee in esame – nella specie, quelle attinenti alla mobilità urbana sostenibile – dipende dunque, in maniera preponderante, dalla concreta capacità operativa dei territori. È questa la ragione

[45] M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla "primazia ecologica" nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale),* in AA.VV. (a cura di), *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente.*, *op. cit.*, pp. 221-240.

[46] J. B. AUBY*, Les territoires comme lieux d'inscription du bien commun*, in *Dans Trasversalités*, 2024, p. 23.

[47] L. VANDELLI, *Poteri locali. Le origini nella Francia rivoluzionaria. Le prospettive nell'Europa delle regioni*, Bologna, 1990.

per cui gli enti locali – da meri attuatori – sono oggi enti attori (e, sovente, co-legislatori) delle politiche europee[48]. La funzione che essi svolgono, grazie alla governance multilivello, si svolge sempre più in sinergia con i livelli sovranazionali, così valorizzando l'azione pubblica "dal basso". Ciò non è solo immagine coerente della prospettiva tracciata dai già menzionati "Patto di Amsterdam" e "Carta della governance multilivello", ma costituisce finanche piena applicazione della logica espressa dall'Accordo di Parigi, che esige una transizione ecologica "giusta" e radicata nella partecipazione territoriale.

Pertanto, in questa prospettiva, il governo del territorio e il coinvolgimento degli enti locali non è più un vincolo, è una risorsa strategica da cui dipende – concretamente – il raggiungimento degli obiettivi europei di sostenibilità.

[48] G. D'IGNAZIO, *Asimmetrie e "Costituzioni territoriali" nel quadro giuridico europeo: un'analisi comparata*, in *Idf*, n. 2, 2018, p. 247.

Abstract (ita)

La transizione verso una mobilità – anche urbana – sostenibile ha incaricato i "pianificatori", ossia gli enti locali, di un ruolo strategico. L'articolo focalizza quindi la propria attenzione sui pianificatori e, con essi, sulle città da questi governate. A tal fine, l'articolo prende le mosse da un'analisi storica delle trasformazioni che hanno determinato l'attuale aspetto delle città e, quindi, il funzionamento della mobilità, che costituisce una variabile interdipendente rispetto ad esso. In particolare, l'enfasi è posta sull'effetto deflagrante della crisi climatica che, unitamente alla riscoperta sensibilità verso la tutela ambientale, ha imposto un mutamento paradigmatico nell'approccio alla pianificazione urbana ed ai trasporti. Di tal che, è oggetto di approfondimento l'evoluzione del quadro giuridico e politico europeo in materia, partendo dalla Conferenza "Better Town with Less Traffic" del 1975 per arrivare fino al "Green Deal" e alla più recente normativa sui Piani Urbani di Mobilità Sostenibile, che costituiscono oggi una chiave di volta allo scopo dell'implementazione delle politiche di mobilità urbana sostenibile. Il contesto così delineato sottende quindi una concezione logico-giuridica che mette le città al centro: le città non più come meri beneficiari delle politiche europee, ma, al contrario, come attori centrali nella cornice di una governance multilivello fondata sui principi di sussidiarietà e prossimità. Tratti a sintesi gli anzidetti rilievi, il contributo propone una riflessione critica sull'esigenza – indifferibile – di valorizzare il ruolo degli enti locali nella co-costruzione delle politiche di sostenibilità.

Abstract (eng)

The transition toward sustainable — including urban — mobility has assigned a strategic role to "planners," that is, local authorities. Accordingly, this article focuses on planners and, with them, on the cities they govern. It begins with a historical analysis of the transformations that have shaped the current configuration of urban spaces and, consequently, the functioning of mobility, which stands as an interdependent variable. Particular emphasis is placed on the disruptive effect of the climate crisis which, together with the renewed awareness of environmental protection, has triggered a paradigmatic shift in the approach to urban and transport planning. The article examines the evolution of the European legal and policy framework in this field — from the 1975 "Better Towns with Less Traffic" Conference to the

"Green Deal" and the most recent regulations on Sustainable Urban Mobility Plans (SUMPs), which today represent a key tool for implementing sustainable urban mobility policies. The scenario thus outlined reflects a legal and conceptual framework that places cities at the center — not merely as passive recipients of European policies, but as active, central players within a multilevel governance system based on the principles of subsidiarity and proximity. Drawing these threads together, the article offers a critical reflection on the urgent need to enhance the role of local authorities in the co-construction of sustainability policies.

I MECCANISMI DI RISOLUZIONE ED *ENFORCEMENT* NEI CAPITOLI SU COMMERCIO E SVILUPPO SOSTENIBILE ALLA LUCE DELL'ACCORDO DI LIBERO SCAMBIO TRA L'UE E LA NUOVA ZELANDA: VERSO UNA CONDIZIONALITÀ AMBIENTALE?

Luigimaria Riccardi[*]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli elementi principali dei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile nella prassi negoziale dell'UE. – 3. *Segue*: il capitolo su commercio e sviluppo sostenibile nell'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda. – 4. La nuova strategia della Commissione europea: tra procedure unitarie di risoluzione delle controversie e sanzioni economiche. – 5. *Segue*: il sistema di *enforcement* delle diposizioni su commercio e sviluppo sostenibile nell'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda. – 6. *Segue*: verso una "condizionalità ambientale" negli accordi di libero scambio dell'UE? – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il Trattato di Lisbona ha rafforzato l'impegno dell'Unione europea (UE) verso lo sviluppo sostenibile[1], rendendolo un obiettivo chiave nei rapporti con gli Stati terzi con cui intrattenere relazioni commerciali e di investimento[2]. Una delle modalità concrete attraverso cui questo impegno si è manifestato nel tempo è stata l'integrazione di norme ambientali e lavorative

[*] Ricercatore *Tenure Track* (RTT) in diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Pisa.

[1] Nei Trattati istitutivi dell'Unione non viene precisato il significato di "sviluppo sostenibile" che, peraltro, viene indicato come obiettivo fondamentale dell'Unione negli artt. 3 TUE, 21 TUE e 11 TFUE. V. P. DE PASQUALE, *Sostenibilità e trasformazione tecnologica: paradigmi a confronto nella disciplina dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 1, 2022, p. 67; F. FERRARO, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale*, in *DPCE*, n. 2, 2023, p. 41; M. MONTINI, *L'azione esterna dell'Unione europea per l'attuazione dello sviluppo sostenibile*, Napoli, 2025, p. 33 ss.

[2] V. artt. 3, comma 5 e 21 del TUE; art. 207 del TFUE. Prima del Trattato di Lisbona, le preoccupazioni ambientali e sociali erano integrate negli accordi di libero scambio dell'UE attraverso disposizioni esortative e cooperative sparse in vari punti degli accordi. Per un'analisi relativa al progressivo approfondimento della normativa ambientale dell'UE nella sua

negli accordi di libero scambio (ALS) di nuova generazione[3]. In particolare, dopo la conclusione dell'ALS del 2010 tra l'UE e i suoi Stati membri, da un lato, e la Corea, dall'altro[4], gli accordi commerciali dell'Unione includono

azione esterna, si veda P. A. PILLITU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio di sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, p. 219 ss.; G. M. DURÁN, E. MORGERA, *Environmental Integration in the EU's External Relations: Beyond Multilateral Dimensions*, Oxford, Portland, 2012, pp. 56-144; W. TH. DOUMA, *The Promotion of Sustainable Development through EU Trade Instruments*, in *European Business Law Review*, 2017, p. 197 ss.; M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018; F. CASOLARI, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, in G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021; S. SCHACHERER (ed.), *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Leiden, Boston, 2021, p. 19 ss; F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 119-140; E. KASSOTI, R. A. WESSEL, *The Normative Effect of Article 3(5) TEU: Observance and Development of International Law by the European Union*, in P. GARCÍA ANDRADE (dir.), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Valencia, 2023, pp. 19-46; M. MANCHIN, L. PUCCIO, A. B. YILDRIM (eds.), *Coherence of the European Union Trade Policy with its Non-Trade Objectives*, Cambridge, 2024.

[3] Si definiscono accordi di "nuova generazione" in quanto hanno una portata più ampia dei classici accordi commerciali e prevedono l'eliminazione delle c.d. barriere non tariffarie, ossia ostacoli e limitazioni alla penetrazione nei mercati esteri, più insidiosi e occulti delle semplici tariffe doganali. Sugli ALS, ci si riferisce ad es. a: l'accordo economico e commerciale globale UE-Canada del, 14 gennaio 2017; l'accordo di partenariato economico UE-Giappone, del 27 dicembre 2018; l'accordo di libero scambio UE-Singapore, del 21 novembre 2019; l'accordo di libero scambio UE-Vietnam, del 12 giugno 2020. È possibile però fare anche un riferimento agli accordi di associazione dell'Unione, ci si riferisce a: l'accordo di associazione UE-Ucraina, del 29 maggio 2011; l'accordo di associazione UE-Regno Unito, del 30 aprile 2021. In generale, v. G. M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *SIE*, nn. 2-3, 2016, pp. 329-354; S. VILLANI, *Settling Disputes on TSD Chapters of EU FTAs: Recent Trends and Future Challenges in the Light of CJEU's Opinion 2/15*, in A. BIONDI, G. SANGIUOLO (eds.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations - An Agenda for an Enhanced Dialogue*, Cheltenham, 2021, pp. 107-125; S. FACCIO, *Gli accordi commerciali dell'Unione europea e lo sviluppo sostenibile*, in A. M. TANZI, L. CHIUSSI CURZI, G. M. FARNELLI, A. MENSI (a cura di), *La transizione ecologica nel commercio internazionale. Tra aspetti di riforma procedurali, istituzionali e diritto sostanziale*, Bologna, 2022, pp. 59-64.

[4] L'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri e la Repubblica di Corea, firmato il 6 ottobre 2010, è stato applicato in via provvisoria dal luglio 2011 ed è entrato in vigore formalmente il 13 dicembre 2015.

alcuni capitoli dedicati specificatamente al commercio e allo sviluppo sostenibile (cd. *Trade and Sustainable Development*, TSD)[5]. In questo contesto, il 22 giugno 2022 la Commissione ha adottato una nuova comunicazione dal titolo *Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica giusta e verde*[6]. Con tale atto vengono illustrate le modalità per rafforzare il contributo degli accordi commerciali dell'UE allo sviluppo sostenibile. La Commissione intende potenziare, in particolare, l'attuazione e l'applicazione dei capitoli TDS, estendendo la procedura *standard* di risoluzione delle controversie tra Stati ai capitoli in questione, nonché la possibilità di ricorrere alle sanzioni commerciali come ultima risorsa in caso di violazioni materiali dell'accordo internazionale considerato. Con il più recente accordo di libero scambio dell'UE con la Nuova Zelanda – firmato il 9 luglio 2023 ed entrato in vigore il 1° maggio 2024 – si evidenzia un cambiamento significativo nell'approccio dell'UE alla sostenibilità ambientale. Il presente contributo si propone di analizzare se ed in che misura il nuovo approccio adottato dalla Commissione sul rispetto delle disposizioni TSD possa aver introdotto una prima forma di condizionalità ambientale negli accordi di libero scambio dell'Unione. In particolare, esaminando l'accordo tra l'UE e la nuova Zelanda – che applica per la prima volta tale approccio – si dovrà verificare se tale accordo possa rappresentare un primo precedente significativo per l'applicazione di *standard* ambientali vincolanti.

[5] Sui capitoli TSD negli ALS di nuova generazione, v. K. HRADILOVÁ, O. SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, pp. 1019-1042; G. M. DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, in *CMLR*, 2020, pp. 1031-1068; S. KUANG, *The European Commission's Discourses on Sustainable Development in 'Trade for All': An Argumentative Perspective*, in *European Foreign Affairs Review*, 2021, pp. 265-288; G. KÜBEK, R. A. WESSEL, *Governing Sustainability through Trade in EU External Relations: The "New Approach" and its Challenges*, in J. BERGAMASCHINE MATA DIZ (ed.) *Trade and Sustainable Development: The Foreign Relations of the European Union, forthcoming* (11 January 2023), 2024, disponibile online; T.T. NGO, *Vietnam's Implementation of Labour Provisions in the European Union – Vietnam Free Trade Agreement: Recent Developments and Insights*, in *LIEI*, 2025, pp. 67-88. Sul processo di revisione dei capitoli TSD, realizzato dalla Commissione anche attraverso una consultazione pubblica aperta, cfr. J. TITIEVSKAIA, *Sustainability Provisions* in *EU Free Trade Agreements - Review of the European Commission Action Plan*, EPRS | European Parliamentary Research Service, November 2021.

[6] Comunicazione della Commissione, del 22 giugno 2022, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta, COM (2022) 409final.

A tal fine, nel paragrafo 2 verranno esaminati i principali elementi caratterizzanti i capitoli TSD nella prassi negoziale dell'UE. Nel paragrafo 3 si analizzerà il capitolo TSD previsto nel recente accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda, mettendolo a confronto con i precedenti accordi di libero scambio. Successivamente, nel paragrafo 4 verranno esaminate le novità introdotte dalla comunicazione della Commissione del 22 giugno 2022 con riferimento ai meccanismi di risoluzione e di *enforcement* dei capitoli TSD. A tal riguardo, si esaminerà l'evoluzione dei meccanismi di risoluzione ed *enforcement* dei capitoli TSD alla luce della citata comunicazione della Commissione per comprendere come l'Unione intenda bilanciare i suoi obiettivi commerciali con quelli di sostenibilità ambientale, climatica e sociale in un contesto internazionale sempre più complesso e incline verso interessi prettamente economici. Nel paragrafo 5 verrà analizzata l'applicazione del nuovo approccio all'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda, mettendo in evidenza il ruolo delle sanzioni come strumento di *enforcement* degli impegni ambientali e sociali, in modo da poter capire se un'attuazione uniforme basata su misure sanzionatorie sia davvero possibile e auspicabile. Infine, nel paragrafo 6, si esaminerà se la nuova strategia adottata dall'UE nell'ambito dell'accordo con la Nuova Zelanda sui capitoli TSD possa riflettere la volontà dell'Unione di affermare una effettiva politica di "condizionalità ambientale" nei suoi rapporti commerciali con Stati terzi a livello internazionale.

2. *Gli elementi principali dei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile nella prassi negoziale dell'UE*

I capitoli TSD sono una componente essenziale dei nuovi accordi di libero scambio dell'UE e della sua Politica commerciale comune (PCC)[7]. Quest'ultima è caratterizzata dal costante sforzo dell'Unione di rispettare e

[7] Per un'analisi dell'evoluzione della politica commerciale dell'Unione, si v. S. WOOLCOCK, *EU Policy on Preferential Trade Agreements in the 2000s: A Reorientation towards Commercial Aims*, in *ELJ*, 2014, p. 718. In particolare, per quel che riguarda la PCC nell'ambito degli accordi di libero scambio di nuova generazione, v E. BARONCINI, *Promoting and Enforcing Sustainability: The Dispute Settlement Practice in the New Generation of EU Trade Agreements*, in *Archivio giuridico online*, vol. IV, n. 1, 2025, pp. 1-43, spec. pp. 1-8; M. MONTINI, *op. cit.*, p. 153 ss.

promuovere lo sviluppo sostenibile, nel rispetto degli omonimi obiettivi previsti dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite[8]. Ciò al fine di rendere il commercio uno strumento per promuovere lo sviluppo sostenibile nel mondo e per rafforzare il rispetto dello Stato di diritto a livello internazionale[9]. Tali capitoli sono volti a definire in termini normativi – seppur anche tramite disposizioni di carattere programmatico – un possibile equilibrio tra la liberalizzazione degli scambi e degli investimenti[10] e il perseguimento di interessi quali la protezione dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori[11]. Essi mirano a creare un modello normativo volto a garantire che le pratiche commerciali dell'Unione e dei suoi *partner* rispettino e promuovano in modo uniforme la tutela dell'ambiente e i diritti lavorativi a livello internazionale. Inoltre, bisogna evidenziare che, per l'Unione, l'attuazione di misure riguardanti lo sviluppo sostenibile[12] è diventato un tema centrale al fine di favorire una

[8] Risoluzione dell'Assemblea Generale, del 25 settembre 2015, *Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1. Sull'Agenda 2030 v., *ex multis*, W. HUCK, *Sustainable Development Goals – Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, 2022; I. BANTEKAS, F. SEATZU (eds.), *The Sustainable Development Goals – A Commentary*, Oxford, 2023.

[9] Commission, *Strategic Plan 2016–2020 – DG Trade*, 22 December 2017, p. 14. V. A. BIONDI, G. SANGIOULO (eds.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations - An Agenda for an Enhanced Dialogue*, Cheltenham, Northampton, 2021; L. M. HINOJOSA-MARTÍNEZ, C. PÉREZ-BERNÁRDEZ (eds.), *Enhancing the Rule of Law in the European Union's External Action*, Cheltenham, Northampton, 2023; I. DAMJANOVIC, N. DE SADELEER, *Labour Standards in International Trade Agreements: A Rule of Law Perspective*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2024, pp. 551-557.

[10] Sul rapporto tra liberalizzazione dei mercati e protezione degli investimenti, v. A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Bari, 2016.

[11] G. ADINOLFI, *Gli obiettivi e la sfera di operatività degli accordi preferenziali dell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 15. Si veda, ad es., la raccomandazione di decisione del Consiglio, del 6 maggio 2025, che autorizza l'avvio di negoziati per un accordo sull'agevolazione degli investimenti sostenibili tra l'Unione europea e la Repubblica della Costa d'Avorio, COM (2025) 192final. La raccomandazione fa seguito alla comunicazione della Commissione, del 22 giugno 2022, sopra citata.

[12] Lo sviluppo sostenibile quale obiettivo emerge dall'orientamento della Corte internazionale di giustizia, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, sentenza, 20 aprile 2010, par. 177, in ICJ Reports, 2010, p. 14 ss. In argomento, v. P. ACCONCI, *Investimenti stranieri sostenibili diritto e governance internazionale e dell'Unione Europea*, Napoli, 2023, p. 5 ss. Per un approfondimento sull'evoluzione del principio di sviluppo sostenibile nell'ordinamento giuridico dell'UE, v. S. BÄR, R. A. KRAEMER, *European Environmental Policy after*

crescita economica rispettosa dell'ambiente e del clima, soprattutto alla luce del *Green Deal* europeo[13]. Le disposizioni TSD non mirano a creare nuovi obblighi in funzione della protezione del lavoro e dell'ambiente, ma a riaffermare determinati impegni esistenti a livello internazionale, facendo riferimento a specifiche convenzioni multilaterali. Queste includono le otto convenzioni fondamentali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL)[14] e gli AAM.

Le disposizioni contenute nei capitoli TSD costituiscono regole di carattere generale che hanno una funzione principalmente interpretativa, essendo dirette a determinare il contesto generale entro cui l'accordo si inserisce e, soprattutto, la portata delle norme di carattere generale contenute nell'accordo stesso[15]. Lo scopo dell'inserimento di queste disposizioni, pertanto, è assicurare che i flussi di scambi commerciali e di investimenti possano espandersi e svilupparsi in una maniera che contribuisce all'obiettivo dello sviluppo sostenibile, da intendersi nella triplice configurazione economica, ambientale e sociale[16]. Anche i capitoli TSD, quindi, permettono di

Amsterdam, in *Journal of Environmental Law*, n. 10, 1998, p. 315; S. R. W. VAN HEES, *Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalising the Concept*, in *Utrecht Law Review*, n. 10, 2014, p. 60.

[13] Si tratta dell'ambiziosa strategia per la crescita proposta dalla Commissione europea ed approvata dalle altre Istituzioni dell'Unione tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020. V. comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2019, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Il green deal europeo, COM (2019) 640def. In argomento, v. M. C. CARTA, *Il Green Deal Europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 54 ss.; M. ONIDA, *Il Green deal europeo*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Padova, 2021, p. 257 ss.; M. E. HARRIS, *The Normative Values of the European Green Deal*, in *EJ*, n. 2, 2024, pp. 116-133.

[14] Le otto Convenzioni fondamentali dell'OIL sono: la Convenzione sul lavoro forzato (1930); la Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato (1957); la Convenzione sulla libertà di associazione e la tutela del diritto di organizzazione (1948); la Convenzione sul diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva (1949); la Convenzione sulla parità di retribuzione (1951); la Convenzione sulla discriminazione (impiego e professione) (1958); la Convenzione sull'età minima (1973); e la Convenzione sulle peggiori forme di lavoro minorile (1999).

[15] G. M. DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, cit., p. 1035.

[16] P. ACCONCI, *Investimenti stranieri sostenibili diritto e governance internazionale e dell'Unione Europea*, cit., p. 5 ss.

conciliare esigenze, interessi e valori che sono tra loro contrapposti[17]. Bisogna evidenziare che, nell'ordinamento giuridico dell'UE, la promozione dello sviluppo sostenibile si è consolidata nel Trattato di Lisbona come impegno da rispettare sia livello interno che esterno, con particolare riguardo alla PCC[18]. L'Unione ha, pertanto, iniziato a riconoscere ed inserire progressivamente riferimenti e disposizioni sostanziali relative allo sviluppo sostenibile nei negoziati per la conclusione di accordi internazionali con Stati terzi suoi *partner* commerciali[19]. Nell'ambito degli accordi di libero scambio dell'UE, come nell'ambito dell'accordo l'accordo economico e commerciale globale di libero scambio tra l'Unione e gli Stati membri e il Canada (CETA)[20], le norme previste nei capitoli TSD, benché riferite al commercio, vanno però intese in senso ampio, includendo gli investimenti quali parte della politica commerciale comune dell'Unione[21].

I capitoli TSD sono generalmente divisi in sezioni, di cui la prima riguarda gli obiettivi e il contesto delle norme in materia di sviluppo sostenibile: in tale sezione vi sono anche richiami ad alcuni atti giuridici internazionali che elencano specifici obblighi e obiettivi in materia di sviluppo sostenibile. La sezione è, poi, completata da una disposizione di carattere generale sul diritto a regolare[22] in relazione alle proprie politiche e priorità di

[17] Secondo parte della dottrina, nel quadro giuridico dell'UE, tale funzione conciliativa è esercitata anche dal principio di *mutal supportiveness*. V. R. PAVONI, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate?*, in *EJIL*, n. 3, 2010, p. 650. Il riferimento a questo principio è presente in alcuni accordi dell'UE ed è relativo, principalmente, al rapporto tra commercio, investimenti e protezione dell'ambiente. V., ad es., accordo UE-Nuova Zelanda, cit., art. 19.5, par. 5, lett. a) in materia ambientale.

[18] S. VILLANI, *Prove di rilevanza sistemica dei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell'UE: la decisione arbitrale nel caso UE v. Ucraina*, in E. BARONCINI, I. ESPA, M. L. MARCEDDU, L. MULAS, S. SALUZZO (a cura di), *Enforcement & Law-Making of the EU Trade Policy*, Bologna, 2022, pp. 41-42.

[19] G. ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell'ambiente nella politica commerciale dell'Unione europea*, in *EJ*, 2017.

[20] Decisione del Consiglio 2017/38/UE, del 28 ottobre 2016, relativa all'applicazione provvisoria dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra.

[21] S. SCHACHERER, *The CETA Investment Chapter and Sustainable Development: Interpretative Issues*, in M. M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Wageningen, Oxford, 2019, pp. 214-215.

[22] V. ad es., articoli 23.2-23-5 del CETA; l'art. 16.2 (1) dell'accordo tra l'UE e il Giappone (entrato in vigore il 1° febbraio 2019) e l'art. X.2 dell'accordo tra UE e Nuova Zelanda.

sviluppo: tale disposizione è, poi, integrata nello stesso articolo o in un altro immediatamente successivo, con la previsione del mantenimento e del miglioramento dei livelli di protezione dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori[23]. Queste clausole, così come concepite dall'UE, se da una parte, mirano a tutelare lo spazio politico e regolamentare delle Parti contraenti l'accordo internazionale in cui sono inserite, dall'altra parte, limitano l'esercizio di tale potere di regolare determinati *standard* di protezione. Pertanto, la modifica di leggi e regolamenti e l'adozione di disposizioni nuove resta permessa solo se coerente con gli obblighi internazionali in materia ambientale e sociale. Queste disposizioni, oltre ad imporre un livello minimo di impegni in relazione alla promozione dello sviluppo sostenibile, hanno anche l'effetto di assicurare l'effettiva attuazione degli obblighi internazionali in materia. Tale funzione è stata, inoltre, riconosciuta dalla Corte di giustizia nel suo parere 2/15 in merito all'ALS tra l'UE e Singapore[24]. In relazione a queste disposizioni, la Corte ha evidenziato che «[…] l'Unione e la Repubblica di Singapore si impegnano, sostanzialmente, a garantire che gli scambi commerciali tra di esse abbiano luogo nel rispetto degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione sociale dei lavoratori e di tutela

Con l'espressione "diritto a regolare" si fa riferimento al diritto dello Stato di perseguire legittimamente obiettivi di politica pubblica e di bilanciare gli interessi divergenti degli Stati ospiti e degli investitori che operano sul loro territorio. V. C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, 2014, p. 33; L. WANDAHL MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective*, London, New York, 2016, p. 25; S. XU, Y. WU, H. HAILONG JIA, *Investment Law's Roots in Customary International Law: Why Investment Law and Trade Diverge Regarding the Right to Regulate,* in *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2015-2016, p. 226 ss., spec. p. 230; J. KIM, *Balancing Regulatory Interests through an Exceptions Framework under the Right to Regulate Provision in International Investment Agreements*, in *The George Washington International Law Review*, vol. 50, n. 2, 2018, p. 289 ss., spec. p. 294; P. ACCONCI, *L'inclusione del "right to regulate" negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea*, in *SIE*, n. 1, 2019, pp. 89-106; Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Alphen Aan Den Rijn, 2019, p. 20 ss.

[23] In argomento, v. M. R. MAURO, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: New Perspectives in the World of IIAs*, in E. BARONCINI, I. ESPA, M. L. MARCEDDU, L. MULAS, S. SALUZZO (a cura di), *op. cit*., p. 139.

[24] Corte giust. parere 16 maggio 2017, 2/15. L'accordo tra l'UE e Singapore è entrato in vigore il 21 novembre 2019. Sul parere, v., tra gli altri, A. SEGURA-SERRANO, *The Recurrent Crisis of the European Union's Common Commercial Policy: Opinion 2/15*, in *EP*, n. 2, 2017, pp. 929-843; M. CREMONA, *Shaping EU Trade Policy post- Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017*, in *ECLR*, n. 1, 2018, pp. 231-259.

dell'ambiente cui esse aderiscono»[25]. A queste prime disposizioni fanno seguito sezioni tematiche: l'accordo sugli investimenti con la Cina, ad es., contiene due sole sezioni, una sulle politiche del lavoro e l'altra sull'ambiente[26]. Altri accordi, invece, contengono disposizioni che riguardano anche altre materie, come il contrasto ai cambiamenti climatici, la protezione della biodiversità, le politiche nel settore dell'energia, la pesca sostenibile, l'uguaglianza di genere e la responsabilità sociale d'impresa[27]. Oltre agli obblighi di cooperazione, condivisione di informazioni e di non regressione delle tutele, le sezioni tematiche spesso richiamano gli obblighi multilaterali in vigore per le parti, specificando i singoli accordi che intendono richiamare o rinviando, generalmente, a una intera categoria di accordi internazionali[28].

Rispetto al sistema dell'OMC[29], gli accordi di libero scambio di nuova generazione tra l'UE e gli Stati terzi includono al loro interno norme più specifiche sullo sviluppo sostenibile[30]. Il concetto di sviluppo sostenibile è

[25] Parere 2/15, cit., punto 152.

[26] V. M. R. MAURO, *op. cit.*, p. 139.

[27] V. accordo UE-Nuova Zelanda, cit., capitolo 19.

[28] Per quanto riguarda le norme sulla protezione dell'ambiente, in genere, i capitoli TSD prevedono un generico obbligo di attuazione de cd. *Multilateral environmental Agreements* e protocolli annessi in vigore per le Parti contraenti. V., ad es., l'art. 24.4, par. 2 del CETA. L'unico accordo che sembra distanziarsi da tale prassi è quello tra l'UE, i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, firmato il 21 dicembre 2012, art. 270. L'accordo commerciale con il Perù si applica in via provvisoria dal 1° marzo 2013, mentre quello con la Colombia dal 1° agosto 2013. La piena entrata in vigore è in attesa della ratifica da parte degli Stati membri. L'accordo è applicato dal 2017 anche all'Ecuador.

[29] Per quanto riguarda il rispetto delle norme ambientali degli accordi ambientali multilaterali (AAM), ci si è limitati ad evitare conflitti di norme tra i due regimi piuttosto che richiedere ai membri dell'OMC di attuare gli impegni previsti dagli AAM. Tali accordi sono: la Convenzione sull'inquinamento atmosferico transfrontaliero a lungo raggio (1979); la Convenzione sugli effetti transfrontalieri degli incidenti industriali (1992); la Convenzione sulla protezione e l'uso dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali (1996); la Convenzione sulla valutazione dell'impatto ambientale in un contesto transfrontaliero (1997); la Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (1998).

[30] Gli accordi di libero scambio contengono spesso disposizioni prescrittive che richiedono ai partner commerciali di mantenere determinati *standard* di protezione ambientale e del lavoro. Al contrario, l'approccio regolamentare dell'OMC è in gran parte permissivo, con clausole di eccezione che stabiliscono le condizioni in base alle quali i membri dell'OMC possono adottare misure legate al commercio per scopi di protezione ambientale e sociale. Su questo punto, si veda G. M. DURÁN, *Innovations and implications of the Trade and Sustainable*

stato qualificato come principio guida delle politiche del sistema giuridico dell'Unione sin dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, ed è stato ulteriormente chiarito dal Trattato di Amsterdam[31]. Successivamente, il Trattato di Lisbona ha consolidato l'impegno dell'UE a perseguire lo sviluppo sostenibile sia a livello interno che esterno. Sebbene i trattati non forniscano una definizione esplicita del concetto, essi collegano chiaramente lo sviluppo sostenibile a numerosi ambiti politici, in particolare nelle relazioni esterne[32]. Secondo l'art. 21 TUE, l'Unione dovrebbe promuovere il progresso economico, sociale e ambientale sostenibile nei Paesi in via di sviluppo. Inoltre, dovrebbe contribuire a stabilire misure internazionali per preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e garantire una gestione sostenibile delle risorse naturali globali. L'art. 205 TFUE stabilisce che l'azione dell'UE sulla scena internazionale deve essere guidata dai principi enunciati all'art. 21 TUE. Una lettura congiunta dell'art. 205 TFUE e dell'art. 21, par. 2, TUE può suggerire, dunque, che l'Unione è obbligata a integrare gli interessi dello sviluppo sostenibile nelle sue azioni esterne. Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE afferma, nel suo preambolo, che l'Unione dovrebbe promuovere lo sviluppo sostenibile[33]. La nozione non autonoma di sviluppo sostenibile dell'Unione è ancorata a disposizioni sostanziali e specifiche che

Development Chapter in the EU-Korea Free Trade Agreement, in J. HARRISON (ed.), *The European Union and South Korea: The Legal Framework for Strengthening Trade, Economic and Political Relations*, Edinburgh, 2013, pp. 127-129.

[31] Per un'analisi dell'evoluzione del concetto di sviluppo sostenibile nel diritto dell'UE, v. S. BÄR, R.A. KRAEMER, *op. cit.*, p. 315; S. R. W. VAN HEES, *op. cit.*, p. 60.

[32] In materia di relazioni esterne dell'Unione vedi in generale: P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, II ed. Oxford, 2011; M. CREMONA, A. THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Oxford, 2014; P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, II ed., Oxford, 2015; R. A. WESSEL, J. LARIK (eds.), *EU External Relations Law. Text, Cases and Materials*, II ed., Oxford, 2020; M. E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021; W. TH. DOUMA, C. ECKES, P. VAN ELSUWEGE, E. KASSOTI, A. OTT, R. A. WESSEL, *The Evolving Nature of EU External Relations Law*, The Hague, 2021; J. WOUTERS, F. HOFFMEISTER, G. DE BAERE, T. RAMOPOULOS (eds.), *The Law of EU External Relations. Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, III ed., Oxford, 2021; R. A. WESSEL, G. BUTLER (eds.), *EU External Relations Law*, Oxford, 2022; K. A. ARMSTRONG, J. SCOTT, A. THIES (eds.), *EU External Relations and the Power of Law. Liber Amicorum in Honour of Marise Cremona*, Oxford, 2024.

[33] Il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE afferma che: «L'Unione […] si sforza di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile […]. A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta».

riguardano sia la protezione dell'ambiente sia il raggiungimento degli standard lavorativi chiaramente previsti, tra l'altro, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE[34].

In questo contesto, gli ALS si presentano come un nuovo strumento giuridico di *governance* alternativo per unire gli interessi economici del commercio e quelli ambientali, climatici e del lavoro[35]. Nonostante si tratti di una prassi consolidata, l'efficacia del modello attuato dall'Unione rimane dibattuta[36].

3. Segue*: il capitolo su commercio e sviluppo sostenibile nell'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda*

Il recente accordo commerciale di libero scambio tra l'UE e la Nuova Zelanda incorpora un capitolo TSD. L'accordo tiene conto della nuova strategia formulata dalla Commissione nella citata comunicazione del giugno 2022 al fine di rafforzare il contributo allo sviluppo sostenibile nell'ambito degli accordi commerciali dell'UE.

Le parti contraenti si impegnano ad attuare efficacemente gli AAM che ciascuna ha ratificato nel tempo[37]. Questo *standard* di attuazione rappresenta un obiettivo minimo che le parti si impegnano a raggiungere. Inoltre, esse sono tenute a garantire che i propri ordinamenti giuridici e le proprie politiche settoriali promuovano e incoraggino alti livelli di protezione ambientale e del lavoro, mirando a un miglioramento progressivo[38]. Tuttavia, la formulazione della clausola rende tale impegno giuridicamente più debole e più

[34] Sul ruolo della Carta in materia ambientale, v. V. BONAVITA, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Social Dimension of International Trade*, in G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London- New York, 2011, p. 261; S. VELLUTI, *The Promotion and Integration of Human Rights in EU External Trade Relations*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 32, 2016, p. 43.

[35] Il primo esempio di ALS che ha unito gli interessi economici del commercio a quelli ambientali, climatici e del lavoro è riscontrabile nell'accordo Nordamericano di Libero Scambio (NAFTA) - firmato il 14 settembre 1993 - e sulla Cooperazione Ambientale e del Lavoro - firmato il 14 settembre 1993.

[36] V. M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *JIEL*, n. 1, 2021, pp. 25-51; K. HRADILOVA, O. SVOBODA, *op. cit.*, pp. 1019-1042.

[37] Accordo UE-Nuova Zelanda, cit., art. 19.5, comma 2.

[38] *Ivi*, art. 19.2, comma 2.

difficile da applicare nella pratica in quanto non vengono precisate le modalità con cui le parti dovrebbero promuovere ed incoraggiare gli alti livelli di protezione ambientale e del lavoro. Allo stesso tempo, un cambiamento significativo appare evidente. Infatti, rispetto ad altri ALS, si nota un cambiamento in termini di garanzia di non regressione dei livelli di protezione esistenti nelle leggi ambientali nazionali. In particolare, la clausola di «non deroga e applicazione effettiva»[39] è rafforzata da un più ampio e giuridicamente vincolante obbligo di non regressione secondo cui: «Una parte non deve indebolire o ridurre i livelli di protezione previsti dalla propria legislazione ambientale al fine di incoraggiare il commercio o gli investimenti»[40]. La violazione dell'obbligo di non regressione è legata direttamente all'esistenza dell'intenzione di incoraggiare il commercio (o gli investimenti) attraverso l'adozione di misure che riducano i livelli di tutela ambientale, piuttosto che alla prova dell'esistenza dell'effetto (dell'azione o dell'omissione nell'adottare misure di tutela climatica e ambientale) sul commercio (come previsto, ad es., dall'accordo tra l'UE e il Regno Unito[41]). Tuttavia, non è chiaro quale delle due condizioni sarebbe più facile da dimostrare nella pratica[42].

Pertanto, l'evoluzione delle disposizioni ambientali sostanziali negli accordi di libero scambio dell'UE dal 2010 si è principalmente concentrata sul rafforzamento delle garanzie contro l'indebolimento delle normative nazionali a tutela dell'ambiente per scopi competitivi. Questo è particolarmente evidente nell'accordo con il Regno Unito, data la stretta interdipendenza economica e la vicinanza geografica con l'UE. L'ampiezza applicativa degli obblighi di non regressione, sia nell'accordo tra l'UE e il Regno Unito che tra l'Unione e la Nuova Zelanda, dipende dalla dimostrazione da parte dello Stato leso degli effetti che la violazione delle norme ambientali e climatiche hanno sul commercio e sugli investimenti bilaterali della parte coinvolta. Questo legame tra l'obbligo in questione e gli effetti sul commercio e sullo sviluppo sostenibile rispecchia l'attenzione specifica dell'UE nel salvaguardare attraverso i capitoli TSD la parità economica tra le parti. In particolare, l'obiettivo perseguito dall'accordo con la Nuova Zelanda è più ampio rispetto a quello fissato nell'accordo con il Regno Unito in quanto il rispetto degli *standard* (minimi) di tutela dell'ambiente e del lavoro è richiesto – nel

[39] *Ibidem*.

[40] Accordo UE-Nuova Zelanda, cit., art. 19.2, comma 3.

[41] Art. 391, comma 2 dell'accordo UE-Regno Unito sopra citato. Per un'analisi approfondita dei capitoli TSD inseriti in tale accordo, v. M. MONTINI, *op. cit.*, p. 170 ss.

[42] V. G. M. DURÁN, *The EU's Evolving Approach to Environmental Sustainability in Free Trade Agreements*, in *UCL Research Paper Series*, n. 3, 2023, p. 7.

primo accordo – indipendentemente da qualsiasi effetto sulle politiche bilaterali in materia di commercio o di investimento che l'Unione intende perseguire.

4. *La nuova strategia della Commissione europea: tra procedure unitarie di risoluzione delle controversie e sanzioni economiche*

L'Unione sostiene da tempo l'applicazione e attuazione degli impegni in materia di protezione dell'ambiente. Tutti i moderni accordi commerciali dell'Unione europea comprendono capitoli TSD, che sono il risultato dell'azione dell'Unione volta a concludere convenzioni ambientali multilaterali a livello internazionale. Tali sforzi oggi seguono una prassi avviata nel 2018 mediante un documento informale dei servizi della Commissione europea dal titolo: *Feedback e prospettive future per migliorare l'attuazione e l'applicazione dei capitoli sul commercio e lo sviluppo sostenibile negli accordi di libero scambio dell'UE*[43]. Si trattava di un piano d'azione in 15 punti che ha guidato il progressivo miglioramento dell'attuazione e dell'applicazione di tali capitoli degli accordi commerciali. Come specificato nella comunicazione sul riesame della politica commerciale del febbraio 2021, l'approccio della Commissione in materia di capitoli TSD è stato aggiornato per adattarlo all'evoluzione della normativa ambientale e climatica. Bisogna osservare che, nella sua strategia commerciale per il 2021 denominata *Trade Policy Review*, la Commissione aveva già segnalato il rapido avvio di una revisione in merito ai capitoli TSD, precedentemente introdotta nel piano d'azione del 2018. Tale processo si è concluso con la citata comunicazione della Commissione europea del 22 giugno 2022, che inaugura un nuovo approccio per rendere gli scambi commerciali dell'Unione europea con le altre aree del mondo più verdi, più equi e più sostenibili.

La nuova comunicazione[44] ha inteso promuovere la transizione verde dell'UE proprio con riferimento agli ALS dell'UE con i suoi *partner* commerciali. Essa rappresenta un importante passo avanti verso il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, e per rendere gli scambi com-

[43] Commissione europea, Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements, del 26 febbraio 2018, disponibile online.

[44] COM (2022) 409final, cit.

merciali dell'UE più rispettosi del clima e dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori a livello internazionale. L'UE è fermamente impegnata a garantire che i suoi accordi commerciali con altri Stati terzi promuovano la sostenibilità, affinché la crescita economica vada di pari passo con la tutela dei diritti umani, il lavoro dignitoso, il clima e ambiente, nel pieno rispetto dei valori e delle priorità dell'Unione. L'approccio introdotto dalla Commissione europea si basa sulle norme internazionali del lavoro e dell'ambiente attraverso strutture e processi trasparenti, con il coinvolgimento della società civile. Nella sua comunicazione la Commissione ha proposto vari cambiamenti per rafforzare l'attuazione e l'applicazione dei capitoli sul commercio e lo sviluppo sostenibile degli accordi commerciali dell'UE.

Rispetto al sistema precedente al 2022 di natura prettamente cooperativa[45], il nuovo approccio include, in particolare, l'applicazione di sanzioni economiche e commerciali in caso di violazione delle disposizioni fondamentali in materia di commercio e sviluppo sostenibile. Tale approccio viene applicato ai negoziati futuri e, a seconda dei casi, anche ai negoziati in corso. Attraverso le sanzioni, si evidenzia anche la volontà dell'UE di intensificare il coinvolgimento con i *partner* commerciali in un processo cooperativo per promuovere il rispetto degli *standard* internazionali del lavoro e dell'ambiente anche attraverso l'assistenza tecnica e finanziaria. L'Unione intende rafforzare il suo rapporto sia con i suoi Stati membri che con il Parlamento europeo per monitorare e attuare gli impegni in materia di TSD, anche al fine di aver accesso e di aprire nuovi mercati per l'importazione e l'esportazione di beni e servizi che siano rispettosi del clima e dell'ambiente. Ciò soprattutto tenendo conto delle materie prime pulite, ad es. nel settore dell'energia, particolarmente importanti per ridurre le dipendenze dalle risorse fossili come il gas. La scelta di non sottoporre fino al 2022 i capitoli TSD a un approccio basato su sanzioni può essere attribuita alla stessa Commissione europea, che si è sempre astenuta dal considerare tale opzione. È possibile ipotizzare che uno dei motivi principali di tale scelta risieda nel fatto che per la maggior parte degli Stati terzi *partner* commerciali

[45] L'approccio adottato sino al 2022 dall'UE in materia di tutela ambientale nelle sue relazioni esterne a carattere commerciale è stato oggetto di numerose critiche, v. ad esempio le osservazioni al riguardo del Parlamento europeo: risoluzione del Parlamento europeo, del 25 novembre 2010, sui diritti umani e le norme sociali e ambientali negli accordi commerciali internazionali (2009/2219(INI)), par. 22; risoluzione del Parlamento europeo, del 5 luglio 2016, sull'attuazione delle raccomandazioni 2010 del Parlamento sulle norme sociali e ambientali, i diritti umani e la responsabilità delle imprese (2015/2038(INI)), paragrafi 21-22. In dottrina v. M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, pp. 25-51.

dell'Unione queste disposizioni sono ancora poco familiari. Esiste una diffusa convinzione che la cooperazione e il dialogo tra le parti – con livelli di protezione diversi – siano strumenti più adeguati ad affrontare la non conformità agli *standard* lavorativi e ambientali. Al contrario, imporre regole rigorose e prevedere sanzioni economiche veniva considerato controproducente o, in ogni caso, ritenuto difficilmente accettato dai partner commerciali. Alla luce di queste considerazioni, non sorprende che, anche in caso di evidente non conformità all'ALS considerato, per circa un decennio non sia stato avviato nessun caso riguardante gli accordi commerciali dell'UE relativi a *standard* lavorativi o ambientali.

La revisione dei capitoli TSD si estende anche ai meccanismi di risoluzione e monitoraggio. Nella sua comunicazione, la Commissione ha avanzato la proposta di allineare ulteriormente l'applicazione del capitolo sul commercio e lo sviluppo sostenibile al meccanismo generale di risoluzione delle controversie tra Stati e di estendere la fase di attuazione alle controversie sui capitoli TSD. Si tratta di un'apertura significativa, mai registrata prima d'ora e, dunque, destinata ad avere un impatto sui futuri negoziati commerciali. Infatti, una delle caratteristiche più rilevanti dei capitoli TSD è che la procedura di risoluzione delle controversie ivi prevista è espressamente separata dal meccanismo generale di risoluzione delle controversie stabilito negli ALS[46]. Unificare le procedure di risoluzione delle controversie consentirebbe, innanzitutto, di limitare i rischi di sovrapposizioni interne tra procedure distinte. L'esistenza di molteplici meccanismi di risoluzione, infatti, può generare incertezze circa la procedura più corretta da attivare in riferimento a una specifica controversia. Ciò può accadere in circostanze in cui, per la peculiarità delle condotte contestate, una controversia potrebbe rientrare in più capitoli dell'accordo, con la conseguenza che diverse procedure risulterebbero potenzialmente applicabili[47]. Le criticità conseguenti all'esistenza di

[46] Fino alla proposta della Commissione, i capitoli TSD sono stati esentati dal meccanismo generale di risoluzione delle controversie modellato su quello dell'OMC. Il meccanismo generale prevede, infatti, consultazioni e l'attivazione di un arbitrato da parte di un collegio indipendente e consente alle parti di richiedere e godere di rimedi temporanei (ad es., la sospensione gli obblighi nei confronti del partner commerciale la possibilità di ricevere un risarcimento) in caso di mancata esecuzione del lodo arbitrale.

[47] Cfr. L. MAROTTI, *Il coordinamento tra meccanismi di soluzione delle controversie negli accordi dell'Unione europea*, in G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, pp. 33-53, spec. p. 46 ss.

più meccanismi di risoluzione sono state dimostrate in occasione della controversia tra l'UE e l'Ucraina risalente al 2019[48], la prima, per quanto concerne gli accordi commerciali di nuova generazione, ad essere stata decisa dal panel di esperti, istituito ai sensi dell'art. 306 del relativo accordo di associazione. Poiché la controversia riguardava alcune misure restrittive all'esportazione di prodotti di legname, l'Ucraina riteneva che la questione rientrasse nell'ambito di applicazione del capitolo su commercio e sviluppo sostenibile (capo 13), mentre l'Unione aveva chiesto l'istituzione del panel ricorrendo al meccanismo generale di risoluzione (capo 14). La differenza, ovviamente, è sostanziale, in quanto nel secondo caso si applica la procedura contenziosa a carattere vincolante, mentre nel capitolo TSD, la prima non viene applicata. Senza entrare nel merito della vicenda, l'episodio richiamato mostra come l'esistenza di più procedure di risoluzione rischi di generare confusione nell'individuazione del foro competente ai sensi dell'accordo, tra i vari fori contemplati e potenzialmente confliggenti[49].

Con la sua comunicazione, la Commissione europea sembra aver preferito un cambiamento graduale. Infatti, le controversie sui capitoli TSD negli accordi commerciali dell'UE dovrebbero essere soggette alle normali procedure di risoluzione delle controversie. Tuttavia, le sanzioni per il mancato rispetto di quanto disposto dal panel di esperti nelle controversie sulla sostenibilità sono previste solo per gravi violazioni delle disposizioni dell'Accordo di Parigi sul clima del 2015[50] e le Convenzioni fondamentali dell'OIL. Va notato che la proposta secondo cui le violazioni devono essere «gravi» affinché l'UE possa prendere in considerazione sanzioni per il mancato rispetto di una sentenza si applicherebbe solo alle controversie sulla sostenibilità; questa soglia di gravità non si applica, invece, alle violazioni della regolamentazione commerciale o delle disposizioni sulla proprietà intellettuale presenti in larga parte negli accordi commerciali di nuova generazione tra l'UE e gli Stati terzi. Anche se le violazioni degli impegni di sostenibilità dovrebbero essere tutte soggette a sanzioni economiche, alla luce di quanto abbiamo in precedenza osservato, è possibile affermare che l'adozione di un

[48] V. www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-response-ukraine-invasion/.

[49] V. G. M. RUOTOLO, *On the Incorporation of WTO Obligations in The European Union Trade Agreements: The Dispute with Ukraine on The Timber Export Ban and The Environmental Exceptions*, in *OIDU*, n. 4, 2019, pp. 830-834.

[50] Per il testo dell'Accordo di Parigi v. United Nations, Paris Agreement, 12 December 2015, disponibile al link www.un.org/en/climatechange/paris-agreement. Per un'analisi v. G. VAN CALSTER, L. REINS, *The Paris Agreement on Climate Change: A Commentary*, Cheltenham, Northampton, 2021.

meccanismo di applicazione più rigido sembra prematura in questa fase iniziale di attuazione. Inoltre, dato che alcuni Stati terzi *partner* dell'UE sono ancora deboli sul piano economico rispetto ad altri, appare comunque verosimile la possibilità che tali sanzioni verrebbero utilizzate principalmente da (piuttosto che contro) l'Unione. Inoltre, si può sostenere che il passaggio a un modello di applicazione basato su sanzioni per i capitoli sul commercio e lo sviluppo sostenibile non appare giustificato dal punto di vista dell'efficacia ed è anzi indesiderabile per diverse ragioni sia giuridiche sia politiche. In questo contesto, è possibile osservare che, tra gli accordi conclusi recentemente dall'UE con il Cile, il Kenya e la Nuova Zelanda, solo quest'ultimo segue il nuovo approccio indicato dalla Commissione europea sui capitoli TSD. Allo stesso tempo, l'accordo con la Nuova Zelanda presenta alcune lacune e ambiguità. Ad esempio, nell'art. 19.6 n. 3 una violazione nell'attuazione dell'Accordo di Parigi è definita come «*any action or omission which materially defeats the object and purpose of the Paris Agreement*». Tuttavia, senza un precedente a cui far riferimento in merito alla natura dell'azione o dell'omissione che può far scattare la violazione, non appare chiaro come la Commissione europea possa far rispettare e dare esecuzione agli impegni ambientali propri dei capitoli sul commercio e sullo sviluppo sostenibile.

5. Segue*: il sistema di* enforcement *delle disposizioni su commercio e sviluppo sostenibile nell'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda*

L'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda è sostanzialmente simile ad altri accordi di libero scambio per quel che riguarda il monitoraggio dell'attuazione degli impegni TSD tramite un Comitato congiunto specializzato in materia[51]. Tuttavia, l'accordo in questione è il primo strumento a incorporare quanto previsto nella già citata comunicazione della Commissione dopo il processo di revisione del 2022 dei capitoli TSD.

In rottura con la prassi precedente, l'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda applica alle controversie derivanti dal capitolo TSD il meccanismo generale di risoluzione delle dispute ivi stabilito[52]. Il meccanismo di risoluzione prevede un processo che può essere distinto in due fasi, ovvero quella di consultazione intergovernativa e quella dedicata alle procedure di riesame del panel costituito in modo più dettagliato rispetto al metodo dedicato per

[51] Accordo UE-Nuova Zelanda, cit., articoli 24.4.1 (e) e 24.4.6.

[52] *Ivi*, art. 26.2.

risolvere le controversie sui capitoli TSD negli ALS precedenti. Tuttavia, la principale differenza tra i due meccanismi risiede in ciò che accade nella fase di verifica di conformità, dopo l'esame delle eventuali violazioni inserito nel rapporto finale del panel. Secondo l'accordo UE-Nuova Zelanda, le conclusioni del panel in relazione alle disposizioni TSD sono giuridicamente vincolanti[53]. La parte inadempiente deve prontamente adottare le misure necessarie per conformarsi a quanto deciso. Il Comitato TSD è responsabile del monitoraggio dell'attuazione di tali misure di conformità[54]. Se le parti non sono d'accordo sull'esistenza o sulla coerenza di queste misure con le disposizioni pertinenti dell'accordo, il panel può compiere una revisione indipendente[55]. Se la parte convenuta non può assicurare immediatamente la conformità, essa può notificare alla parte attrice un periodo di tempo ragionevole entro cui adempiere[56]. Per le controversie nell'ambito del capo 19 (Commercio e sviluppo sostenibile), i rimedi temporanei generali (cioè, compensazione e ritorsioni commerciali) sono applicabili solo a una specifica violazione delle disposizioni ambientali[57].

Bisogna evidenziare che l'art. 26.16. dell'accordo in esame solleva alcune perplessità. Innanzitutto, non si comprende perché l'uso delle sanzioni economiche possa essere considerato appropriato quale rimedio di ultima istanza per favorire il rispetto del solo Accordo di Parigi, ma non anche degli altri AAM[58]. Inoltre, la scelta di imporre sanzioni per il mancato rispetto

[53] *Ivi*, art. 26.13.1.

[54] *Ivi*, art. 26.13.3(b).

[55] *Ivi*, art. 26.15.2.

[56] *Ivi*, art. 26.14.

[57] Ci si riferisce a varie ipotesi, ovvero: ai sensi dell'art. 26.16.2, quando si verifica una situazione di cui al paragrafo 1, lett. a), b) o c) del presente articolo, e la relazione finale del panel a norma dell'art. 26.12 (Relazione finale) constata una violazione: i) dell'art. 19.3 (Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro), par. 3; o ii) dell'art. 19.6 (Commercio e cambiamenti climatici), par. 3 del presente articolo, se il panel, nella sua relazione finale, constata che la parte convenuta non si è astenuta da atti o omissioni che vanificano nella sostanza l'oggetto e la finalità dell'accordo di Parigi; o b) si verifica una situazione di cui al par. 1, lett. d), e la decisione del panel a norma dell'art. 26.15 (Verifica della conformità) constata una violazione: i) dell'art. 19.3 (Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro), par. 3; o ii) dell'art. 19.6 (Commercio e cambiamenti climatici), par. 3, se il panel, nella sua decisione, constata che la parte convenuta non si è astenuta da atti o omissioni che vanificano nella sostanza l'oggetto e la finalità dell'accordo di Parigi.

[58] V., ad es., la Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione firmata a Washington il 3 marzo 1973, entrata in vigore il 1° luglio 1975 e il Protocollo di Montréal firmato il 16 settembre 1987, entrato in vigore il 1° gennaio 1989, in cui, invece, sono previste delle sanzioni.

dell'Accordo di Parigi può risultare incoerente anche con il fatto che in questa Convenzione non siano previste misure sanzionatorie in caso di violazioni.

In secondo luogo, non è chiaro cosa significhi esattamente l'espressione «compromette materialmente l'oggetto e lo scopo» dell'Accordo di Parigi. L'obiettivo centrale dell'Accordo di Parigi è stabilito nell'art. 2, ovvero rafforzare la risposta globale alla minaccia dei cambiamenti climatici, e ulteriormente definito in obiettivi più specifici per la mitigazione del clima, adattamento e finanziamento. Tuttavia, individuare le azioni (o omissioni) individuali che possono compromettere materialmente tale oggetto e scopo risulta complesso. Ad esempio, in relazione alla mitigazione, ciascuna parte ha l'obbligo (di condotta) di preparare, comunicare e mantenere i contributi determinati a livello nazionale (NDC) con l'obiettivo di raggiungere la temperatura a lungo termine prevista dall'accordo. In altre parole, pur essendo definito l'obbligo di preparare e comunicare gli NDC, resta poco chiaro che tipo di azioni individuali siano sufficienti a mettere seriamente a rischio l'obiettivo di mantenere l'aumento della temperatura globale entro limiti accettabili. A mero titolo esemplificativo, si potrebbe sostenere che l'assenza di un contributo NDC da una delle parti, o la mancata conformazione ai propri impegni di mitigazione autodeterminati, possa raggiungere la soglia di compromissione materiale dell'oggetto e dello scopo dell'Accordo di Parigi.

In terzo luogo, ci si può chiedere se sia appropriato attribuire ad un panel dell'ALS il compito di determinare quando l'azione o l'omissione di una parte compromette materialmente l'oggetto e lo scopo dell'Accordo di Parigi. In linea di principio, è vero che un panel può fare riferimento alle norme contenute negli AAM pertinenti quando decide su controversie bilaterali riguardanti la conformità dell'ALS con accordi multilaterali ambientali, anche in base ai pareri forniti dall'OIL o dagli organismi od organizzazioni pertinenti istituiti a norma degli AAM[59]. Tale applicazione sarà però probabilmente piuttosto limitata nel contesto dell'Accordo di Parigi. Questo perché il principale meccanismo di supervisione ivi stabilito (il cosiddetto *Global Stocktake*) è autorizzato a valutare solo i progressi collettivi verso il

[59] Accordo UE-Nuova Zelanda, cit., art. 26.21 (3) secondo cui: «Per quanto riguarda le questioni relative alla conformità agli accordi e agli strumenti multilaterali di cui al capo 19 (Commercio e sviluppo sostenibile), i pareri degli esperti esterni o le informazioni richieste dal panel dovrebbero includere informazioni e pareri forniti *dall'OIL o da organismi od organizzazioni pertinenti istituiti a norma dei MEA* (AAM)» (corsivo aggiunto).

raggiungimento degli obiettivi di riscaldamento globale. Si ignorano, in questo modo, le azioni o omissioni individuali da qualsiasi valutazione sull'adeguatezza della loro azione di mitigazione sotto gli NDC[60]. A tal riguardo, bisogna osservare che gli impegni legati al clima si trovano in una posizione distinta rispetto agli *standard* lavorativi fondamentali inclusi nei capitoli TSD, dove un panel dell'ALS può basarsi sul fatto che il sistema di supervisione dell'OIL monitora l'applicazione delle convenzioni ratificate nei singoli membri[61].

Sebbene questo spostamento verso mezzi di *enforcement* più coercitivi possa essere salutato con favore, non mancano però anche gli elementi di criticità. Le sanzioni economiche appaiono inique come strumento unico di *enforcement* in quanto è necessario tenere conto anche dell'esistenza di squilibri economici tra i *partner* commerciali dell'UE. L'UE, essendo una delle principali potenze economiche mondiali, ha la capacità di imporre misure sanzionatorie che possono realmente avere un impatto sui suoi *partner* commerciali, mentre questi ultimi, essendo economicamente meno influenti, rischiano di subire più danni di quelli che possono infliggere con le proprie sanzioni. Non ci sono ad oggi casi noti in cui uno Stato più debole sia riuscito a usare efficacemente le sanzioni contro un altro economicamente più forte. Di conseguenza, l'introduzione di sanzioni per garantire il rispetto delle norme ambientali negli ALS tenderebbe a favorire l'UE, creando un meccanismo sbilanciato. Queste problematiche sono state per lo più ignorate dalla Commissione europea nella comunicazione del 2022. Infine, appare ancora difficile capire come tali sanzioni possano funzionare in modo reciproco, cioè in quale misura siano applicabili a entrambe le parti (sia all'UE e ai suoi Stati membri che i suoi *partner* commerciali).

Non sorprende che l'approccio relativo all'*enforcement* proposto dalla Commissione nella revisione dei capitoli TSD del 2022 e attuato nell'ALS concluso tra UE e Nuova Zelanda non sia stato seguito successivamente nell'accordo UE-Cile[62], concluso a dicembre 2023. Infatti, ai sensi degli articoli 26.20, 26.21 e 26.22 dell'accordo con il Cile, si prevede l'intervento preliminare dei gruppi consultivi, i c.d. DAGs, e, solo successivamente, la

[60] Art. 14 dell'Accordo di Parigi.

[61] Costituzione dell'OIL, art. 22 (procedura di segnalazione) e articoli 24-34 (procedure di rappresentanza e di reclamo).

[62] Accordo UE-Cile, *Advanced Framework Agreement*, firmato il 13 dicembre 2023. Il 18 aprile 2024, il Consiglio ha adottato la decisione relativa alla conclusione dell'accordo interinale sugli scambi tra l'Unione e la Repubblica del Cile. Tale decisione segna la fine del processo di ratifica interna a livello dell'UE e apre la strada all'entrata in vigore dell'accordo.

costituzione di un panel di esperti che potrà adottare un report finale che non stabilisca però misure coercitive e vincolanti. In questo modo si riprende il modello di risoluzione delle controversie precedente al 2020[63]. Bisogna osservare che anche nel sistema dell'OMC, dove l'uso delle sanzioni è stato più frequente rispetto a quanto avvenuto nell'ambito degli ALS, le misure coercitive sono state autorizzate solo in un numero limitato di casi (12 controversie al dicembre 2020)[64] e attuate in ancor meno circostanze, con risultati variabili in termini di conformità alle decisioni dell'Organizzazione[65]. Al contrario, nel 2018, l'approccio cooperativo dell'UE ha dimostrato la sua efficacia nella controversia sul lavoro con la Corea[66]. La Corea aveva sostenuto che il panel non avesse giurisdizione, poiché il ricorso dell'UE riguardava questioni sul lavoro senza un collegamento diretto con il commercio tra l'UE e la Corea. Tuttavia, questa posizione ha permesso al Gruppo di Esperti di chiarire che gli obblighi TSD previsti dall'articolo 13.4.3 dell'ALS non dipendono dagli effetti sul commercio, ma includono il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori, come stabilito dalla Dichiarazione dell'OIL del 1998 e dalle Convenzioni fondamentali dell'Organizzazione. Successivamente, la Corea ha adottato misure concrete per correggere le violazioni, modificando la propria legislazione in materia di lavoro e ratificando tre delle quattro Convenzioni fondamentali dell'OIL ancora pendenti[67].

[63] V. par. 4.

[64] Dopo il 2020 non sono registrati casi in cui siano state autorizzate sanzioni, v. www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds108_e.htm. In alcuni casi, anche la sola minaccia di adottare misure coercitive è stata sufficiente a far cessare la violazione con le regole dell'OMC, v. *United States – Certain Country of Origin Labelling Requirements, Recourse to Article 22.6 Arbitration Report*, WT/DS384/DS386/ARB, 7 December 2015. V. anche G. M. DURÁN, *The EU's Evolving Approach to Environmental Provisions in Free Trade Agreements?*, cit.

[65] V. *United States — Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"* su www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds108_e.htm e *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* su www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm.

[66] *Panel of Experts Proceedings Constituted under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement – Report of the Panel*, 20 January 2021, disponibile su www.policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/dispute-settlement/bilateral-disputes/korea-labour-commitments_en. In argomento, v. J. SUN HAN, *The EU-Korea Labour Dispute: A Critical Analysis of the EU's Approach*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 26, n. 4, 2021, pp. 531-552; E. BARONCINI, *op. cit.*, p. 19.

[67] Commissione europea, relazione sull'applicazione degli accordi commerciali dell'UE,

L'ALS tra l'Unione e la Nuova Zelanda è il primo a utilizzare un approccio più rigoroso per far rispettare le norme TSD, come proposto dalla Commissione europea nella sua comunicazione. A differenza del passato, le controversie riguardanti il capitolo TSD ora rientrano nel meccanismo generale di risoluzione delle dispute dell'accordo. Come già sottolineato, questo meccanismo prevede un processo in due fasi: la prima caratterizzata da consultazioni tra i governi e la seconda da una revisione da parte di un panel. Le pronunce del panel sui temi TSD sono vincolanti come precisato ai sensi dell'art. 24.5 dell'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda. Il Comitato è responsabile di controllare che queste misure vengano attuate. Se ci sono disaccordi sulle misure adottate, il panel può effettuare una revisione indipendente. Se una parte non si conforma entro il termine stabilito, i rimedi temporanei come la compensazione o la sanzione commerciale possono essere applicati solo a specifiche violazioni delle norme ambientali o climatiche, in particolare se la parte non ha evitato azioni che compromettono gli obiettivi dell'Accordo di Parigi.

6. Segue*: verso una "condizionalità ambientale" negli accordi di libero scambio dell'UE?*

Alla luce dell'indagine fin qui svolta, ci si potrebbe chiedere se la previsione di capitoli TSD vincolanti e di sanzioni in caso di loro violazione all'interno degli accordi di libero scambio dell'UE di nuova generazione possa essere considerata come un tentativo dell'UE di stabilire una nuova forma di condizionalità – "ambientale" – imposta dall'Unione[68], accanto a quelle già esistenti in ambito politico[69] ed economico[70].

del 27 ottobre 2021, COM (2021) 654final, p. 18, www.trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/may/tradoc_159567.pdf.

[68] L. DI ANSELMO, *La promozione dello sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell'Unione europea: alla ricerca di strumenti di enforcement più incisivi?* in *federalismi.it*, n. 10, 2023, p. 119.

[69] E. CANNIZZARO, *The Scope of the EU Foreign Power. Is the EC Competent to Conclude Agreements with Third States Including Human Rights Clauses?* in ID. (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002, p. 297 ss.; L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, 2005; A. CIRCOLO, *La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell'azione dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 2, 2022, pp. 1-57.

[70] G. D'AGNONE, *La condizionalità economica nell'azione esterna dell'Unione europea*,

Questa tipologia di condizionalità potrebbe trovare fondamento giuridico nelle disposizioni del diritto dell'Unione, in particolare negli articoli 3, par. 5 e 21 del TUE[71], che sanciscono il perseguimento di obiettivi di sostenibilità, tutela dei diritti umani e protezione ambientale nelle relazioni esterne dell'UE. Inoltre, l'art. 11 del TFUE stabilisce che le esigenze connesse alla protezione dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle attività dell'Unione, inclusa, soprattutto, la politica commerciale comune. Nonostante gli espliciti obblighi sanciti dai Trattati istitutivi dell'UE, le iniziative dell'Unione volte a rafforzare gli *standard* ambientali, lavorativi e sociali attraverso il commercio sono state oggetto di due critiche. In primo luogo, i capitoli TSD sono stati ampiamente contestati per la loro ridotta efficacia nella prassi. In secondo luogo, ci si è chiesti in che misura l'UE debba e possa legittimamente interferire negli affari interni di Stati terzi – suoi partner commerciali – attraverso la propria azione esterna (attraverso la conclusione di ALS). La prima criticità è stata sollevata, tra gli altri, da diversi Stati membri[72], dal Parlamento europeo[73] e da alcuni autori[74]. Il "nuovo approccio" della Commissione rafforza l'integrazione degli obiettivi ambientali e sociali nelle politiche commerciali dell'Unione. Come si è cercato di evidenziare, la Commissione ha ampliato la propria azione in materia di sostenibilità, con l'intento di adattarla in modo più efficace alle specificità degli Stati terzi partner. Parallelamente, ha avviato un processo di revisione dei meccanismi di applicazione degli impegni assunti nei capitoli TSD, prevedendo il passaggio da un approccio essenzialmente "cooperativo" – privo di efficacia vincolante – a un modello "sanzionatorio", ma solo per obblighi climatici. Però, l'intensificarsi dell'impegno dell'UE nella promozione e nell'applicazione extraterritoriale di norme

in *DUE*, n. 4, 2016, pp. 653-682; S. POLI, *The Principle of Conditionality in the EU's Relations with its Neighbours: its Evolution and Reconciliation with the Principle of Consistency*, in *DUE*, n. 3, 2018, pp. 525-552.

[71] M. CREMONA, *Values in EU Foreign Policy*, in M. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Oxford, 2011, p. 275.

[72] Non-paper from the Netherlands and France on trade, social economic effects and sustainable development (2020).

[73] Risoluzione del Parlamento europeo, del 6 ottobre 2022, sull'esito del riesame della Commissione del piano d'azione in 15 punti in materia di commercio e sviluppo sostenibile (2022/2692(RSP)).

[74] K. HRADILOVÀ, O. SVOBODA, *op. cit.*, p. 1019.

sulla sostenibilità ha conferito nuova centralità alla seconda critica precedentemente menzionata. Ci si chiede, infatti, in che modo l'UE possa sfruttare il proprio potere di mercato per migliorare le condizioni ambientali e sociali negli Stati terzi partner.

Ora, la condizionalità ambientale, rispetto a quella politica ed economica, già presenti nel diritto dell'UE, si distingue sia nei presupposti che nei meccanismi operativi e ciò potrebbe influire sulla sua effettività nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Infatti, la condizionalità politica si basa su valori fondamentali come diritti umani[75], democrazia e stato di diritto, trovando applicazione nei processi di adesione e nei rapporti con Stati terzi attraverso clausole vincolanti che possono prevedere la sospensione di benefici in caso di violazioni. La condizionalità economica, invece, è focalizzata su parametri macroeconomici e fiscali, applicata rigidamente all'interno dell'UE tramite monitoraggi e penalità economiche (come nei programmi di aggiustamento macroeconomico) o nei rapporti esterni per incentivare riforme economiche in cambio di benefici commerciali o aiuti finanziari. La condizionalità ambientale, pur condividendo l'obiettivo di vincolare le parti a determinati *standard*, si concentra sulla tutela dell'ambiente e della sostenibilità, utilizzando strumenti meno sanzionatori, come clausole di non regressione negli ALS che vietano, ad es., fenomeni di *dumping* ambientale[76] per favorire il commercio.

Il concetto di condizionalità ambientale, recentemente rafforzato attraverso il capitolo TSD nell'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda, rappresenta un elemento centrale della strategia commerciale dell'UE per integrare obiettivi ambientali negli accordi di libero scambio. Ciò è legato anche al fatto che l'accordo, ispirato alla comunicazione della Commissione del giugno 2022, introduce impegni giuridicamente vincolanti, come l'obbligo di non regressione, che vieta a una parte di ridurre i livelli di protezione am-

[75] A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *DUE*, n. 1, 1999, p. 149 ss.; P. LEINO, The *Journey towards All that is Good and Beautiful: Human Rights and "Common Values" as Guiding Principles of EU Foreign Relations Law*, in M. CREMONA, B. DE WITTE (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Oxford, 2008; N. GHAZARYAN, *A New Generation of Human Rights Clauses? The Case of Association Agreements in the Eastern Neighbourhood*, in *ELR*, vol. 40, n. 3, 2015, p. 391.

[76] Il *dumping* ambientale è una forma di concorrenza sleale che si verifica quando un'impresa può immettere sul mercato beni a prezzi più bassi perché prodotti a minori costi in Stati dove non esiste una normativa per la tutela ambientale.

bientale per incentivare il commercio o gli investimenti. Infatti, questo obbligo è significativo in quanto estende la protezione indipendentemente dall'esistenza di un effetto diretto sul commercio, diversamente da quanto previsto nell'accordo con il Regno Unito. Tuttavia, l'effettiva applicabilità del principio di non regressione rimane complessa, poiché richiede di dimostrare l'intenzione di incoraggiare il commercio attraverso l'indebolimento normativo. Tale onere probatorio si rivela particolarmente complesso nella pratica.

La Corte di giustizia dell'UE ha già sottolineato la rilevanza del rispetto degli obblighi ambientali derivanti dagli accordi internazionali, come evidenziato nei casi *Commissione/Francia*[77] e *Commissione/Italia*[78], dove ha ribadito che gli Stati membri devono attuare le norme ambientali in modo pieno ed efficace, anche quando queste derivano da impegni multilaterali, come quelli commerciali. Inoltre, nel caso *Ahlström*[79], la Corte ha evidenziato l'importanza di interpretare le disposizioni ambientali in conformità agli obiettivi generali dell'UE, rafforzando il principio di effettività. Nella sentenza del 7 febbraio 1985, *Procureur de la République/Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*[80], la Corte ha affermato che gli Stati membri devono adottare tutte le misure necessarie per garantire la raccolta e l'eliminazione controllata degli oli usati, in conformità con le direttive comunitarie, evidenziando l'obbligo di effettiva attuazione delle norme ambientali. Inoltre, nella sentenza del 20 settembre 1988, *Commissione delle Comunità europee/Danimarca*[81], la Corte ha ribadito che gli Stati membri non possono adottare misure unilaterali che ostacolino la libera circolazione delle merci con il pretesto della protezione ambientale, senza rispettare le procedure e gli obblighi previsti dal diritto dell'UE. Queste pronunce possono evidenziare come la Corte interpreti rigorosamente gli obblighi ambientali degli Stati membri, richiedendo un'attuazione concreta ed efficace delle norme, in linea con il principio di effettività dell'Unione. Sebbene la Corte non si sia ancora espressa specificamente sui capitoli TSD, il principio di effettività, posto alla base delle sue decisioni, può essere richiamato a nostro avviso in questa sede per sostenere che gli impegni ambientali inclusi nei capitoli TSD

[77] Corte giust. 9 dicembre 1997, C-265/95, punti 32-34.

[78] Corte giust. 2 dicembre 2024, C-378/13, punto 25.

[79] Corte giust. 31 marzo 1993, 89/85, punto 16.

[80] Corte giust. 7 febbraio 1985, 240/83. V. anche P. VALERIO, *Il dialogo tra condizionalità ambientale, tutele costituzionali e libertà economiche nel contesto della crisi naturale e climatica*, in *DPCE*, n. 4, 2023, p. 3401.

[81] Corte giust. 20 settembre 1988, 302/86, punto 9.

non possano essere interpretati in modo da svuotarne la portata. Pertanto, il rispetto delle norme ambientali e del lavoro inserite nei capitoli TSD diventa una precondizione per lo sviluppo economico sostenibile, rafforzando così la dimensione giuridica e strategica della politica commerciale dell'UE. Inoltre, l'importanza rafforzata dei capitoli TSD può evincersi anche dal noto parere 2/15 della Corte di giustizia. Infatti, secondo alcuni autori[82], in conformità con l'art. 31, par. 2, della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati (CVDT)[83] si potrebbe avvalorare l'idea che le disposizioni TSD possano essere ormai definite quali elementi essenziali dell'accordo internazionale. Con tale interpretazione, la Corte ha risposto all'esigenza di garantire un'applicazione adeguata e uniforme del diritto dell'UE, richiedendo, tra l'altro, l'integrazione degli obiettivi sanciti nei trattati all'interno delle politiche dell'Unione. La Corte ha rafforzato questa interpretazione richiamando anche l'obbligo dell'UE di rispettare e perseguire obiettivi non commerciali – come quello climatico ed ambientale – nell'ambito della sua politica commerciale comune. Inoltre, è ragionevole pensare che l'interpretazione della Corte possa avere importanti implicazioni anche nella fase di applicazione della procedura di risoluzione delle controversie prevista nei capitoli TSD. Come sottolineato dalla Corte stessa, l'art. 60, par. 1 della CVDT stabilisce che la violazione di disposizioni essenziali di un trattato può costituire una violazione sostanziale, giustificando così la sospensione o la cessazione dell'applicazione del trattato. Nel caso degli accordi commerciali, la violazione delle clausole essenziali potrebbe implicare la sospensione della liberalizzazione del commercio o altre contromisure proporzionate alla violazione. Pertanto, l'attribuzione di un ruolo essenziale alle disposizioni TSD degli ALS non ha, dunque, solo una rilevanza teorica: la loro violazione può potenzialmente portare alla cessazione o sospensione della liberalizzazione del commercio bilaterale[84]. Questa evoluzione riflette un più ampio cambiamento nella politica commerciale dell'UE, che vede il commercio non più

[82] V. S. VILLANI, *Settling Disputes on TSD Chapters of EU FTAS: Recent Trends and Future Challenges in The Light of CJEU's Opinion 2/15*, in A. BIONDI, G. SANGIUOLO (eds.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for an Enhanced Dialogue*, Cheltenham, 2021, p. 117 ss.

[83] L'art. 31 par. 2 della CVDT stabilisce che: «Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato».

[84] V. S. VILLANI, *Settling Disputes on TSD Chapters of EU FTAS*, cit., pp. 117- 120.

solo come un obiettivo economico, ma anche come uno strumento per promuovere valori fondamentali come la sostenibilità ambientale. La Corte, attribuendo ai capitoli TSD un ruolo essenziale, sottolinea come il rispetto di tali disposizioni non rappresenti solo un "valore aggiunto" ai trattati, ma una condizione necessaria per la loro piena efficacia. Da questa prospettiva, la condizionalità ambientale non si limita alla protezione delle risorse naturali, ma si espande alla promozione di un modello commerciale responsabile e integrato con obiettivi di sviluppo sostenibile.

Anche parte della dottrina[85] ha analizzato nel tempo l'approccio dell'UE nel promuovere la sostenibilità ambientale attraverso la politica commerciale comune, evidenziando sia le ambizioni dell'Unione sia le sfide legate all'effettività di tali impegni. È stata esaminata l'intenzione dell'UE di posizionarsi come un attore globale nello sviluppo della sostenibilità attraverso il commercio. Tuttavia, in base a quanto affermato in dottrina, permangono incertezze sulla capacità di rendere effettivi gli impegni inclusi nei capitoli TSD, soprattutto in assenza di meccanismi sanzionatori incisivi, che limitano il carattere vincolante di queste disposizioni. In questo contesto, è importante sottolineare che l'efficacia della condizionalità ambientale nei rapporti commerciali dell'UE dipenda però anche da un equilibrio tra l'ambizione degli obiettivi ambientali e la capacità degli Stati terzi partner dell'UE, specialmente quelli in via di sviluppo, di attuarli[86]. Si può discutere, ad es., delle sfide legate all'attuazione degli *standard* ambientali da parte delle imprese operanti in contesti giuridici meno sviluppati, evidenziando la necessità di supporto e cooperazione per garantire l'effettività delle norme. In ogni caso, le questioni di cui si tratta sono destinate a influenzare la competitività complessiva dell'UE, nonché il suo posizionamento strategico e la sua politica economica. Tale centralità non deve stupire, dati i presupposti ed il funzionamento dell'economia internazionale e la massiccia esposizione dell'UE alle dinamiche del commercio mondiale. Appare, quindi, importante considerare le capacità istituzionali e le risorse degli Stati in via di sviluppo nell'attuazione di tali *standard*, per evitare effetti controproducenti e garantire una transizione sostenibile.

L'adozione di una condizionalità ambientale attraverso capitoli TSD più

[85] M. CREMONA, *Expanding the Internal Market: An External Regulatory Policy for the EU?* in B. VAN VOOREN, S. BLOCKMANS, J. WOUTERS (eds.), *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford, 2013, pp. 162-177.

[86] E. MORGERA, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, 2009; J. SCOTT, *The New EU'Extraterritoriality*, in *CMLR*, vol. 51, 2014, p. 1343.

chiari e specifici rappresenta un'opportunità per rafforzare gli *standard* ambientali globali. Il commercio bilaterale, vincolato al rispetto delle norme ambientali internazionali, può generare incentivi positivi per i *partner* commerciali a migliorare le loro politiche ambientali e sociali. Tuttavia, affinché tale sistema sia realmente efficace, occorre chiarire aspetti critici come la tipologia di misure da adottare in caso di violazioni e le modalità per quantificare i danni economici derivanti dal mancato rispetto degli obblighi. Il nuovo accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda sembra riflettere la volontà dell'Unione nel collegare politiche commerciali e sostenibilità, pur riconoscendo le incertezze riguardanti l'efficacia di tali strategie ancora esistenti, in particolar modo per quanto concerne l'applicazione e il rispetto delle norme TSD.

7. *Considerazioni conclusive*

Nel corso della presente indagine è stato evidenziato che l'uso di sanzioni economiche come rimedio temporaneo in caso di non conformità a determinati impegni di sostenibilità ambientale appare la principale novità introdotta dalla comunicazione della Commissione del 2022. Quest'ultima non sembra dimostrare un chiaro favore all'introduzione di sanzioni economiche per far rispettare gli impegni di sostenibilità ambientale. Restano vaghe le motivazioni dietro il cambiamento di prospettiva della Commissione sull'applicabilità delle sanzioni. In questo senso, la stessa idoneità verso modelli di attuazione basati su sanzioni economiche sembra vacillare. Pertanto, la cooperazione rimane la regola per l'attuazione delle disposizioni TSD. L'adozione definitiva di mezzi di *enforcement* più coercitivi sembra non essere certa. È possibile sostenere che tali sistemi di attuazione sollevino alcune criticità. Le sanzioni economiche appaiono chiaramente inique come strumento di *enforcement* dove esistono squilibri economici tra i *partner* commerciali dell'UE. In questo contesto, non sorprende che l'approccio proposto dalla Commissione nella revisione dei capitoli TSD del 2022 attuato nell'ALS concluso tra UE e Nuova Zelanda non sia stato seguito successivamente nell'Accordo tra UE e Cile del dicembre 2023. Pertanto, l'assenza di un definitivo cambio di rotta nell'azione della Commissione europea nell'ambito delle regole in materia di *enforcement* delle regole in materia ambientale con gli Stati terzi può sollevare interrogativi sulla possibilità di stabilire un sistema uniforme per l'attuazione degli obblighi TSD da parte dell'Unione nel contesto internazionale.

L'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda sembra dare effettivamente seguito alle novità annunciate dalla Commissione nella sua comunicazione del 2022. L'accordo, infatti, oltre a stabilire una disciplina unitaria per quanto concerne la risoluzione delle controversie, sancisce la possibilità di adottare sanzioni commerciali in presenza di gravi violazioni dei diritti fondamentali del lavoro o dell'Accordo di Parigi, qualora una parte non si conformi adeguatamente a quanto disposto dal panel di esperti, o lo faccia con misure giudicate incompatibili con il contenuto della decisione. In riferimento all'accordo sui cambiamenti climatici, l'adozione delle sanzioni è limitata ai casi di violazioni suscettibili di pregiudicare materialmente l'oggetto e lo scopo dell'Accordo di Parigi. Abbiamo però osservato che tale previsione impedisce che le sanzioni possano essere adottate per qualsiasi violazione dell'accordo, circoscrivendone il ricorso a casi piuttosto specifici. Peraltro, in assenza di precisazioni nell'accordo commerciale, sarà rimessa al panel di esperti l'individuazione degli atti (o comportamenti omissivi) che possano dare luogo a un grave inadempimento dell'Accordo di Parigi: una valutazione che non sembra agevole, considerando il contenuto vago degli obblighi sanciti in suddetto accordo. Inoltre, al di fuori di questa circostanza, l'adozione delle sanzioni non è ammessa in caso di violazioni che riguardino gli altri obblighi ambientali incombenti tra l'Unione e la stessa Nuova Zelanda alla luce dell'accordo commerciale. Resta poco chiara la ragione che sta alla base della scelta di non prendere in considerazione gli altri accordi ambientali multilaterali oltre all'Accordo di Parigi. L'ambito di applicazione del nuovo approccio è limitato alla crisi climatica, senza però considerare in modo parimenti prioritario altri settori come le aree protette, la conservazione della biodiversità, la gestione e il ripristino sostenibili delle foreste, e la produzione e il consumo sostenibili attraverso i principi dell'economia circolare.

È vero che l'approccio tradizionale cooperativo nell'attuazione dei capitoli TSD appare di certo meno efficace in funzione del miglioramento della protezione ambientale poiché il rispetto delle misure eventualmente adottate dal panel di esperti resta totalmente nella discrezionalità della parte inadempiente. Le misure economiche sanzionatorie possono indurre con maggiore efficacia il rispetto degli impegni TSD da parte dei *partner* commerciali dell'UE laddove il dialogo e la cooperazione non siano possibili. Tuttavia, anche quest'ultima soluzione può apparire discutibile sotto diversi aspetti. Innanzitutto, la possibilità di ricorrere a sanzioni non garantisce necessariamente che le denunce in materia ambientale (o lavorativa) riescano a giun-

gere alla fase finale di risoluzione delle controversie previste negli ALS. Anche nel sistema OMC, le misure coercitive sono state autorizzate solo in un numero limitato di casi e attuate in modo discutibile. Come riconosciuto dalla stessa Commissione, la maggior parte dei *partner* dell'UE non sarebbe favorevole ad estendere l'efficacia giuridica dei capitoli TSD insieme ad un'applicazione estensiva di sanzioni. Di conseguenza, sembra essere necessario trovare un compromesso tra la portata degli obblighi ambientali e climatici e la loro applicabilità mediante sanzioni economiche. Inoltre, le sanzioni economiche devono essere proporzionate al pregiudizio causato dalla violazione. Questo requisito di proporzionalità limita però l'intensità della risposta sanzionatoria e richiederebbe che il livello del danno causato dalla violazione sia determinato, al fine di calcolare l'ammontare appropriato delle ritorsioni commerciali che possono essere applicate dalla parte lesa del trattato. Tale determinazione, tuttavia, può risultare particolarmente complessa nel caso della clausola sull'Accordo di Parigi inserita nella convenzione tra l'UE e la Nuova Zelanda in quanto risulta difficile in concreto misurare il danno subito dal clima terrestre. Infine, un passaggio a un'applicazione degli obblighi ambientali basata sulle sanzioni solleva questioni fondamentali di equità tra i *partner* degli accordi di libero scambio dell'UE. Le sanzioni commerciali possono apparire inique come strumento di applicazione quando esistono significative disparità nella dimensione del mercato e nel potere economico tra le parti oggetto della controversia. Ciò ci porta a dubitare, a nostro avviso, della sanzione economica come mezzo per indurre il rispetto degli impegni previsti dal trattato.

Attraverso l'esame dell'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda – che incorpora per la prima volta questi cambiamenti – è stato dimostrato che esso, in primo luogo, abbandona le procedure separate per la risoluzione delle controversie relative al capitolo TSD e le integra completamente nel meccanismo generale di risoluzione delle controversie applicabile all'intero accordo internazionale. Tale modifica, a nostro avviso, va salutata con favore poiché le precedenti procedure dedicate alla risoluzione delle controversie TSD mancavano di regole uniformi e dettagliate proprio per la fase di attuazione. Tuttavia, è importante che le specificità delle controversie commerciali e ambientali continuino a essere debitamente considerate nelle procedure di risoluzione delle controversie generali. Questo, ad esempio, garantendo competenze specifiche nella composizione del panel e consultando gli organismi di monitoraggio competenti ai sensi di tutti gli AAM rilevanti in materia.

Il ragionamento della Corte nel parere 2/15, che attribuisce un ruolo

essenziale alle disposizioni sui capitoli TSD nei nuovi ALS, può essere considerato una significativa evoluzione nell'ambito della condizionalità ambientale. I capitoli TSD non solo formalizzano obblighi specifici in materia di lavoro e ambiente, ma diventano anche strumenti che integrano il rispetto degli standard internazionali in tali ambiti come prerequisiti per la cooperazione commerciale bilaterale. A differenza delle tradizionali clausole sui diritti umani, spesso generiche e limitate a principi astratti, i capitoli TSD si ancorano a obblighi dettagliati e misurabili, relativi, ad esempio, alla protezione delle risorse naturali, alla lotta contro il cambiamento climatico e al rispetto degli standard lavorativi internazionali. Questa evoluzione riflette un più ampio cambiamento nella politica commerciale dell'UE, che vede il commercio non più solo come un obiettivo economico, ma anche come uno strumento per promuovere valori fondamentali come la sostenibilità. La Corte, attribuendo ai capitoli TSD un ruolo essenziale, sottolinea come il rispetto di tali disposizioni non rappresenti solo un "valore aggiunto" ai trattati, ma una condizione necessaria per la loro piena efficacia. Da questa prospettiva, la condizionalità ambientale non si limita alla protezione delle risorse naturali, ma si espande alla promozione di un modello commerciale responsabile e integrato con obiettivi di sviluppo sostenibile. In questo contesto, l'adozione di una condizionalità ambientale attraverso i capitoli TSD rappresenta un'opportunità per rafforzare gli *standard* ambientali internazionali. Il commercio bilaterale con Stati terzi, vincolato al rispetto delle norme ambientali internazionali, può generare incentivi positivi per i partner commerciali a migliorare le loro politiche ambientali e sociali. Tuttavia, affinché tale sistema sia realmente efficace, occorre chiarire aspetti critici come la tipologia di misure giuridiche da adottare in caso di violazioni, non solo climatiche, e le modalità per quantificare i danni economici derivanti dal mancato rispetto degli obblighi TSD.

L'impatto concreto dei capitoli TSD nei nuovi ALS dell'UE dipenderà dalla capacità dell'Unione di superare le attuali lacune giuridiche e politiche. Il nuovo approccio della Commissione rappresenta un'importante innovazione, ma richiede un rafforzamento dei meccanismi di applicazione e un maggior coordinamento tra diritto ambientale, politica commerciale e giurisprudenza. Un elemento innovativo è rappresentato dall'attenzione verso la dimensione globale della tutela ambientale, con l'inclusione di impegni che riguardano il cambiamento climatico e la biodiversità, come nel caso dell'accordo UE-Nuova Zelanda. Il principio di effettività, così come interpretato dalla Corte di giustizia, potrebbe fornire un ulteriore supporto interpretativo per consolidare questa evoluzione normativa e strategica. Tuttavia, sarà

fondamentale integrare strumenti sanzionatori più efficaci e promuovere la cooperazione internazionale per sostenere l'attuazione degli impegni ambientali. Infatti, l'effettività di una condizionalità ambientale risulta ancora limitata dalla mancanza di strumenti sanzionatori incisivi e dalla complessità di dimostrare le relative violazioni. Tuttavia, l'inclusione di obblighi più stringenti nell'accordo con la Nuova Zelanda, rappresenta un passo avanti. In questo contesto, la condizionalità ambientale riflette una trasformazione delle priorità dell'UE verso la crisi climatica e lo sviluppo sostenibile, ma necessita di un ulteriore consolidamento per raggiungere un livello di efficacia paragonabile a quello delle altre forme di condizionalità. Una connessione tra le disposizioni TSD e la condizionalità ambientale può emergere anche nel ruolo delle violazioni di tali capitoli come potenziale causa di sanzioni o altre contromisure. Come indicato dalla Corte, la violazione persistente degli obblighi relativi agli standard ambientali e lavorativi potrebbe giustificare misure proporzionate, inclusa la sospensione dei benefici commerciali. Questo implica che il mancato rispetto delle norme TSD non pone all'interprete solo una questione di conformità giuridica rispetto al diritto dell'Unione, ma mette a rischio la liberalizzazione commerciale e il funzionamento stesso dell'accordo internazionale. In altre parole, la condizionalità ambientale nei capitoli TSD si concretizza anche nella possibilità di interrompere le relazioni commerciali bilaterali qualora gli standard ambientali minimi non siano rispettati nell'applicazione dell'accordo. Tale evoluzione normativa può rappresentare una forma concreta di condizionalità ambientale, dove il rispetto degli obiettivi di sostenibilità non è più un mero valore accessorio, ma una condizione imprescindibile per lo sviluppo delle relazioni commerciali internazionali dell'UE.

Pur sembrando prefigurare, nel suo complesso, un cambiamento significativo di azione dell'UE all'applicazione dei capitoli TSD, il nuovo approccio della Commissione europea, applicato dall'accordo tra l'UE e la Nuova Zelanda, presenta ancora alcune criticità giuridiche che, in ultima analisi, rischiano di indebolire l'intero sistema di *enforcement* dei capitoli TSD. Ciò è evidenziato soprattutto dallo spazio, sostanzialmente marginale, riservato all'adozione delle sanzioni economiche e nella frammentarietà della sua azione a livello internazionale con altri Stati terzi, come il Cile. In ogni caso, la Commissione europea dimostra sicuramente l'intenzione di collocare la promozione dello sviluppo sostenibile al centro della sua agenda commerciale e ambientale, potenziando la competitività dell'Unione e il suo posizionamento strategico nei confronti degli Stati terzi suoi *partner* commerciali.

Abstract (ita)

A partire dal Trattato di Lisbona, l'Unione europea (UE) ha rafforzato il proprio impegno verso lo sviluppo sostenibile, elevandolo a principio guida della sua politica commerciale. Esso si è tradotto progressivamente nell'inserimento di capitoli specifici sul commercio e lo sviluppo sostenibile (*Trade and Sustainable Development*, TSD) all'interno degli accordi di libero scambio (ALS) di nuova generazione dell'Unione. Tuttavia, per lungo tempo questi capitoli sono rimasti privi di efficaci meccanismi vincolanti di attuazione ed *enforcement*. La comunicazione della Commissione del 22 giugno 2022 ha segnato un punto di svolta proponendo, tra l'altro, l'estensione della procedura di risoluzione delle controversie ai capitoli TSD e la possibilità di ricorrere a sanzioni commerciali vincolanti in caso di gravi violazioni. Il presente contributo analizza criticamente la portata di questo nuovo approccio attraverso l'esame dell'ALS tra l'UE e la Nuova Zelanda, concluso a luglio 2023 ed entrato in vigore a maggio 2024. Si tratta del primo accordo a prevedere esplicitamente meccanismi sanzionatori per la violazione degli obblighi ambientali e sociali, segnando un cambiamento significativo nella strategia dell'UE. In questo contesto, il presente lavoro si propone di valutare se questo accordo possa rappresentare un precedente significativo per l'esistenza di una condizionalità ambientale nei rapporti commerciali dell'Unione a livello internazionale.

Abstract (eng)

Starting with the Lisbon Treaty, the European Union (EU) has strengthened its commitment to sustainable development, elevating it to a guiding principle of its trade policy. This commitment has gradually materialized in the inclusion of specific chapters on Trade and Sustainable Development (TSD) in new-generation Free Trade Agreements (FTAs) of the Union. However, for a long time, these chapters lacked effective binding mechanisms for implementation and enforcement. The European Commission's Communication of 22 June 2022 marked a turning point by proposing, among other things, the extension of dispute settlement procedures to TSD chapters and the possibility to resort to binding trade sanctions in cases of serious violations. This paper critically examines the scope of this new approach through the analysis of the FTA between the EU and New Zealand, concluded in July 2023 and entered into force in May 2024. It is the first

agreement to explicitly include sanction mechanisms for breaches of environmental and social obligations, marking a significant shift in the EU's strategy. In this context, the study aims to assess whether this agreement can serve as a meaningful precedent for the establishment of environmental conditionality in the Union's trade relations at the international level.

IL RUOLO DEL CONSUMATORE NEL PERCORSO DELL'UNIONE EUROPEA VERSO UN MERCATO ECOSOSTENIBILE

Flavia Rolando*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni sul quadro normativo dell'Unione europea adottato in materia ambientale. – 3. I recenti atti normativi adottati per plasmare un'economia circolare e garantire uno sviluppo sostenibile. – 4. Il nuovo ruolo del consumatore nella transizione verde. – 5. Brevi osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

L'azione dell'Unione europea in materia ambientale si è evoluta nel tempo e si è concretizzata nell'adozione di un *corpus* normativo sempre più ampio e articolato. Le istituzioni europee hanno perseguito la tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente attraverso direttive e regolamenti, che hanno introdotto nuovi obblighi in capo agli Stati e alle imprese. Più in generale, oltre ad aver adottato atti specificatamente mirati a tutelare gli elementi naturali, le stesse istituzioni hanno introdotto delle nuove regole che potenziano il funzionamento del mercato interno e, al contempo, realizzano un elevato livello di protezione dell'ambiente.

Nella scorsa legislatura, la Commissione europea ha varato una strategia mirata a plasmare un'economia climaticamente neutra, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva attraverso il Green Deal e vari piani di azione che ne hanno dato attuazione. Con il piano d'azione per l'economia circolare, in particolare, la Commissione ha proposto l'adozione di un insieme di misure volte a incoraggiare le imprese a offrire – e a consentire ai consumatori di scegliere – prodotti riutilizzabili, durevoli e riparabili.

In questo nuovo scenario, il consumatore è passato dall'essere un mero destinatario di tutela al ricoprire un potenziale ruolo di attore del funzionamento

* Ricercatrice (RTDB) di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

dell'economia circolare. Proprio il consumatore, infatti, adeguatamente informato sull'impatto ambientale del bene che intende acquistare, sulla sua durata di vita e sulla possibilità di ripararlo, potrà effettuare una scelta consapevole e coerente con l'obiettivo di garantire una maggiore tutela dell'ambiente. Il maggior bagaglio di conoscenze e di concrete opportunità di agire in maniera *environmentally friendly* dovrebbe portare anche alla sua responsabilizzazione.

Nei paragrafi che seguono, ci si propone di analizzare brevemente le più recenti modifiche del quadro normativo generale (par. 2) e di quello più specificatamente inteso a creare un'economia circolare (par. 3), con l'obiettivo di definire e mettere in luce il nuovo ruolo del consumatore quale coprotagonista della transizione verde (par. 4).

2. *Brevi cenni sul quadro normativo dell'Unione europea adottato in materia ambientale*

Gli atti di diritto derivato costituiscono il principale strumento attraverso il quale l'Unione europea attua i propri obiettivi in materia di politica ambientale[1]. Attraverso l'introduzione di un atto vincolante, sia esso un regolamento o una direttiva, vengono stabiliti i medesimi obblighi a carico delle amministrazioni pubbliche o delle persone fisiche e giuridiche in tutto il territorio dell'Unione. Ciò comporta che, mediante tali atti, potranno essere raggiunti risultati che i singoli Stati non potrebbero realizzare altrettanto efficacemente. Inoltre, attraverso una disciplina uniforme – e in particolare mediante gli atti adottati per il ravvicinamento delle disposizioni legislative interne – vengono stabilite delle regole di condotta mirate ad assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno che garantiscono, al contempo, un elevato livello di protezione ambientale. Tale disciplina risulta necessaria, in quanto isolati obblighi nazionali oppure particolari forme di incentivazione per il raggiungimento di comportamenti maggiormente rispettosi dell'ambiente comportano una differenza nei risultati ottenuti, oltre che delle disparità di trattamento tra le imprese stabilite nei vari Stati membri.

[1] Per una analisi del quadro normativo europeo in materia ambientale si vedano, tra gli altri, P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, Bruxelles, 2020; J.H. JANS, H. H.B. VEDDER, *European Environmental Law*, Groningen, 2012.

Attraverso le cosiddette discipline settoriali adottate nell'ambito della politica ambientale si è inteso in primo luogo tutelare gli elementi naturali che ci circondano[2]. Ne è nata una normativa mirata alla tutela della qualità dell'aria, dell'acqua e dell'ambiente inteso come insieme di fauna, flora e territorio terrestre e marino. Ad esempio, sono stati adottati, nel corso del tempo, vari atti legislativi a tutela dell'aria, che hanno limitato la diffusione di sostanze inquinanti. In quest'ottica si inquadrano le norme che mirano a preservarne in senso stretto la qualità, attraverso l'introduzione di limiti di emissione per dodici elementi inquinanti[3] e l'imposizione dei limiti nazionali di emissione dei principali inquinanti atmosferici transfrontalieri[4]. Inoltre, alla tutela dell'aria e, quindi, dell'atmosfera è connesso il sistema per lo scambio di quote di emissioni dell'UE (EU ETS)[5], che si basa sulla premessa secondo la quale la fissazione di un prezzo per il carbonio è il mezzo più conveniente per conseguire drastiche riduzioni di emissioni globali di gas a effetto serra.

[2] Per una analisi delle basi giuridiche utilizzate per l'adozione degli atti che compongono il corpus normativo dell'Unione europea in materia ambientale, si permetta di rinviare a F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2020, spec. cap. II.

[3] V. direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa, nonché la direttiva 2004/107/CE concernente l'arsenico, il cadmio, il mercurio, il nickel e gli idrocarburi policiclici aromatici nell'aria ambiente. Attualmente sono contemplati dalla legislazione: biossido di zolfo, biossido di azoto e ossidi di azoto, particolato (PM10 e PM2.5), ozono, benzene, piombo, monossido di carbonio, arsenico, cadmio, nickel e benzo[a] pirene.

[4] A tal fine è stata adottata la direttiva 2016/2284/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, concernente la riduzione delle emissioni nazionali di determinati inquinanti atmosferici, ossia ossidi di zolfo, ossidi di azoto, ammoniaca, composti organici volatili e particolato, i quali possono causare acidificazione, inquinamento delle acque e del suolo (eutrofizzazione) ed aumentare il carico di ozono a livello del suolo, con conseguenze per la salute dell'uomo e per la vegetazione. La direttiva 2016/2284 prevede, tra l'altro, l'obbligo per gli Stati membri di dotarsi di programmi di riduzione progressiva delle emissioni, precisando la descrizione delle politiche e misure adottate e delle stime quantitative degli effetti attesi.

[5] Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità. Per una descrizione del sistema di scambio di emissioni si rinvia al sito istituzionale dell'Unione europea, www.climate.ec.europa.eu/eu-action/carbon-markets/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en.

L'acqua rappresenta l'altro elemento naturale meritevole di adeguata protezione e di una particolare politica di gestione. La disciplina europea a tutela dell'acqua è stata realizzata, nel corso del tempo, attraverso direttive che hanno introdotto degli indici di qualità che devono essere garantiti per alcune categorie di uso[6]. Vi sono poi regimi generali e particolari relativi ad emissioni inquinanti da parte delle attività industriali e agricole[7] nonché direttive che introducono delle discipline più generali, come la direttiva 2000/60/CE che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque o di gestione delle acque reflue urbane[8].

Una specifica disciplina, poi, è stata dedicata alla preservazione degli *ambienti*, individuando in particolare la necessità di predisporre una tutela dell'ambiente marino[9], degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatiche[10] della biodiversità[11].

Oltre alla predisposizione di un quadro normativo a tutela degli elementi

[6] Tra i vari atti normativi adottati in merito, v. direttiva (UE) 2020/2184 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano e la direttiva 2006/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 febbraio 2006, relativa alla gestione della qualità delle acque di balneazione.

[7] Una particolare normativa per determinati elementi inquinanti è quella relativa ai nitrati provenienti da fonti agricole. I nitrati rappresentano, infatti, una delle principali cause di inquinamento proveniente da fonti diffuse che colpisce le acque dell'Unione europea. V. direttiva 91/676/CEE del Consiglio, del 12 dicembre 1991, relativa alla protezione delle acque dell'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole.

[8] Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque. Si veda anche la direttiva 91/271/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1991, concernente il trattamento delle acque reflue urbane.

[9] Direttiva 2008/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino.

[10] Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.

[11] Si veda il regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2024, sul ripristino della natura.

Si noti che alcune di queste discipline hanno introdotto anche degli obblighi a carico dei singoli, come nel caso del regolamento che vieta varie forme di trasporto e allevamento di specie esotiche invasive. V. l'art. 7 del regolamento 1143/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, recante disposizioni volte a prevenire e gestire l'introduzione e la diffusione delle specie esotiche invasive.

naturali sopra citati, lo sviluppo della politica ambientale dell'Unione ha portato all'introduzione di una disciplina degli oggetti inquinanti. Si pensi alla direttiva sulle pile e accumulatori[12] o alla direttiva relativa ai rifiuti[13]. Quest'ultima rappresenta, peraltro, un esempio di direttiva mediante la quale il legislatore dell'Unione ha definito obblighi anche a carico delle persone fisiche: ogni produttore o altro detentore di rifiuti deve infatti provvedere personalmente al loro trattamento oppure consegnarli ad un commerciante o ad un ente o a un'impresa che li possa trattare adeguatamente[14]. Ad oggi, con la nuova direttiva sulla tutela penale dell'ambiente[15], il legislatore ha introdotto un nuovo strumento mirato a garantire una tutela efficace, prevedendo delle norme minime per la definizione dei reati e delle sanzioni sia a carico di persone fisiche che di persone giuridiche. Oltre ad aver introdotto una serie di specifiche condotte vietate, ha più in generale definito come illecite le condotte che violano gli atti legislativi dell'Unione adottati per contribuire a uno degli obiettivi della politica europea

[12] Direttiva 2006/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori come da ultimo modificata dal regolamento (UE) 2023/1542 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2023, relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie.

[13] Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti.

[14] V. l'art. 15 della direttiva 2008/98/CE, cit. La stessa direttiva prevede anche che gli Stati possano adottare misure legislative o non legislative volte ad assicurare che qualsiasi persona fisica o giuridica che professionalmente sviluppi, fabbrichi, trasformi, tratti, venda o importi prodotti (produttore del prodotto) sia soggetto ad una forma di responsabilità estesa. In tal caso si amplia la responsabilità dell'impresa produttrice oltre il processo produttivo, estendendola fino alle conseguenze dell'utilizzo del prodotto da esse venduto, sia durante che al termine dell'uso. Gli Stati potranno quindi imporre l'accettazione dei prodotti restituiti e dei rifiuti che restano dopo l'utilizzo di tali prodotti, nonché la successiva gestione dei rifiuti e la responsabilità finanziaria per tali attività. A tal proposito, l'Unione europea è direttamente intervenuta per definire la responsabilità ed i costi della gestione di alcuni tipi di prodotti nel momento in cui diverranno rifiuti. Tale politica costituisce un'applicazione più puntuale del principio «chi inquina paga» ed ha interessato i produttori di imballaggi, i produttori di apparecchiature elettriche ed elettroniche.

[15] Direttiva (UE) 2024/1203 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE. Per un commento alla direttiva sulla tutela penale dell'ambiente v. A. CORRERA, *La tutela penale dell'ambiente: luci e ombre della direttiva 2024/1203*, in questa *Rivista*, 2025, e la dottrina *ivi* citata.

in materia ambientale di cui all'articolo 191, par. 1, TFUE[16] o gli atti nazionali che ne danno attuazione.

La disciplina europea in materia ambientale è composta, oltre che dal *corpus* normativo che definisce obblighi in capo a Stati membri, alle imprese e talvolta ai singoli, in parte sopra descritto, anche da un rilevante insieme di politiche mirate ad incentivare condotte virtuose dal punto di vista ambientale. A tal proposito ci si limita, in tale sede, a citare il quadro normativo degli aiuti di Stato in materia ambientale, in funzione del quale le amministrazioni nazionali possono concedere alle imprese degli aiuti economici volti a migliorare le loro prestazioni ambientali[17].

Una diversa forma di incoraggiamento per le imprese a immettere sul mercato prodotti green e a migliorare il loro impatto ambientale è rappresentata dai marchi a partecipazione volontaria: Ecolabel ed EMAS. Mediante il regolamento Ecolabel[18] l'Unione ha istituito un sistema relativo all'assegnazione di un marchio di qualità ecologica per contraddistinguere i prodotti con minore impatto sull'ambiente durante l'intero ciclo di vita e per offrire ai consumatori informazioni scientificamente fondate sull'impatto ambientale dei prodotti. Secondo il regolamento EMAS[19], invece, le organizzazioni e le imprese, presenti sul territorio dell'Unione, possono presentare domanda di registrazione e utilizzare il logo EMAS accompagnato dalla scritta «Gestione ambientale verificata» dopo una valutazione di tutti gli aspetti ambientali della propria attività e funzionamento.

[16] Secondo quanto disposto dal primo paragrafo dell'art. 191 TFUE, la politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici.

[17] V., in proposito, la comunicazione della Commissione, Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022, C/2022/481.

[18] Regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, relativo al marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE), da ultimo modificato dal regolamento 2017/1941 della Commissione del 24 ottobre 2017.

[19] Regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS).

Il quadro normativo, così sinteticamente rappresentato, è quindi composto da differenti sistemi di tutela dell'ambiente, che spaziano dall'introduzione di obblighi a carico dei produttori ai sistemi di incentivazione dei comportamenti più ecocompatibili. In questo contesto, una svolta importante è stata segnata dal Green Deal e dall'adozione di una strategia per plasmare il mercato interno in conformità con i principi dell'economia circolare.

3. *I recenti atti normativi adottati per plasmare un'economia circolare e garantire uno sviluppo sostenibile*

Nel 2019, il Green Deal[20] ha inaugurato una nuova fase evolutiva della politica ambientale per l'Unione europea e per i suoi cittadini, introducendo una strategia di crescita mirata a sviluppare un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, in cui il progresso economico sia dissociato dall'uso delle risorse. In questo senso, il Green Deal è stato un tassello essenziale della strategia della Commissione per attuare l'Agenda 2030 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite[21]. L'obiettivo n. 12, in particolare, è mirato a raggiungere un modello di consumo e di produzione sostenibile. Nelle sue varie declinazioni, tale obiettivo invita a raggiungere, entro il 2030, una gestione sostenibile ed un uso efficiente delle risorse naturali, a incoraggiare le imprese ad adottare protocolli di sostenibilità e che ne diano informazione[22] e ad assicurare che le persone abbiano le informazioni rilevanti e la giusta consapevolezza dello sviluppo sostenibile e di uno stile di vita in armonia con la natura[23].

L'economia circolare è considerata uno dei principali strumenti attraverso i quali scindere la crescita economica dall'utilizzo delle risorse naturali, garantendo così che il funzionamento del mercato interno sia coerente con uno sviluppo sostenibile.

[20] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Il Green Deal europeo, COM/2019/640.

[21] L'Agenda 2030 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile sono reperibili in www.sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld.

[22] V., in particolare, l'obiettivo 12.6 dell'Agenda per lo sviluppo sostenibile, cit.

[23] *Ivi*, obiettivo 12.8.

La necessità di abbandonare il c.d. modello di produzione e consumo lineare, ossia quello in cui i beni vengono utilizzati per un breve periodo e gettati via dopo l'uso, nasce dal fatto che questo modello implica un consumo di nuove materie prime e risorse che non è più sostenibile. Secondo la Commissione europea, tra il 1970 e il 2017 l'estrazione di materiali a livello mondiale è triplicata ed è in continua crescita, e rappresenta oggi una fonte di gravi rischi a livello globale. Circa la metà delle emissioni totali di gas a effetto serra e più del 90 % della perdita di biodiversità e dello stress idrico sono causati dall'estrazione di risorse e dai processi di trasformazione di materiali, di combustibili e di prodotti alimentari[24].

Il modello di economia circolare mira a consentire di utilizzare più a lungo prodotti e materiali e, al termine del loro uso, a trasformarli in nuovi prodotti. Ciò determina un minor volume di rifiuti e un minore impatto ambientale. Sebbene neanche il modello più efficiente di economia circolare sia in grado di annullare l'impatto ambientale dei processi produttivi e dell'uso dei prodotti e dei servizi da parte del consumatore[25], l'introduzione di pratiche che prolunghino la vita dei prodotti e delle materie prime utilizzate segna un importante passo in avanti per sviluppare un'attività economica sostenibile. Peraltro, nel Green Deal, così come nel piano d'azione per l'economia circolare, la transizione verso questo nuovo modello è considerata un'opportunità per la crescita di nuove attività e posti di lavoro. Oltre a modernizzare l'economia dell'Unione europea, questo nuovo quadro strategico mira a stimolare lo sviluppo di mercati guida per la neutralità climatica e di prodotti circolari, all'interno e all'esterno dell'UE.

Con il piano di azione per l'economia circolare adottato nel marzo 2020[26],

[24] V. il punto 2.1.3 del Green Deal, cit.

[25] Cfr., tra gli altri, Z. KOVACIC, R. STRAND, T. VÖLKER, *The circular economy in Europe: Critical perspectives on policies and imaginaries, Routledge Explorations in Sustainability and Governance*, London, 2019; H. LEHMANN, C. HINSKE, V. DE MARGERIE, A. SLAVEIKOVA NIKOLOVA (eds.), *The impossibilities of the circular economy*, London, 2023.

[26] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva, COM/2020/98 final. Secondo gli auspici della Commissione europea, «L'estensione dell'economia circolare dai precursori agli operatori economici tradizionali contribuirà in modo significativo al conseguimento della neutralità climatica entro il 2050 e alla dissociazione della crescita economica dall'uso delle risorse, garantendo nel contempo la competitività a lungo termine dell'UE senza lasciare indietro nessuno. Secondo

la Commissione ha definito un programma di iniziative, collegate tra loro, mirate a istituire un quadro strategico in cui i modelli di produzione, i prodotti ed i servizi si discostino dal modello lineare "prendi-produci-usa-getta". Il proposito dell'esecutivo europeo, in gran parte realizzato attraverso l'adozione di recenti atti giuridici, è quello di incidere sulle fasi di ideazione e realizzazione dei prodotti nonché sull'utilizzo degli stessi, facendo sì che sia possibile riparare i beni non funzionanti, con una particolare attenzione per i prodotti che sono particolarmente inquinanti. Soprattutto, e ciò è di specifico interesse per la presente indagine, la Commissione ha posto particolare attenzione anche alla predisposizione di un quadro normativo che indirizzi la società europea ad un consumo sostenibile e a una gestione sostenibile dei beni che non appaiono più funzionali al loro uso perché obsoleti o rotti. La circolarità include, infatti, pratiche come la ristrutturazione, il riuso, la ridistribuzione e altre strategie che prolungano la vita dei prodotti. In questa nuova fase viene valorizzata la figura del consumatore quale soggetto che deve poter operare scelte informate.

Considerando che fino all'80 % dell'impatto ambientale dei prodotti è determinato nella fase di progettazione, l'attenzione è stata concentrata innanzitutto sulla c.d. progettazione ecocompatibile dei prodotti. In merito, nel 2009 era già stata adottata una direttiva volta a definire i requisiti per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia[27] e, con specifiche misure di esecuzione sono stati disciplinati anche aspetti quali la durabilità, la riparabilità e la riciclabilità del bene prodotto. Un primo passo è stato quello di abrogare la citata direttiva e sostituirla con un regolamento che ha introdotto una disciplina più ampia[28], che si applica a qualsiasi bene fisico immesso sul mercato o messo in servizio, compresi i componenti e i prodotti intermedi, salve alcune esclusioni

uno studio recente, l'applicazione dei principi dell'economia circolare nell'insieme dell'economia dell'UE potrebbe aumentarne il PIL di un ulteriore 0,5 % entro il 2030, creando circa 700 000 nuovi posti di lavoro».

[27] Direttiva 2009/125/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, relativa all'istituzione di un quadro per l'elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia.

[28] Regolamento (UE) 2024/1781 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce il quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili, che modifica la direttiva (UE) 2020/1828 e il regolamento (UE) 2023/1542 e abroga la direttiva 2009/125/CE.

espressamente previste[29]. Sono state così adottate nuove norme che danno priorità alla riduzione e al riutilizzo dei materiali, prima che del loro riciclaggio, e che fissano requisiti atti a prevenire l'immissione sul mercato di prodotti nocivi per l'ambiente. Inoltre, il regolamento interviene per disciplinare un altro fenomeno che certamente appare incoerente con ogni proposito di ecosostenibilità: la distruzione dei prodotti di consumo invenduti (che non sono stati messi in vendita o che sono stati restituiti dal consumatore in virtù del suo diritto di recesso). È stato introdotto un divieto di distruzione, già a partire dal luglio 2026, per alcuni prodotti come indumenti e calzature[30], mentre per gli altri produttori è stato previsto un obbligo di informazione a proposito del numero e peso dei prodotti invenduti di cui si è disfatto[31] e delle misure adottate e pianificate per prevenirne la distruzione. Il medesimo regolamento ha poi previsto l'istituzione del *passaporto digitale del prodotto*, al fine di rendere disponibili una serie di informazioni, anche sull'impatto ambientale, a beneficio sia dei consumatori che degli operatori intermedi[32].

[29] Secondo quanto stabilito dal secondo paragrafo dell'art. 1 del regolamento sulla progettazione ecocompatibile, cit., sono esclusi dal campo di applicazione: gli alimenti, i mangimi, i medicinali per uso umano e quelli veterinari, le piante, gli animali e i microrganismi, i prodotti di origine umana, i prodotti di piante e animali collegati direttamente alla loro futura riproduzione e alcune tipologie di veicoli.

[30] Secondo quanto disposto dell'art. 25 del regolamento sulla progettazione ecocompatibile, cit., il divieto non si applica alle microimprese e alle piccole imprese mentre ci sarà una applicazione graduale pe le medie imprese. La lista suscettibile di ampliamento dato che la Commissione può aggiungere nuovi prodotti, tenendo conto del loro impatto ambientale.

[31] Si noti che il termine "disfatto" è più generico perché comprende anche i prodotti che il produttore ha consegnato ad altri perché siano sottoposti a ciascuna delle seguenti attività: la preparazione per il riutilizzo, compresi ricondizionamento e rifabbricazione, riciclaggio, recupero di altro tipo, incluso il recupero di energia, e operazioni di smaltimento, secondo la gerarchia dei rifiuti di cui all'articolo 4 della direttiva 2008/98/CE, cit.

[32] Le informazioni fornite con il passaporto digitale del prodotto saranno definite dalla Commissione attraverso atti delegati. Secondo quanto scritto nel considerando n. 32 del regolamento 2024/1781, cit., «il passaporto digitale di prodotto è uno strumento importante per mettere le informazioni a disposizione dei soggetti lungo l'intera catena del valore e si prevede […] che il passaporto digitale di prodotto aiuti i clienti a compiere scelte consapevoli migliorando l'accesso alle informazioni pertinenti, consenta agli operatori economici, vale a dire i fabbricanti, i mandatari, gli importatori, i distributori, i rivenditori e i fornitori di servizi di logistica, e ad altri soggetti della catena del valore, quali clienti, riparatori professionisti, operatori economici indipendenti,

L'informazione sui prodotti è, in effetti, come anticipato, un punto centrale della strategia per il funzionamento dell'economia circolare. Grazie ad una corretta informazione sulle caratteristiche ambientali di un prodotto e sugli aspetti relativi alla circolarità dello stesso, il consumatore può prendere decisioni consapevoli e *stimolare* la domanda e l'offerta di beni più sostenibili. Il consumatore, reso consapevole dell'impatto ambientale delle proprie scelte, potrà decidere se acquistare un bene o se optare per una soluzione alternativa come ad esempio un leasing; nel caso in cui decida di acquistare, potrà fare una scelta che tenga in adeguata considerazione l'impatto ambientale del bene; una volta acquisito il bene, potrà valutare le modalità di utilizzo più ecocompatibili e, soprattutto, potrà utilizzarlo il più a lungo possibile, adeguandolo in caso di obsolescenza o riparandolo in caso di rottura. Infine, al termine del suo utilizzo potrà destinare il bene alla miglior soluzione dal punto di vita ambientale, dando preferenza, nell'ordine, al riutilizzo, al riciclaggio e, solo in ultima alternativa, allo stoccaggio. Solo una corretta informazione ed educazione può portare il consumatore a svolgere un ruolo attivo nella transizione ecologica.

Anche nella Nuova agenda dei consumatori[33], la Commissione ha evidenziato l'importanza fornire informazioni migliori e più affidabili sugli aspetti relativi alla sostenibilità dei beni e dei servizi, proteggendo gli utenti da notizie presentate in modo confuso o fuorviante per dare la falsa impressione che un prodotto o un'impresa sia più rispettoso dell'ambiente, evitando nel contempo un sovraccarico di informazioni.

Per realizzare questo obiettivo, in linea con i propositi espressi nel piano d'azione, sono stati recentemente adottati due ulteriori atti normativi: la direttiva sulla responsabilizzazione dei consumatori[34] e la direttiva sulla riparazione

ricondizionatori, rifabbricanti, riciclatori, autorità di vigilanza del mercato e autorità doganali, organizzazioni della società civile, ricercatori, sindacati e la Commissione, o a qualunque organizzazione che agisca per loro conto […]».

[33] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Nuova agenda dei consumatori Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile, COM/2020/696, spec. pp. 9 e 10.

[34] Direttiva (UE) 2024/825 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2024, che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione.

dei beni[35]. La prima delle due citate direttive ha introdotto una serie di disposizioni mirate ad eliminare le pratiche commerciali sleali che impediscono ai consumatori di compiere scelte di consumo sostenibili. Il c.d. *green washing*, ovvero le strategie di marketing ambientale fuorviante, deve essere considerato a tutti gli effetti come una tattica commerciale scorretta, che induce in inganno il consumatore approfittando di una conoscenza limitata dell'effettivo impatto del prodotto e dell'estrema difficolta con cui queste informazioni possano essere verificate.

Le informazioni, a condizione di essere affidabili, comparabili e verificabili, svolgono un ruolo centrale per consentire agli acquirenti di prendere decisioni più consapevoli e promuovere consumi sostenibili. In questo senso va letta l'introduzione del passaporto digitale del prodotto ad opera del citato regolamento sulla progettazione ecocompatibile e l'ampliamento del contenuto della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Attraverso il primo, le imprese saranno tenute a fornire determinate informazioni sull'impatto del bene fornito. Grazie alle modifiche alla direttiva, invece, viene definito un insieme di informazioni che devono essere chiare e veritiere perché funzionali ad operare una scelta che consenta il funzionamento dell'economia circolare, delle informazioni che il consumatore è chiamato a tenere in debita considerazione. In quest'ottica, la direttiva mira indirettamente a responsabilizzare i consumatori per garantire una "transizione verde", come enfaticamente dichiarato nel titolo della stessa[36].

Dall'esame delle nuove definizioni utili a individuare le pratiche commerciali scorrette[37], della nozione stessa di pratiche ingannevoli[38] e dall'ampliamento dell'allegato I dedicato alle pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali, si evince che la riforma mira a far sì che il consumatore possa conoscere e quindi affidarsi alle asserzioni ambientali, ai marchi di sostenibilità, ai sistemi di certificazione. Inoltre, sono state classificate come sleali le pratiche associate

[35] Direttiva (UE) 2024/1799 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828.

[36] Come si vedrà più approfonditamente nel seguente paragrafo, il termine *responsabilizzazione* compare nella versione italiana del titolo della direttiva, ma non anche in quella francese e inglese.

[37] V. art. 1, par. 1, della direttiva 2024/825, cit., che modifica l'art. 2 della direttiva 2005/29, cit.

[38] *Ibidem*.

all'obsolescenza precoce dei beni, come ad esempio la pianificazione o la progettazione deliberata di un prodotto con una durata di vita limitata, affinché smetta di funzionare dopo un determinato periodo o dopo un'intensità d'uso predeterminata. È stata esplicitamente considerata tale il non informare il consumatore del fatto che un dato aggiornamento del software inciderà negativamente sul funzionamento di beni o il presentare come necessario un aggiornamento del software che si limita a migliorare alcune caratteristiche di funzionalità[39].

Ugualmente, il consumatore deve essere correttamente informato sulla durabilità di un prodotto. È stato quindi vietato l'indurre l'utilizzatore a sostituire o reintegrare materiali di consumo prima di quanto sarebbe necessario, portandolo ad acquisti non necessari[40].

Nel contesto del rinnovamento del quadro normativo a tutela del consumatore e per la responsabilizzazione dello stesso affinché contribuisca attivamente alla transizione verde, la Commissione europea ha anche adottato una proposta di direttiva sull'attestazione e sulla comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite[41], con la quale mira ad introdurre norme ulteriori e più specifiche relativamente alle asserzioni ambientali volontarie. Secondo la Commissione, la necessità di adottare un atto *ad hoc* nasce dal fatto che dall'analisi effettuata su un campione di 232 marchi ecologici si può rilevare che esistono tipi di controlli molto differenti tra loro e che in quasi la metà dei casi i controlli sono risultati deboli o non eseguiti[42]. Sotto questo punto di vista, la proliferazione dei marchi non ha apportato fino ad ora una maggiore conoscibilità ed affidabilità delle informazioni ambientali del prodotto. Peraltro, dal punto di vista delle imprese, si può creare addirittura uno svantaggio dal momento che - in assenza di un sistema di certificazione uniforme - le imprese che utilizzano marchi ambientali affidabili si trovano ad essere svantaggiate rispetto a quelle che si avvalgono di

[39] V. All. I della direttiva 2005/29/CE così modificato dalla direttiva 2024/825, cit.

[40] Nel considerando n. 23 della direttiva è stato esplicitamente riportato il caso in cui, tramite le impostazioni della stampante, il consumatore sia indotto a sostituire le cartucce di inchiostro prima che siano effettivamente esaurite le cartucce, con un consequenziale spreco di risorse.

[41] COM (2023) 166final, del 22 marzo 2023.

[42] Si consideri, tra l'altro, che esiste una rilevante differenza tra i marchi gestiti da sistemi di certificazione di terzi e i marchi basati sulle "autocertificazioni", ovvero non soggetti a verifica da parte di terzi.

marchi non attendibili ed ingannevoli. La procedura risulta al momento in corso, dopo l'adozione dell'atto in prima lettura con emendamenti da parte del Parlamento europeo[43].

Infine, nel nuovo quadro normativo ha acquisito una rinnovata attenzione la riparazione dei prodotti, dato che in questo modo si garantisce un risparmio significativo di materie prime, si evita l'inquinamento determinato dalla produzione e la creazione di nuovi rifiuti.

Con questo obiettivo, la direttiva 2024/825 intende assicurare anche un'adeguata informazione dei consumatori sulla riparabilità dei beni che acquistano, mentre la direttiva 2024/1799 ambisce a introdurre un quadro normativo che consenta di fatto la riparabilità dei prodotti ed agevoli il consumatore a prendere una decisione in tal senso. A tal fine, è necessario intervenire su una serie di fattori che incidono sulla scelta di riparare piuttosto che ricomprare: la convenienza economica, la durabilità della riparazione, la disponibilità e la vicinanza di un servizio di riparazione, il tempo necessario a riavere il bene. La direttiva impone agli Stati di provvedere affinché, su richiesta del consumatore, il fabbricante ripari i beni per i quali sono previste specifiche di riparabilità. La direttiva precisa, poi, che il fabbricante è tenuto a riparare un bene, a titolo gratuito o a un prezzo ragionevole e in un tempo ragionevole, a meno che ciò non sia impossibile[44]. Questi, per incentivare il consumatore a effettuare la riparazione e a non riacquistare subito il bene, potrà decidere di offrire un bene sostitutivo a titolo gratuito o a un costo ragionevole nelle more dell'intervento.

Anche in questo caso diventa centrale la consapevolezza del consumatore: questi dovrà essere informato, in modo gratuito, dell'obbligo per il fabbricante o chi per esso di riparare il bene e dovrà poter conoscere in maniera facilmente accessibile, chiara e comprensibile le condizioni del servizio di riparazione. In questa prospettiva si colloca anche la predisposizione di una piattaforma online europea per la riparazione che consentirà ai consumatori di trovare più agevolmente servizi di riparazione adeguati per i beni difettosi e, se del caso, venditori

[43] www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/HIS/?uri=CELEX:52023PC0166&qid=1743434055693.

[44] V. art. 5 della direttiva 2024/1799, cit. La disposizione prevede anche degli obblighi funzionali all'esecuzione da parte di terzi, tra cui il divieto di impedire che riparatori indipendenti possano usare parti di ricambio originali o il divieto di rifiutare una riparazione solo perché altri riparatori hanno eseguito la riparazione prima.

di beni ricondizionati, acquirenti di beni difettosi a fini di ricondizionamento. Tale piattaforma sarà costituita da un'interfaccia comune europea, che sarà sviluppata dalla Commissione europea entro il luglio 2027 e in seguito da questa manutenuta, e dalle sezioni nazionali che utilizzano l'interfaccia online comune e comprende link alle piattaforme online nazionali, che dovranno essere operative entro la stessa data. Gli Stati membri, dunque, potranno utilizzare la sezione nazionale dell'interfaccia comune oppure le proprie piattaforme online nazionali, pubblica o privata, purché queste ultime siano conformi ad alcuni requisiti comuni.

4. *Il nuovo ruolo del consumatore nella transizione verde*

Fino ad oggi, la disciplina europea relativa alla figura del consumatore è stata essenzialmente volta a inserire delle tutele a suo beneficio, che spaziano dal diritto a non essere condizionato da pratiche commerciali scorrette al diritto a ricevere una garanzia per i beni e servizi acquistati. Dall'analisi dei più recenti atti giuridici, esaminati nel precedente paragrafo, risulta che il legislatore europeo ha inaugurato una nuova forma di valorizzazione della figura del consumatore, il quale passa da essere un mero destinatario di norme che lo tutelano a svolgere un ruolo di coprotagonista, insieme al produttore, del miglior funzionamento del modello dell'economia circolare. Probabilmente, proprio il fatto che si discuta della persona fisica quale destinataria di beni e servizi giustifica il fatto che questo *corpus* normativo si rivolga specificatamente al consumatore piuttosto che al cittadino[45], il quale pure, come evidenziato sopra, è destinatario di obblighi ambientali.

Affinché il consumatore possa effettivamente svolgere al meglio il nuovo ruolo che gli è affidato, è essenziale informarlo ed educarlo, in linea con quanto previsto dall'art. 169 TFUE.

[45] Sul ruolo del consumatore e del cittadino nella sostenibilità ambientale, e quindi sul diverso contributo della normativa ambientale in senso ampio e del diritto del consumatore, cfr. T. WILHELMSSON, *Consumer law and the environment: From consumer to citizen*, in *Journal of Consumer Policy*, 1998, p. 45 ss., nonché S. MCGREGOR, *Consumer citizenship: A pathway to sustainable development. Keynote at the International Conference on Developing Consumer Citizenship*, disponibile in www.consultmcgregor.com/documents/research/norway_keynote.pdf.

In effetti, anche la Corte di giustizia nella propria giurisprudenza ha in varie occasioni valorizzato l'importanza delle informazioni che, in virtù di un atto normativo, devono essere rese note al consumatore in modo che possa consapevolmente effettuare la propria scelta di acquisto. Si pensi all'obbligo per i costruttori di fornire ai potenziali acquirenti di un veicolo i dati delle emissioni di anidride carbonica e del consumo di carburante[46] o sugli additivi presenti nel combustibile[47], o ancora alla necessaria completezza dell'indicazione circa il territorio di origine di un determinato alimento laddove un'omissione in tal senso possa trarre in inganno il consumatore e far pensare che l'alimento abbia un differente paese d'origine o luogo di provenienza[48].

In effetti, il primo prerequisito perché il consumatore possa effettuare delle scelte ecocompatibili è la reale disponibilità di alternative al proprio comportamento che siano maggiormente compatibili con la tutela dell'ambiente. Il secondo, poi, quello che il consumatore possa agevolmente conoscere tali alternative o comunque confrontare l'impatto ambientale della propria scelta iniziale con quella o quelle alternative[49]. Infine, il consumatore dovrebbe essere *educato*

[46] V. Corte giust. 21 marzo 2023, C-100/21, *Mercedes-Benz Group (Responsabilité des constructeurs de véhicules munis de dispositifs d'invalidation),* punto 72 e conclusioni dell'Avv. gen. Rantos, del 2 giugno 2022, par. 40.

V. anche Corte giust. 3 aprile 2014, C-319/13, *Udo Rätzke*, in cui la Corte ha effettuato un bilanciamento tra l'importanza dell'aggiornamento dell'etichettatura di televisori già consegnati, al fine di incoraggiare gli utilizzatori finali ad acquistare modelli più efficienti dal punto di vista dei consumi energetici, e l'impatto in termini di carico di lavoro aggiuntivo per i beni già commercializzati. In questo caso la Corte ha concluso, al punto 39, che «l'effetto limitato di un obbligo di etichettatura […] sarebbe sproporzionato rispetto all'onere burocratico che la misura comporterebbe per i fornitori e i distributori. In particolare, le PMI sarebbero costrette a chiedere al produttore etichette relative al consumo di energia per tutti i televisori già consegnati precedentemente al 30 novembre 2011. Orbene, a termini del considerando 25 della direttiva 2010/30, occorre astenersi dall'adottare misure suscettibili di comportare obblighi burocratici inutilmente gravosi per i partecipanti al mercato interessati, in particolare le PMI».

[47] Nella sentenza Corte giust. 8 luglio 2010, C-343/09, *Afton Chemicalal*, al punto 91 la Corte ha statuito che «Il consumatore, infatti, per poter evitare i rischi tanto per la sua salute quanto per il suo veicolo, deve essere informato circa la presenza di tali additivi nel combustibile».

[48] Corte giust. 12 novembre 2019, C-363/18, *Organisation juive européenne e Vignoble Psagot*.

[49] Sulla necessità di fornire una alternativa dal lato dell'offerta al consumatore e sulla neces-

all'importanza del proprio comportamento per il perseguimento del comune obiettivo di preservare l'ambiente.

I recenti atti introducono nuovi obblighi a carico dei produttori che vanno nella direzione di stabilire delle condizioni di fatto grazie alle quali il consumatore potrà agevolmente adottare dei comportamenti più compatibili con la protezione dell'ambiente.

Il nuovo regolamento sulla progettazione ecocompatibile[50], ad esempio, tra le varie specifiche funzionali alla realizzazione di prodotti più sostenibili, impone alle imprese di predisporre un passaporto digitale del prodotto che renderà disponibili una serie di informazioni connesse con l'impatto ambientale. Così come, se per talune imprese è stato disposto il divieto di distruzione di beni invenduti, per altre sarà obbligatorio informare i consumatori se ricorrono a questa condotta, con l'evidente obiettivo di attribuire un ulteriore disvalore allo spreco di materie prime. La direttiva sulla riparazione dei beni impone a carico dei produttori sia comportamenti funzionali alla effettiva riparabilità dei prodotti, sia obblighi di informazione affinché i consumatori possano scegliere questa alternativa meno inquinante rispetto all'acquisto di un nuovo bene. Infine, la direttiva 2024/825, enfaticamente intitolata *responsabilizzazione dei consumatori*, è volta a far sì che le informazioni ambientali siano veritiere e affidabili, perché devono essere poste alla base di un comportamento.

A ben vedere, nella versione italiana del titolo della direttiva sopra citata, il termine *responsabilizzazione* evidenzia l'attribuzione di un particolare valore alla consapevolezza e quindi al "dovere" di agire nel modo migliore.

In questo senso, la direttiva sembra riferirsi alla figura del consumatore responsabile, considerato come il consumatore che – adeguatamente informato e attento – non agisce valutando solo i propri interessi ma tiene in considerazione anche l'ambiente e la società nella quale vive[51].

Tuttavia, è significativo il fatto che, nella versione inglese della direttiva 2024/825, il titolo si riferisca piuttosto all'*empowerment* del consumatore per

sita di una adeguata informazione v. V. MAK, E. TERRYN, *Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2020, p. 227 ss., spec. p. 229.

[50] Regolamento 2024/1781, cit.

[51] V., tra gli altri, F. E. J. WEBSTER, *Determining the Characteristics of the Socially Conscious Consumer*, in *Journal of Consumer Research*, n. 3, 1975, p. 188 ss.

realizzare la transizione verde[52]. Nella versione francese, ancora più esplicitamente, le disposizioni sono introdotte «*pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition verte*». In questo senso, i titoli nelle altre lingue evidenziano l'obiettivo di mettere in condizione il consumatore di scegliere, piuttosto che il dovere morale di farlo.

A ben vedere, le istituzioni dell'Unione europea, a norma dell'art. 169 TFUE, devono promuovere sia il diritto all'informazione che il diritto all'educazione del consumatore. L'effettiva informazione del consumatore e la sua educazione ad agire nel mercato con consapevolezza contribuiscono evidentemente alla sua responsabilizzazione[53].

In questo senso è più esplicito l'obiettivo 12.8 della sopra citata agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, secondo il quale i Paesi delle Nazioni Unite, entro il 2030, devono «accertarsi che tutte le persone […] abbiano le informazioni rilevanti e la giusta consapevolezza dello sviluppo sostenibile e di uno stile di vita in armonia con la natura», ed in questo caso la versione inglese dello stesso documento fa coerentemente riferimento alla *awareness* dello stesso[54].

Ora, prendendo atto dell'importanza della nuova forma di valorizzazione del consumatore attraverso i recenti atti dell'Unione europea qui esaminati, occorre chiedersi fino a che punto la nuova normativa possa produrre degli effetti sulla sua condotta. Di certo, in base a questa disciplina non sussiste alcun obbligo di comportamento a suo carico. Questi potrà decidere se leggere le informazioni relative al prodotto e al produttore e se tenerne conto al momento dell'acquisto di un bene. A bene vedere, anche le altre disposizioni della normativa a tutela del consumatore non impongono degli obblighi a suo carico, ma semplicemente predispongono un quadro normativo volto a disciplinare la condotta della sua controparte e a fornirgli gli strumenti per difendersi in caso di violazione.

[52] Nella versione francese della direttiva 2024/825, cit., il titolo è stato tradotto in «Directive […] pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition verte grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et grâce à une meilleure information».

[53] V. M. ILIEVA, *La protection des consommateurs et les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2021, p 381.

[54] Secondo la versione inglese dell'obiettivo 12.8 della *2030 Agenda for Sustainable Development*, le parti devono «By 2030, ensure that people everywhere have the relevant information and awareness for sustainable development and lifestyles in harmony with nature».

Molto dipenderà dalla chiarezza ed intelligibilità delle informazioni addotte sulle etichette. Sotto questo punto di vista, la nuova politica sulle informazioni ambientali si inserisce nella scia della politica relativa alla etichettatura dei prodotti alimentari, in virtù della quale devono essere obbligatoriamente fornite, tra l'altro, informazioni sull'elenco degli ingredienti e la dichiarazione nutrizionale[55]. È innegabile che le informazioni riportate sulle confezioni degli alimenti siano oggi un elemento essenziale per la formazione della scelta del consumatore e che abbiano contribuito ad orientare gli acquisti agevolando la valutazione delle conseguenze sulla salute e sul benessere. Ciononostante, come accertato anche dalla Corte dei Conti, vi sono «notevoli lacune nel quadro giuridico dell'UE e debolezze nel monitoraggio, nella rendicontazione, nei sistemi di controllo e nelle sanzioni», per cui i consumatori «si trovano di fronte a etichette che possono generare confusione, essere fuorvianti o non sempre comprensibili»[56]. Tra le raccomandazioni espresse dalla Corte dei Conti, figura quella di monitorare le aspettative dei consumatori e intraprendere azioni per aiutarli a capire meglio le etichette degli alimenti, ad esempio attraverso campagne di sensibilizzazione o apposite guide[57]. Dal momento che è altamente probabile che questa criticità possa sussistere anche per le informazioni ambientali, si potrebbe pensare sin da subito a campagne che informino e/o sensibilizzino i consumatori.

[55] V. regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori. È obbligatorio fornire informazioni anche relativamente al nome del prodotto alimentare, al contenuto netto, alla data di scadenza, le istruzioni per l'uso, se del caso ed il nome e l'indirizzo dell'operatore. L'indicazione del paese di origine o del luogo di provenienza è obbligatoria qualora l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore in merito al paese di origine o al luogo di provenienza reali del prodotto alimentare.

[56] Relazione speciale della Corte dei Conti 23/24, *Etichettatura degli alimenti nell'UE. I consumatori possono perdersi nel labirinto delle etichette*, v. punto 85 e cfr. punti 46 ss. Per una sintesi, v. anche www.eca.europa.eu/it/publications/sr-2024-23. Come evidenziato da Chenevière, un esempio di aumento *controproducente* delle informazioni è rappresentato dalle fatture sul consume energetico, laddove «sous prétexte d'informer pleinement le consommateur, on le noie sous une avalanche de données techniques peu compréhensibles». V. C. CHENEVIERE, *Entre faiblesse et pouvoir : le consommateur au cœur de la transition énergétique européenne*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2015, p. 313 ss., spec. p. 317. Più in generale, sull'importanza del diritto all'informazione del consumatore e sull'impatto positivo del consumo responsabile nell'ambito della politica dell'energia, cfr. M. ILIEVA, *op. cit.*, p. 382 ss.

[57] V. la raccomandazione n. 3 espressa nella relazione speciale della Corte dei conti 23/24, cit., p. 49.

È evidente che la funzione delle informazioni alimentari è differente rispetto a quella relativa all'impatto ambientale. Le prime sono infatti mirate a orientare la scelta del consumatore per tutelare al meglio la propria salute. Le informazioni ambientali, invece, pur potendo tradursi in un risparmio per il consumatore (si pensi alla scelta di riparare un bene invece di acquistarne uno nuovo, o alle informazioni relative all'effettivo esaurimento di un toner), hanno la più generale funzione di tutelare un bene comune[58]. La valorizzazione della consapevolezza del consumatore è un nuovo elemento della costruzione del quadro normativo a tutela dell'ambiente e sarà interessante valutare quanto questa contribuirà effettivamente allo sviluppo dell'economia circolare e della transizione verde del mercato interno. Fino ad ora la disciplina europea in materia ambientale ha prevalentemente inciso sui comportamenti del produttore, definendo le specifiche dei prodotti da immettere sul mercato e alcune condotte dello stesso nel processo di produzione. Dunque, si è essenzialmente sviluppato un quadro normativo che regolasse l'offerta sul mercato interno di prodotti più ecocompatibili. Le più recenti modifiche, sebbene incidano sempre sulla condotta del produttore, introducendo a suo carico nuovi obblighi di informazione, lo fanno nell'ottica di modificare il comportamento del consumatore e quindi con l'obiettivo di migliorare la domanda sul mercato interno di prodotti più ecocompatibili. Del resto, solo un consumatore informato sull'impatto ambientale del bene che intende acquistare, sulla sua durata di vita e sulla possibilità di "ripararlo", potrà effettuare una scelta consapevole e coerente con l'obiettivo di perseguire uno sviluppo sostenibile. E questo porta ad una responsabilizzazione, quantomeno sul piano morale del consumatore che è in procinto di acquistare un bene o un servizio, nel senso di portarlo a valutare quale sia la scelta più ecocompatibile[59].

[58] Per una analisi dell'importanza delle informazioi ambientali nella scelta degli alimenti, cfr. Y. RAN, A. NILSSON LEWIS, E. DAWKINS, R. GRAH, F. VANHUYSEA, E. ENGSTRÖMA, F. LAMBE, *Information as an enabler of sustainable food choices: A behavioural approach to understanding consumer decision-making*, in *Sustainable Production and Consumption*, 2022, p. 642 ss.

[59] A proposito di responsabilizzazione morale, è interessante sottolineare che ad esempio il regolamento (UE) 2024/573 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 febbraio 2024, sui gas fluorurati a effetto serra, che introduce degli obblighi che sono essenzialmente volti agli operatori di apparecchiature, è stato accompagnato da schede della Commissione con informazioni, volte anche a responsabilizzare i consumatori. V. www.climate.ec.europa.eu/eu-action/fluorinated-greenhouse-gases/what-can-i-do_en?prefLang=it.

L'obbligo di fornire delle informazioni rappresenta un passo in avanti, probabilmente necessario se si pensa che fino ad oggi gli altri strumenti volontari di certificazione e valorizzazione delle condotte ambientali delle imprese, come il marchio Ecolabel, hanno avuto risultati limitati e soprattutto che l'assenza di un quadro normativo sulle informazioni ambientali ha consentito la circolazione di informazioni fuorvianti se non sbagliate. Inoltre, anche lo strumento con il quale è stato inserito questo nuovo obbligo di informazione appare congruo: nel primo caso come completamento delle regole di produzione ecocompatibile, nel secondo come ampliamento della tutela del consumatore.

5. *Brevi osservazioni conclusive*

Possiamo conclusivamente osservare che le recenti modifiche normative valorizzano il ruolo del consumatore, che costituisce una componente essenziale del funzionamento del nostro modello di economia dal momento che rappresenta la domanda di beni e servizi nel mercato interno dell'Unione e, orientando le proprie scelte, può influenzare l'offerta – e quindi la produzione – dei beni e servizi.

In effetti, lo sviluppo dell'economia circolare costituisce una delle sette priorità del Presidente della Commissione europea per il mandato 2024-2029, e sul punto sarà adottato un nuovo Circular Economy Act[60].

Si apre così una nuova fase della combinazione virtuosa e coerente dei vari strumenti a disposizione dell'Unione europea. Potrebbe essere interessante immaginare, ora, come questa nuova area di disciplina possa essere combinata con l'insieme di politiche mirate ad incentivare condotte all'avanguardia dal punto di vista ambientale, per un potenziamento dei risultati.

Potrebbero infatti essere consentiti degli aiuti di Stato per incoraggiare le imprese ad andare oltre gli obblighi previsti e sperimentare ulteriori forme di contatto tra le imprese e i consumatori utili alla promozione dei prodotti green e allo sviluppo dell'economia circolare. Sul piano interno, poi potrebbero essere previste delle forme di incentivazione come il riconoscimento di una premialità per i consumatori che agiscono in maniera coerente con il modello circolare.

[60] V. www.commission.europa.eu/priorities-2024-2029/competitiveness_en.

Infine, se è vero che anche la nuova normativa non prevede obblighi in senso giuridico a carico del consumatore, è altrettanto vero che una maggiore conoscenza dell'impatto ambientale delle scelte del consumatore possa fungere da base per nuove forme di applicazione del principio "chi inquina paga" nei limiti in cui sia socialmente sostenibile[61], magari a partire dai beni di lusso. Per questi ultimi, poiché non si tratta di beni essenziali, è ragionevole stabilire che il consumatore che inquina di più paghi di più. Del resto, per questa tipologia di beni è più difficile accettare le ineluttabili conseguenze che derivano dalla loro produzione e dal loro utilizzo, ovvero che il danno ambientale necessariamente poi ricade su tutti.

[61] V. H-W. MICKLITZ, *Squaring the circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, in *EuCML*, n. 6, 2019, p. 235 ss.

Abstract (ita)

Nel 2019, il Green Deal ha inaugurato una nuova fase evolutiva della politica ambientale dell'Unione europea. La Commissione ha posto particolare attenzione anche alla predisposizione di un quadro normativo che indirizzi la società europea ad un consumo sostenibile e a una gestione sostenibile dei beni che non appaiono più funzionali al loro uso perché obsoleti o rotti. In questa nuova fase viene valorizzata la figura del consumatore quale soggetto che deve poter operare scelte informate. Grazie ad una corretta informazione sulle caratteristiche ambientali di un prodotto e sugli aspetti relativi alla circolarità dello stesso, il consumatore può prendere decisioni consapevoli e svolgere un ruolo attivo nella transizione ecologica. Tanto premesso, il presente lavoro analizza i recenti atti normativi intesi a creare un'economia circolare, con l'obiettivo di definire e mettere in luce il nuovo ruolo del consumatore quale coprotagonista della transizione verde.

Abstract (eng)

In 2019, the Green Deal opened a new phase in the evolution of EU environmental policy. The Commission has also paid particular attention to the establishment of a regulatory framework that guides European society towards sustainable consumption and sustainable management of goods that are no longer useful because they are obsolete or broken.

In this new phase, the role of the consumer as a subject who must be able to make aware choices is emphasized. Thanks to accurate information on the environmental characteristics of a product and aspects related to its circularity, consumers can play an active role in the ecological transition. This paper analyses recent legislation aimed at creating a circular economy, in order to define and highlight the new role of consumers as co-protagonists of the green transition.

GARANTIRE COERENZA IN UN PAESAGGIO (LEGALE) FRAMMENTATO: VERSO UNA VISIONE COLLABORATIVA PER LA CONSERVAZIONE DELLA BIODIVERSITÀ NELL'UNIONE

Irene Sicignano*

SOMMARIO: 1. Oggetto e piano dell'indagine. – 2. La cornice di tutela della biodiversità nell'Unione e il ruolo della Corte nell'orientare la frammentaria attuazione degli Stati membri: considerazioni preliminari. – 3. Creare una rete europea coerente di aree protette: la procedura di designazione. – 4. La centralità dell'articolo 6 della direttiva Habitat: oltre la lettera della norma. – *a)* paragrafo 1: le misure di conservazione da adottare. – *b)* paragrafo 2: il dovere di prevenire danni agli ecosistemi e disturbo delle specie protette. – *c)* paragrafi 3 e 4: l'autorizzazione di piani e progetti con incidenze sui siti Natura 2000. – 5. Il regime di protezione rigorosa e la difficile coesistenza con i grandi carnivori. – 6. Percorsi interpretativi per garantire efficacia al diritto UE della biodiversità: il potenziale del principio di leale cooperazione. – 7. Conclusioni.

1. *Oggetto e piano dell'indagine*

L'allarmante perdita di biodiversità in atto rappresenta una sfida per l'Unione europea[1]. Il suo carattere intrinsecamente transnazionale determina la necessità di un'azione coordinata degli Stati membri, la cui cooperazione risulta essenziale per contrastare il fenomeno. La natura versa infatti in uno stato critico, con ecosistemi di tutto il mondo che attraversano un processo di deterioramento dal ritmo allarmante: l'81% degli ecosistemi nel territorio dell'Unione si trova in stato di degrado e il 25% delle specie esistenti è a rischio di estinzione[2]. Questi dati destano preoccupazione poiché la sopravvivenza dell'umanità dipende in larga parte dai molti servizi ecosistemici gratuitamente forniti dalla biodiversità. Oggi sappiamo che al

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna. *National Biodiversity Future Center Fellow* (Progetto finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU).

[1] European Environment Agency, *State of Nature in the EU*, EEA Report No 10/2020.

[2] IPBES, *Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, Bonn, 2019.

problema contribuiscono fattori diretti ed indiretti, con un ruolo preponderante delle attività umane e del cambiamento climatico da esse causato[3]. Allo stesso tempo, proprio le attività umane sono legate al destino della natura, con più della metà del PIL mondiale dipendente da ecosistemi sani[4].

Il diritto internazionale si è occupato di fornire tutela alla biodiversità sin dagli anni '70, con la Convenzione di Ramsar sulle zone umide[5], cui sono succedute la Convenzione di Berna del Consiglio d'Europa[6], che promuove la conservazione della natura attraverso accordi transnazionali, e la Convenzione di Bonn sulle specie migratrici della fauna selvatica. Quest'ultima riconosce un interesse legalmente protetto della comunità internazionale alla conservazione di tali specie e dei loro habitat per l'insostituibile valore ecologico che li caratterizza, incoraggiando la cooperazione fra Stati[7]. Con la Convenzione sulla Diversità Biologica, l'ordinamento internazionale si è poi dotato di uno strumento omnicomprensivo di tutela a livello globale, che definisce la conservazione della biodiversità come *common concern of humankind*[8].

Nell'ordinamento dell'Unione, invece, con il *Green Deal* europeo[9] l'UE si è impegnata a potenziare ulteriormente l'attuazione del principio di integrazione, nella consapevolezza che il problema del cambiamento climatico rappresenti una vera e propria minaccia per il genere umano e che sia legato da un rapporto di interdipendenza a molte altre problematiche odierne, tra

[3] European Environment Agency, cit.

[4] World Economic Forum, *Nature Risk Rising: Why the Crisis Engulfing Nature Matters for Business and the Economy*, 2020.

[5] Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale, Ramsar, 1971. La Convenzione di Ramsar è stata la prima ad essere siglata per la protezione di una specifica tipologia di habitat, le zone umide, in virtù dell'eccezionale valore ecologico che lo caratterizza. Per un'analisi del regime istituito dalla Convenzione si veda: M. BOWMAN ET AL., *The Ramsar Convention on Wetlands*, in M. BOWMAN ET AL. (eds.), *Lyster's International Wildlife Law*, Cambridge, 2010, pp. 403-450.

[6] Convenzione sulla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, Berna, 1979. Per un'analisi del regime istituito dalla Convenzione si veda: A. TROUWBORST, *Wilderness protection under the Bern Convention. The perspective of Europe's large carnivores*, in K. BASTMEIJER (ed.), *Wilderness Protection in Europe: The Role of International, European and National Law*, Cambridge, 2016, pp. 160-176.

[7] Convenzione sulla conservazione delle specie migratrici della fauna selvatica, Bonn, 1979.

[8] Convenzione sulla Diversità Biologica, Rio, 1992.

[9] Comunicazione della Commissione europea, dell'11 dicembre 2019, sul Green Deal europeo, COM (2019) final. Al riguardo, si veda *ex multis* M. ONIDA, *Il Green Deal Europeo* in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020*, Padova, 2021.

cui la perdita di biodiversità. Recentemente, anche alla luce della pandemia da Covid-19[10], l'attenzione sul problema è aumentata e a maggio 2020 la Commissione ha proposto una Strategia sulla Biodiversità per il 2030 con nuovi ambiziosi obiettivi e regole più stringenti per gli Stati membri[11]. Tra le principali ambizioni vi è quella di proteggere giuridicamente almeno il 30% della superficie terrestre dell'UE e il 30 % dei suoi mari e integrare dei corridoi ecologici in una vera e propria rete naturalistica transeuropea. Il piano prevede lo stanziamento di 20 miliardi di euro l'anno per la protezione e la promozione della biodiversità tramite fondi dell'Unione, nonché finanziamenti nazionali e privati.

La portata transnazionale del fenomeno, gli impatti potenzialmente dirompenti sull'economia degli Stati membri e conseguentemente sul mercato interno, rendono opportuna una riflessione sull'attuale cornice giuridica di cui l'Unione europea si è dotata per farvi fronte. La stessa sarà osservata attraverso la lente dei doveri di cooperazione in capo agli Stati membri, quali elementi essenziali per la gestione efficace del patrimonio naturale che condividono. Attualmente la tutela della biodiversità è affidata alle risalenti direttive Uccelli[12] e Habitat[13], i cui principali meriti consistono nell'aver dato vita alla più vasta rete di aree protette al mondo, Natura 2000, e ad un sistema di protezione speciale per alcune specie ritenute a rischio di estinzione. Vale la pena sottolineare sin da subito come la stessa sia stata pensata come un insieme coerente di siti ritenuti meritevoli di tutela per il loro elevato valore ecologico, tale da renderli "di importanza comunitaria"[14]. La

[10] Intergovernmental science-policy Plaform for Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES), *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, pp. 12-13, A.2, 2019.

[11] Comunicazione della Commissione europea, del 20 maggio 2020, *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030 – Riportare la natura nella nostra vita*, COM (2020) 380final.

[12] Direttiva 2009/147/CE, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici.

[13] Direttiva 92/43/CEE, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.

[14] *Ivi*, art. 1, par. 1, lett. k), che definisce *sito di importanza comunitaria* «un sito che, nella o nelle regioni biogeografiche cui appartiene, contribuisce in modo significativo a mantenere o a ripristinare un tipo di habitat naturale di cui all'allegato I o una specie di cui all'allegato II in uno stato di conserva zione soddisfacente e che può inoltre contribuire in modo significativo alla coerenza di Natura 2000 di cui all'articolo 3, e/o che contribuisce in modo significativo al mantenimento della diversità biologica nella regione biogeografica o nelle regioni biogeografiche in questione».

tutela degli stessi appare pertanto incompatibile con un approccio orientato al perseguimento di interessi nazionali, che porta alla frammentazione del panorama giuridico sul territorio degli Stati membri. Il richiamo alla concezione, cui l'intera cornice è ispirata, che tali componenti naturali rappresentino un vero e proprio *patrimonio comune* agli Stati membri, porta infatti con sé conseguenze significative. In questa sede, ci si concentrerà in particolare sulla rilevanza assegnata a tale impostazione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, spesso caratterizzata da operazioni ermeneutiche che la combinano, in un'ottica di rafforzamento, agli obblighi discendenti dal diritto internazionale ed ai principi generali dell'ordinamento, in particolare il principio di precauzione[15] ed il principio di leale cooperazione[16]. Se da un lato, infatti, la protezione dell'ambiente, così come riconosciuta dall'ordinamento UE impone massima cautela in caso di dubbi scientifici sugli impatti ambientali per non rischiare di compromettere il patrimonio naturale comune agli Stati, dall'altra il principio di leale collaborazione impone agli stessi di adoperarsi e collaborare per il raggiungimento degli obiettivi fissati a livello sovranazionale, evitando iniziative individuali che si pongano in contrasto con gli stessi.

L'analisi non si concentrerà quindi sulla puntuale osservazione della disciplina introdotta dal legislatore UE, ma si propone piuttosto di saggiarne i limiti e le potenzialità rispetto all'intrinseca natura transnazionale del problema. Se infatti da un lato la cornice ha portato alla creazione della più vasta

[15] Art. 191, par. 2, TFUE. In argomento, si veda A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; E. FISHER, J. JEONES, R. VON SCHOMBERG, *Implementing the precautionary principle: perspectives and prospects*, Cheltenham, 2006; N. DE SADELEER, *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, EU and USA, Routledge*, London, 2007; B. BERTHOUD, *The Precautionary Principle in EU Risk Regulation*, Hamburg, 2014; E. MORGERA, *The ecosystem approach and the precautionary principle*, in M. FAURE (ed.), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Cheltenham, 2023; A. DONATI, *Le principe de précaution en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2021.

[16] Art. 4, par. 3, TUE. In argomento, si veda B. GUASTAFERRO, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, in R. SCHUTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order*, Oxford, 2018; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020; M. KLAMERT, *Loyalty and Solidarity as General Principles*, in K. S. ZIEGLER ET AL. (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe*, Cheltenham/Northampton, 2022; M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014.

rete di aree protette al mondo[17], dall'altro i risultati degli studi più recenti segnalano un'attuazione largamente frammentata a livello nazionale[18], che giustifica la ricerca di percorsi interpretativi indirizzati al rafforzamento della cornice, nel tentativo di colmare gli ampi (e forse eccessivi) margini di discrezionalità assegnati agli Stati membri in favore di un approccio collettivo alla gestione del patrimonio naturale comune. È infatti sull'implementazione che questi ultimi garantiscono alle norme nei loro ordinamenti che, in ultima istanza, si regge l'effettiva realizzazione delle politiche dell'Unione, fra cui quella ambientale.

A tal fine, il lavoro è strutturato come segue. Il primo paragrafo si occuperà di analizzare alcune delle disposizioni delle direttive Natura per osservare l'interpretazione "rafforzata" delle stesse fornita dalla Corte nell'ottica di garantire uniforme applicazione ed efficacia alla cornice. In particolare, ci si focalizzerà dapprima sulla procedura di designazione dei siti Natura 2000, ove il principio di precauzione e di leale collaborazione rivestono un ruolo di prim'ordine per garantire che le scelte operate dagli Stati siano da un lato basate solo su criteri ecologici e dall'altro orientate a fornire alla Commissione un elenco completo ed affidabile di potenziali aree protette, la cui integrità deve essere preservata anche prima della designazione ufficiale.

L'art. 6 della direttiva Habitat sarà poi individuato come disposizione centrale dell'intera cornice, fortemente ispirata al principio di precauzione. La sua operatività sarà osservata in particolare con riguardo agli effetti del cambiamento climatico sugli ecosistemi ed alla connettività ecologica degli stessi, per i quali il legislatore UE non ha previsto specifici vincoli. La Corte ha tuttavia saputo utilizzare la flessibilità dell'obbligo in capo agli Stati di prevenire danni alla biodiversità previsto dal secondo paragrafo per guidare la loro azione in modo da garantire coerenza al quadro sovranazionale.

Da ultimo, l'interpretazione fornita dalla stessa al regime di protezione speciale dedicato alle specie più vulnerabili consentirà di individuare ulteriori sforzi verso la promozione di un approccio che trascende i confini nazionali e gli interessi economici a breve termine degli Stati. Il dovere di considerarne lo stato di conservazione sia a livello nazionale che transnazionale comporta come si vedrà implicazioni significative nell'autorizzazione di deroghe al regime, la cui applicabilità risulta sottoposta a rigide condizioni difficilmente aggirabili.

[17] European Environment Agency, *The Natura 2000 protected areas network*, 2023.

[18] European Commission, *Fitness Check of the EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives)*, SWD (2016) 472 final, Brussels.

L'analisi proseguirà con una riflessione finale sul potenziale impatto del prisma costituito dai principi di precauzione, leale collaborazione e dai vincoli discendenti dal diritto internazionale nella realizzazione di un modello di gestione coerente ed efficace della biodiversità. In particolare, le due direttrici principali che si diramano dal principio di leale collaborazione così come interpretato negli anni dalla Corte, consentiranno di ricondurre i vincoli in capo agli Stati membri ad una visione collaborativa del patrimonio naturale comune che condividono per assicurare coerenza alla loro attuazione e contrasta la frammentazione che caratterizza l'attuale panorama naturale e legale sul territorio dell'Unione.

2. *La cornice di tutela della biodiversità nell'Unione e il ruolo della Corte nell'orientare la frammentaria attuazione degli Stati membri: considerazioni preliminari*

La tutela della biodiversità nell'Unione risulta affidata, come accennato, alle direttive Uccelli e Habitat, la cui cornice è caratterizzata da un approccio volto a garantire la conservazione delle specie e degli habitat protetti quali componenti essenziali del patrimonio comune dei popoli europei, considerando come premessa fondamentale all'intero regime il carattere sovranazionale di tale interesse[19]. Ciò risulta finalizzato, fra le altre, all'attuazione della già citata Convenzione di Berna, di cui l'Unione e gli Stati membri sono parti, il cui obiettivo è contribuire alla conservazione degli habitat e delle specie di flora e fauna europei, attraverso un approccio che favorisca la cooperazione transnazionale[20]. Allo stesso tempo, l'impianto normativo costruito dal legislatore UE, mira alla realizzazione di un modello che vuole integrare la protezione di tali componenti naturali con lo sviluppo, anche economico, delle comunità locali. Ciò è concretizzato attraverso la stretta applicazione del principio di precauzione, che consente, almeno in linea teorica, di evitare danni all'ambiente laddove le prospettate attività umane abbiano potenziali ripercussioni negative sulla natura. Il riferimento implicito è alla solidarietà intergenerazionale[21], principio in base al quale è responsabilità comune degli Stati adoperarsi e collaborare per consegnare intatto alle

[19] Considerando n. 4 direttiva Uccelli; considerando n. 4, direttiva Habitat.

[20] Art. 11, par. 1, lett. a), Convenzione di Berna.

[21] Considerando n. 5 direttiva Uccelli; considerando n. 3, direttiva Habitat.

future generazioni il patrimonio naturale che condividono[22]. Ebbene, sarà proprio attraverso il prisma costituito dalla combinazione di questi elementi che si analizzeranno le più rilevanti previsioni normative così come interpretate dalla Corte di giustizia. La stessa ha infatti fatto ampio utilizzo dei principi di precauzione e di leale collaborazione come strumenti ermeneutici per indirizzare gli Stati verso la realizzazione degli obiettivi di tutela della natura, contrastando comportamenti individuali degli stessi orientati al perseguimento di interessi puramente nazionali o fondati sulla prevalenza di istanze economiche a breve termine.

L'obiettivo dichiarato della direttiva Uccelli consiste nel «preservare, mantenere o ristabilire» una sufficiente varietà e superficie degli habitat idonei alla sopravvivenza delle specie di volatili considerate[23]. Allo stesso modo la direttiva Habitat è finalizzata ad «assicurare il mantenimento o il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, degli habitat naturali e delle specie di fauna e flora selvatiche di interesse comunitario»[24], anche attraverso la creazione di una «rete ecologica europea coerente di zone speciali di conservazione, denominata Natura 2000»[25]. Considerata la natura puramente transnazionale del problema della perdita di biodiversità, nel costruire la cornice normativa che si occupa di contrastarla il legislatore parte dal presupposto che l'adozione di misure a ciò finalizzate costituisca una «responsabilità comune di tutti gli Stati membri»[26]. Dal canto loro, le autorità nazionali che si trovano ad attuarle hanno il compito di basare le proprie scelte di protezione sulla consultazione dei migliori dati scientifici disponibili. Come si vedrà a breve, tale assunto è alla base dell'intera cornice, a partire dal momento della designazione dei siti protetti e dell'istituzione delle misure di conservazione per tutelarli, fino alla delicata valutazione sulla compatibilità con le stesse di piani e progetti di sviluppo. Tuttavia, preme sottolineare che l'attuale conoscenza scientifica degli ecosistemi resta incompleta,

[22] Considerando 11 HD: «considerando che l'adozione di misure intese a favorire la conservazione di habitat naturali prioritari e specie prioritarie di interesse comunitario è responsabilità comune di tutti gli Stati membri».

[23] Art. 3, direttiva Uccelli.

[24] Art. 2, par. 2, direttiva Habitat.

[25] *Ivi*, art. 3, par. 1.

[26] F. CASOLARI, *Il contributo dell'Unione europea alla tutela della biodiversità nell'interesse delle generazioni future: una visione d'insieme*, in M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle future generazioni nel diritto internazionale e dell'Unione europea - Atti XXVI Convegno Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023, pp. 359-390, spec. p. 367.

con la conseguenza che nella maggior parte dei casi non risulta possibile, pur attuando una valutazione quanto più completa, conoscere con precisione le conseguenze delle scelte operate[27]. In casi in cui, a causa di tale incertezza, residuino dubbi quanto alle conseguenze negative di una scelta prospettata, il principio di precauzione impone l'astensione dalla condotta in esame[28]. La costituzionalizzazione di quest'ultimo principio, consacrato nei Trattati a partire da Maastricht, ha infatti portato all'affermazione della regola generale *in dubio pro natura*[29]: anche nei casi in cui non può essere stabilito un chiaro nesso causale sulla base dei dati scientifici disponibili, un'azione preventiva risulta giustificata dalla precedenza che l'ordinamento accorda alla tutela dell'ambiente rispetto agli interessi economici[30]. Dal principio di leale collaborazione enucleato all'art. 4, par. 3, TUE discende poi il vincolo per le autorità nazionali di adoperarsi per il raggiungimento degli obiettivi della cornice, evitando comportamenti che possano ostacolarli. Ebbene, nei paragrafi successivi si tenterà di ricostruire l'utilizzo fatto dalla Corte di questi principi nel valutare l'attuazione del diritto UE della biodiversità da parte degli Stati membri nel tentativo di andare oltre il tenore letterale delle vaghe disposizioni che la caratterizzano per garantirne efficacia ed uniforme applicazione.

3. *Creare una rete europea coerente di aree protette: la procedura di designazione*

Innanzitutto, il processo di designazione delle aree protette Natura 2000[31], volto ad assicurare la creazione di una «rete ecologica europea coerente» di siti ad alto valore per la biodiversità[32], risulta basato unicamente su

[27] E. MORGERA, *The Ecosystem Approach and the Precautionary Principle*, in J. RAZAQQUE, E. MORGERA (eds.), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Cheltenham, 2023, p. 70.

[28] Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, doc. COM (2000) 1final, pp. 26-27.

[29] C. W. BACKES, J. M. VERSCHUUREN, *Precautionary Principle in International, European, and Dutch Wildlife Law*, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, n. 34, 1998, pp. 43-70.

[30] Tribunale 26 novembre 2002, T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, *Artegodan GmbH e altri/Commissione*, punto 184.

[31] Si sottolinea che ne fanno parte sia i siti designati come zone di protezione speciale (ZPS) in base all'art. 4 della direttiva Uccelli, che i siti designati in base all'art. 4 della direttiva Habitat.

[32] Art. 3, par. 1, direttiva Habitat.

criteri scientifici. L'obiettivo ultimo è infatti, come anticipato, garantire il mantenimento ovvero, all'occorrenza, il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, degli habitat naturali di cui agli Allegati I e II[33]. Per determinare il significato da attribuire al criterio di coerenza, la cui centralità permea l'intero impianto normativo, è utilizzato il duplice criterio della quantità/qualità delle specie e habitat presenti nell'area da sottoporre a protezione, nonché il ruolo che il sito svolge nel garantire un'adeguata distribuzione geografica rispetto alla loro area di ripartizione[34]. Saranno quindi questi i soli parametri di riferimento per valutare l'opportunità di designare un'area naturale come sito Natura 2000, a partire dalla prima fase della procedura, ove agli Stati è richiesto di proporre una lista provvisoria alla Commissione[35], cui spetta il compito di analizzare i dati forniti e concordare con ogni Stato membro l'inserimento formale nella lista dei Siti di Interesse Comunitario (SIC). Questi ultimi dovranno poi essere ufficialmente designati come Zone Speciali di Conservazione (ZSC) a seguito dell'adozione delle necessarie misure di tutela da parte delle autorità nazionali. Come si dirà, a ricoprire un ruolo essenziale nella procedura sono da un lato il principio di precauzione e dall'altro quello di leale collaborazione: il primo per l'importanza assegnata dal legislatore all'esclusivo utilizzo di evidenze scientifiche per determinare l'inclusione delle zone nella rete, il secondo per l'atteggiarsi del rapporto di fiducia che lega Stati membri e Commissione nella redazione congiunta di un elenco quanto più completo possibile di aree meritevoli di tutela.

In primo luogo, la Corte ha negato a più riprese la possibilità per gli Stati di prendere in considerazione elementi diversi dal summenzionato interesse ecologico nella redazione della lista di siti da sottoporre alla Commissione. Le autorità nazionali, preoccupate per gli effetti conseguenti alla designazione delle aree protette sulle possibilità di sviluppo del territorio, hanno infatti spesso tentato di aggirare gli obblighi derivanti dalle direttive

[33] *Ibidem*.

[34] Comunicazione della Commissione, del 21 novembre 2018, *Gestione dei siti Natura 2000 Guida all'interpretazione dell'articolo 6 della direttiva 92/43/CEE (direttiva Habitat)*, p. 65. Si sottolinea che, quando il sito è istituito per la protezione di una specie in particolare, lo Stato dovrà tenere conto, fra le altre, della misura e densità di popolazione in quell'area in confronto a quella del territorio nazionale, del grado di conservazione dell'ecosistema in particolare con riguardo alle caratteristiche importanti per la specie considerata e le possibilità di ripristino delle stesse, nonché del grado di isolamento della popolazione presente nell'area in confronto all'area di ripartizione naturale della specie.

[35] Art. 4, direttiva Uccelli; art. 4, direttiva Habitat.

Natura per dare precedenza ad interessi economici. In tali circostanze la Corte nel rammentare agli Stati il ridotto margine di discrezionalità loro demandato in questa fase, ha utilizzato il principio di precauzione per assicurare uniforme interpretazione ed efficacia al diritto dell'Unione[36]. La stessa ha anche aggiunto che, per quel che riguarda il periodo intermedio che va dall'inserimento del sito nella lista provvisoria, sino alla designazione ufficiale che conclude la procedura, gli Stati debbano impedire la compromissione delle caratteristiche ecologiche dei siti. Solo così, infatti, potrà essere garantita l'attualità dei dati scientifici su cui sarà basata la valutazione della Commissione, con la quale gli Stati sono chiamati a collaborare[37]. È infatti proprio in virtù del principio di leale collaborazione nella sua accezione verticale, che gli stessi dovrebbero evitare tentativi di aggirare la norma attraverso comportamenti che, pregiudicando l'integrità del sito, ne ostacolerebbero la designazione come area di interesse comunitario[38].

4. *La centralità dell'articolo 6 della direttiva Habitat: oltre la lettera della norma*

È l'art. 6 della direttiva Habitat a specificare gli obblighi concernenti la conservazione dei siti e delle specie che vi abitano, attraverso un approccio, come si vedrà, saldamente basato sul principio di precauzione. La norma risulta strutturata in quattro paragrafi, che prevedono rispettivamente: i. un obbligo positivo di adottare le necessarie misure di conservazione per assicurare che habitat e specie mantengano uno stato di conservazione favorevole[39]; ii. un obbligo di adottare misure di prevenzione al fine di evitare deterioramento di habitat e disturbo delle specie protette[40]; iii. un regime di autorizzazione per regolare le attività potenzialmente impattanti i siti

[36] Tra le decisioni più rilevanti sul punto, si veda Corte giust. 13 dicembre 2007, C-418/04, *Commissione/Irlanda*; 2 agosto 1993, C-355/90, *Commissione/Spagna*; 20 settembre 2007, C-388/05, *Commissione/Italia*; 7 dicembre 2000, C-374/98, *Commissione/Francia*; 14 gennaio 2010, C-226/08, *Stadt Papenburg*; 7 novembre 2000, C-371/98, *First Corporate Shipping*.

[37] C. BORN, H. SCHOUKENS, *Biodiversity Litigation Before the Court of Justice of the European Union*, in G. FUTHAZAR ET AL. (eds.), *Biodiversity litigation*, Oxford, 2022, p. 313.

[38] Corte giust. 14 settembre 2006, C-244/05, *Bund Naturschutz in Bayern e a.*, punto 41. Sul punto si veda anche Corte giust. 13 gennaio 2005, C-117/03, *Dragaggi e a.*, punto 27 ss.

[39] Art. 6, par. 1, direttiva Habitat.

[40] Art. 6, par. 2, direttiva Habitat.

protetti[41]; iv. una circoscritta serie di eccezioni alla regola di cui al paragrafo precedente basate sulla sussistenza di «motivi imperativi di rilevante interesse pubblico»[42]. In questa sede, volendo evitare di affrontare gli aspetti tecnici della norma, ci si concentrerà in particolare sul secondo paragrafo, norma dall'ampia portata attraverso cui la Corte di giustizia ha ritenuto di vincolare la discrezionalità degli Stati membri anche riguardo a fattori di deterioramento degli ecosistemi non espressamente disciplinate dalla direttiva, come gli effetti del cambiamento climatico e la frammentazione del paesaggio, contribuendo significativamente ad assicurare coerenza alla rete Natura 2000 ed alle legislazioni nazionali.

a) *paragrafo 1: le misure di conservazione da adottare*

Con riguardo al primo paragrafo sarà sufficiente menzionare l'obbligo, in verità piuttosto generico, di adottare misure di conservazione specifiche per ogni sito e basate sulle migliori conoscenze scientifiche, in modo da perseguire il raggiungimento o mantenimento delle specie e degli habitat protetti in uno stato di conservazione favorevole. La Corte stessa, nel tentativo di fornire maggiore chiarezza sul punto, non ha comunque specificato il livello di dettaglio che le deve caratterizzare, limitandosi a ribadire che il processo non possa sostanziarsi in un mero esercizio formale, in quanto, predisporre misure di conservazione senza assicurare che siano effettivamente implementate porterebbe a svuotare di significato la previsione normativa e minaccerebbe seriamente il raggiungimento degli obiettivi UE[43]. L'assenza di obiettivi e tempistiche comuni predefiniti a livello sovranazionale determinano pertanto la scarsa incisività della previsione, che non pare costituire un incentivo sufficiente per l'adozione da parte degli Stati di misure di conservazione efficaci e coordinate[44].

b) *paragrafo 2: il dovere di prevenire danni agli ecosistemi e disturbo delle specie protette*

Il secondo paragrafo dell'art. 6 impone invece agli Stati di prevenire il deterioramento dei siti protetti ed il disturbo delle specie tutelate, adottando

[41] *Ivi*, art. 6, par. 3.

[42] *Ivi*, art. 6, par. 4.

[43] Commissione europea, *Gestione dei siti Natura 2000*, cit.

[44] European Commission, *Impact assessment study to support the development of legally binding EU nature restoration targets*, Luxembourg, 2023.

misure volte ad anticiparli. È il principio di precauzione ad ispirare tale obbligo, richiedendo agli Stati di non attendere che il danno si verifichi per intervenire a salvaguardia della natura. In ossequio a tale approccio, la giurisprudenza della CGUE ha più volte ribadito che qualsiasi misura volta ad escludere preventivamente alcuni tipi di attività dall'accertamento relativo ai potenziali effetti sul sito protetto sia da ritenersi invalida per incompatibilità con l'art. 6, par. 2[45]. Ma vi è di più. La disposizione è stata infatti ampiamente utilizzata dalla Corte per rafforzare gli obblighi di protezione in capo agli Stati membri, utilizzandone la duttilità per farvi rientrare problemi pressanti come la connettività ecologica e gli effetti del cambiamento climatico sugli ecosistemi. Quest'ultimo, va ricordato, esercita crescente pressione sulle specie, rendendo alcuni ecosistemi non più adatti alla loro sopravvivenza a causa delle mutate condizioni climatiche nei loro territori[46].

Pur non avendo il legislatore fornito espliciti riferimenti al problema, la CGUE ha parzialmente compensato tale carenza, riconducendo ai vincoli discendenti dall'art. 6 (2) della direttiva Habitat il dovere per gli Stati membri di adottare non solo misure di contrasto al danneggiamento delle aree protette provocato dall'uomo, ma anche avverso processi naturali che mettono a repentaglio la conservazione dei siti. In particolare, nel dichiarare il mancato adempimento di tale obbligo da parte del Regno Unito, i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato il dovere degli Stati di evitare che i siti protetti subiscano pregiudizio a causa di abbandono o inattività[47]. In un contesto caratterizzato da eventi climatici estremi sempre più frequenti, è quindi necessaria l'adozione di misure di adattamento per limitare i danni sugli ecosistemi protetti, senza che possa ritenersi giustificato un atteggiamento di laissez-faire nei confronti della natura[48]. La rilevanza di tale assunto si comprende se si considera che la cornice permette il declassamento di un sito da parte della Commissione qualora a causa di processi naturali esso non risulti più funzionale al perseguimento degli obiettivi di conservazione[49]. Sul punto l'Avvocato generale Kokott ha rilevato come, perché possa giustificarsi una misura tanto drastica, si debba trattare di un deterioramento dovuto a

[45] Tra le decisioni più rilevanti sul punto, si veda *Commissione/Irlanda*, sopra citata; Corte giust. 4 marzo 2010, C-241/08, *Commissione/Francia*.

[46] Commissione europea, *Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici. La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici*, 24 febbraio 2021, p. 6.

[47] Corte giust. 24 novembre 2011, C-404/09, *Commissione/Spagna*, punto 34.

[48] European Commission, *Managing Natura 2000 sites*, 2018, p. 26.

[49] Art. 9, direttiva Habitat.

circostanze obiettive, su cui lo Stato membro non poteva influire[50]. Aderendo a tale impostazione le Corte condannava il Portogallo per aver ridotto l'estensione di un'area designata per la protezione di alcune specie di uccelli. Nel farlo i giudici di Lussemburgo ricordavano il fine ultimo dell'istituzione delle aree protette come strumento per preservare il patrimonio comune della Comunità[51]. Appare quindi rilevante interrogarsi sulla possibilità di ricondurre a tale categoria di eventi il cambiamento climatico. Ebbene, in base all'interpretazione della Corte, anche nell'eventualità in cui si volesse sostenere che esso rappresenta una situazione su cui il singolo Stato membro non può influire, sullo stesso graverebbe in ogni caso l'onere della prova nel dimostrare che il solo cambiamento climatico abbia portato al deterioramento considerato. Difficilmente ciò potrà essere dimostrato, ricorrendo quasi sempre una moltitudine di fattori causali tra cui molto spesso vi sono gli impatti di attività umane[52]. Sebbene pertanto in alcune eccezionali circostanze sia ammessa la possibilità di declassificare un sito Natura 2000 a causa del deterioramento subito all'esito di processi naturali, ciò non autorizza gli Stati membri a rimanere inermi davanti ai danni causati dal cambiamento climatico agli ecosistemi tutelati, la cui prevenzione rientra nell'alveo dei vincoli di cui all'art. 6, par. 2, direttiva Habitat.

Se da un lato la dimensione di un ecosistema e il numero di specie che vi abitano in un determinato momento rappresentano ancora i fattori essenziali da cui emerge il dovere di designare un sito come area protetta, dall'altro l'approccio basato esclusivamente sulla tutela di aree protette rigidamente delimitate risulta a parere di molti insufficiente nel garantire mobilità alle specie, che sono spinte a migrare sul territorio UE in modo imprevedibile[53]. L'entità dei cambiamenti che colpiranno i nostri ecosistemi richiederà infatti un approccio non più ancorato alla conservazione di aree delimitate, ma flessibile e improntato all'adattamento[54]. In tale contesto, la letteratura scientifica sottolinea l'importanza di misure di adattamento degli ecosistemi,

[50] Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 23 febbraio 2006, C-191/05, *Commissione/Portogallo*, par. 14.

[51] Corte giust. 13 luglio 2006, C-191/05, *Commissione/Portogallo*, punto 9.

[52] A. CLIQUET, *Adaptation to climate change. Legal challenges for protected areas*, in *Utrecht Law Review*, vol. 5, n. 1, 2009, p. 169.

[53] J. VERSCHUUREN, *Is the EU's Natura 2000 network only an ecological network on paper?*, in C. BORN ET AL. (eds.), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context. European Nature's Best Hope?*, Abingdon, 2015, p. 3.

[54] A. CLIQUET, *op. cit.*, p. 163.

in particolare attraverso il ripristino delle loro componenti degradate[55]. Nella direttiva Habitat, tuttavia, l'attività di ripristino è promossa solo in via indiretta, ancora una volta attraverso previsioni vaghe e mancanza di obiettivi chiari e vincolanti. Si segnala la recente entrata in vigore della c.d. *Nature Restoration Law*[56], su cui non ci si soffermerà in questa sede, in forza della quale agli Stati membri è richiesta la formulazione di Piani Nazionali di Ripristino da sottoporre alla Commissione. Al riguardo, ci si limita a menzionare il significativo indebolimento del testo normativo a seguito delle travagliate negoziazioni che hanno portato alla sua adozione, le quali suscitano sinceri dubbi sull'efficacia di uno strumento che, pur rappresentando un regolamento, in larga parte dipenderà ancora una volta dalle scelte dei singoli Stati[57]. Il tema è quanto più rilevante se si considera che ripristinare componenti ecologiche risulta peraltro essenziale nel garantire connettività agli ecosistemi, creando, per le specie che vi transitano, preziosi collegamenti fra diverse porzioni di habitat[58].

La scelta stessa di istituire una "rete europea coerente" di aree protette rimanda alla necessità di garantire connettività agli ecosistemi, elemento indispensabile per il mantenimento dei processi ecologici in paesaggi altamente frammentati e la conservazione delle specie che vi abitano nonché la loro capacità di adattamento ai cambiamenti climatici in atto[59]. L'impatto delle attività umane sul paesaggio porta infatti all'isolamento degli habitat fra loro, rendendo difficile e talvolta impossibile per la fauna spostarsi dall'uno all'altro nelle rotte migratorie, nella ricerca di cibo e nel perseguimento dei bisogni etologici[60]. Ciò ha portato gli scienziati a definire tale frammentazione come una delle principali minacce alla conservazione della biodiversità: da qui la necessità di creare corridoi ecologici che rendano possibile per le specie animali attraversare zone antropizzate per raggiungere

[55] *Ivi*, pp. 15 e 162.

[56] Regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2024, sul ripristino della natura e che modifica il regolamento (UE) 2022/869.

[57] Per un approfondimento del tema si segnala, tra gli altri, B. J. DE LEEUW, *The Non-Deterioration Obligation in the Nature Restoration Regulation. A Necessary and Proportionate Addition to the Habitats Directive or a Monstrosity with Disastrous Consequences for Society?*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, n. 21, 2024, pp. 22-40.

[58] European Commission, *Impact assessment study to support the development of legally binding EU nature restoration targets*, cit.

[59] Iucn, *The Legal Aspects of Connectivity Conservation: case studies*, Bonn, 2013.

[60] K. R. CROOKS, M. SANJAN (eds.), *Connectivity Conservation*, Cambridge, 2006.

altre porzioni di habitat naturale[61]. Va tuttavia evidenziato come all'epoca dell'adozione della direttiva Habitat gli studi sull'importanza della connettività ecologica fossero ancora poco diffusi[62]. Ciononostante, il legislatore dell'Unione ha comunque inserito nel testo normativo alcuni riferimenti volti a sottolineare tale esigenza che, si anticipa sin d'ora, risultano piuttosto deboli. L'approccio adottato per la designazione dei siti protetti risulta infatti basato sulla continuità dell'ecosistema anche a livello transnazionale favorendo, almeno in teoria, siti che attraversano i confini di più Stati membri[63]. Per migliorare la coerenza della rete Natura 2000, l'art. 3 richiede poi agli stessi di adoperarsi, ove lo considerino necessario, per migliorare la coerenza ecologica del network, mantenendo e, ove appropriato, sviluppando quelle caratteristiche del paesaggio di maggior importanza per flora e fauna, così come definite dall'art. 10 della direttiva Habitat[64]. Come emerge dalla scelta dei termini operata dal legislatore, si tratta di obblighi di mezzi, peraltro dotati di largo margine discrezionale, e caratterizzati da una scarsa incisività sull'azione degli Stati[65]. Non sorprende, da questo punto di vista, che anche la CGUE ne abbia ritenuto la vincolatività solo in via indiretta, per il tramite dell'art. 6, par. 2, della direttiva, censurando un progetto minerario per il suo impatto negativo su un corridoio ecologico che collegava diverse popolazioni di orso bruno cantabrico e di gallo cedrone[66]. La procedura di infrazione nei confronti della Spagna aveva infatti ad oggetto un sito Natura 2000 istituito, fra le altre, anche per la tutela di tali specie animali, il cui stato di conservazione già precario risultava minacciato dalla frammentazione delle sub popolazioni insistenti su diverse zone circostanti. Secondo i dati scientifici disponibili a ciò contribuivano vibrazioni e rumori delle attività estrattive, le quali generavano un "effetto barriera" che avrebbe reso molto difficile se non impedito agli esemplari protetti il passaggio attraverso

[61] European Commission, *Our Life Insurance, Our Natural Capital: An EU Biodiversity Strategy to 2020*, Bruxelles, 2011, p. 8.

[62] J. VERSCHUUREN, *op. cit.*, pp. 1 e 15.

[63] A. ARAGAO, *Transboundary nature conservation. Are there no boundaries within the Natura 2000 network?*, in C. BORN ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 247.

[64] Art. 10, par. 2, direttiva Habitat: «Si tratta di quegli elementi che, per la loro struttura lineare e continua (come i corsi d'acqua con le relative sponde, o i sistemi tradizionali di delimitazione dei campi) o il loro ruolo di collegamento (come gli stagni o i boschetti) sono essenziali per la migrazione, la distribuzione geografica e lo scambio genetico di specie selvatiche».

[65] J. VERSCHUUREN, *op. cit.*, pp. 6 e 15.

[66] *Commissione/Spagna*, sopra citata, punti 188-191 e 147-148.

l'importante corridoio ecologico *Leitariegos*[67]. Le relazioni ambientali segnalavano infatti l'alta sensibilità di entrambe le specie al disturbo arrecato da tali imponenti progetti.[68] Ebbene, considerando l'importanza dello scambio fra le rispettive popolazioni dei vari insediamenti collegati attraverso quel passaggio naturale, l'Avvocato generale Kokott ha rilevato come l'isolamento delle stesse dovesse essere considerato quale deterioramento della zona di protezione interessata[69]. La Corte, aderendo a tale interpretazione, aveva poi aggiunto che la frammentazione, per ciò che concerne l'orso bruno, avrebbe impedito alla popolazione orientale della specie di ristabilirsi in numero sufficiente per assicurare la sua vitalità[70]. Il comportamento della Spagna è stato così censurato per non aver impedito, in violazione dell'art. 6 (2) della direttiva Habitat, che tali rilevanti perturbazioni avessero luogo, di fatto legittimando il deterioramento dello stato di conservazione delle specie nell'area. Ammettendo che il caso considerato riguardi la connettività fra diverse zone della stessa area protetta insistente sul territorio del medesimo Stato membro, non paiono potersi ravvisare ragioni per ritenere che lo stesso approccio non sia applicabile a situazioni dal carattere transfrontaliero, dovendosi ritenere che la connettività dei siti vada preservata in quanto direttamente incidente sullo stato di conservazione delle specie per cui sono istituiti e sulla coerenza della rete Natura 2000 a livello europeo, quali obiettivi primari dell'intera cornice[71]. In base a tale interpretazione, infatti, la distruzione di un corridoio ecologico che porta al deterioramento di un sito protetto è vietata dall'art. 6 (2) della direttiva Habitat[72].

Appare tuttavia opportuno sottolineare la mancanza di una disciplina univoca e vincolante volta ad assicurare che tutti gli Stati membri adottino misure positive per garantire connettività agli ecosistemi. Ancora una volta, infatti, il perseguimento degli obiettivi della direttiva è lasciato alla discrezionalità dei singoli apparati nazionali, resa ancora più ampia dall'indeterminatezza del linguaggio scelto dal legislatore, che di fatto rende possibile modulare con intensità anche molto divergenti l'impegno per il loro raggiungimento. Un esempio virtuoso in tal senso è rappresentato dai Paesi Bassi ove, sin dagli anni Novanta è stata sviluppata una rete ecologica nazionale

[67] *Ivi*, punto 166.

[68] *Ivi*, punti 139 e 188.

[69] Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 28 giugno 2011, C-404/09, *Commissione/Spagna*, par. 96.

[70] *Commissione/Spagna*, sopra citata, punto 180.

[71] J. VERSCHUUREN, *op. cit.*, p. 13.

[72] *Ivi*, pp. 12 e 15.

che collega parchi nazionali, siti Natura 2000 ed altre aree verdi di importanza ecologica anche attraverso la rimozione di ostacoli e la costruzione di corridoi per il transito delle specie animali[73]. Sono i piani regolatori delle singole entità regionali e provinciali ad effettuare la pianificazione delle misure da implementare per garantire connettività agli ecosistemi. Le aree così individuate sono poi designate per l'esclusivo scopo di conservazione oppure ad uso agricolo limitato da vincoli ecologici, compensati da accordi con privati cui sono collegati una serie di benefici fiscali a supporto degli agricoltori e dei proprietari dei terreni che rientrano nella rete ecologica[74]. I costi di tali misure possono essere coperti, almeno in parte, da incentivi europei come i fondi del progetto *LIFE*, cruciali per supportare progetti locali per la creazione di corridoi ecologici[75]. In Italia il loro utilizzo ha reso possibile, ad esempio, la realizzazione del progetto *"LIFE TIB"* per il miglioramento e la salvaguardia di un tratto del principale corridoio ecologico che attraversa la Pianura Padana tra il rilievo prealpino del Campo dei Fiori e la Valle del fiume Ticino[76]. Ad ogni modo, nonostante alcuni Stati membri abbiano adottato politiche e progetti legati alla connettività sulla base delle direttive Habitat e Uccelli, a causa della formulazione vaga e meramente esortativa, risulta difficile affermare l'esistenza di un vero e proprio obbligo per gli stessi di agire in tal senso, con la conseguente frammentazione dei diversi regimi nazionali[77]. Affinché la coerenza della rete Natura 2000 ed i suoi obiettivi di conservazione siano raggiunti sarebbe auspicabile l'istituzione di una piattaforma comune di coordinamento in cui gli Stati membri possano condividere informazioni e collaborare al miglioramento della connettività ecologica degli ecosistemi, di cui in ultima istanza potrebbero beneficiare con riguardo allo stato di conservazione delle specie sul territorio nazionale e dell'Unione nel suo insieme.

Si pensi al modello introdotto dalla direttiva quadro sulle acque[78], il quale prevede espressamente obblighi di coordinamento fra gli Stati membri per la gestione di bacini idrogeografici che attraversano i confini nazionali, per i quali è necessario predisporre un unico piano di gestione a livello

[73] Iucn, *The Legal Aspects of Connectivity Conservation*, cit.

[74] J. VERSCHUUREN, *op. cit.*, pp. 7 e 15.

[75] *Ivi*, p. 9.

[76] European Commission, *Connecting the dots. LIFE lessons on ecological connectivity*, 2021, p. 2.

[77] J. VERSCHUUREN, *op. cit.*, p. 11.

[78] Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

transnazionale[79]. Ciò ha portato alla previsione di una strategia attuativa comune concordata dalla Commissione con le autorità competenti a livello nazionale che funziona grazie a diversi gruppi di lavoro specializzati. Questi ultimi si dedicano alla raccolta e diffusione di informazioni tecniche e scientifiche, incluse buone pratiche, per fornire assistenza alle autorità impegnate nell'implementazione della cornice[80]. L'obiettivo di sviluppare un approccio comune per un'attuazione coerente della normativa sul territorio dell'Unione viene quindi concretizzato evitando la duplicazione degli sforzi e limitando i rischi di applicazioni incoerenti[81]. Considerando la portata puramente transnazionale dell'obiettivo di garantire connettività agli ecosistemi anche al di là dei confini della rete Natura 2000, tale approccio, se applicato al contesto delle direttive Natura, potrebbe tradursi, a parere di chi scrive, in una migliore gestione del patrimonio naturale comune agli Stati membri, peraltro minacciato dall'ulteriore fattore di rischio rappresentato dal cambiamento climatico.

c) *paragrafi 3 e 4: l'autorizzazione di piani e progetti con incidenze sui siti Natura 2000*

Per quel che riguarda invece il terzo e quarto paragrafo vale la pena notare che la procedura per l'autorizzazione di piani e progetti all'interno e nelle vicinanze dei siti comporta il vincolo per le autorità nazionali di consentirvi soltanto qualora vi sia certezza che non implicheranno pregiudizi all'integrità del sito in causa[82]. Dalla copiosa giurisprudenza della Corte sul punto è emerso come soltanto i casi in cui si possono chiaramente escludere effetti avversi possano andare esenti dall'accertamento, che giustifica, sulla base del principio di precauzione, un intervento nell'azione privata pur in assenza di certezza scientifica per prevenire il solo rischio di impatto negativo sull'ambiente[83]. Ad ogni, modo, una volta acclarato che l'attività possa avere incidenze significative per il sito, si dovrà procedere ad un'analisi più dettagliata sugli eventuali effetti avversi per gli obiettivi di conservazione dello stesso: solo ove sia stato fugato ogni ragionevole dubbio scientifico sull'assenza di affetti avversi le autorità dovrebbero

[79] *Ivi*, art. 13, par. 2.

[80] G. REICHERT, *Transboundary Water Cooperation in Europe*, Leiden, 2016, p. 84.

[81] European Commission, *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive*, 2001, p. 2.

[82] Art. 6, par. 3, direttiva Habitat.

[83] M. Ó BRIAN, *Recent developments in the implementation of EU nature legislation*, in A. L. R. JACKSON (ed.), *Nature Law and Policy in Europe*, Abingdon, 2023, p. 45.

procedere all'autorizzazione[84]. È questo il summenzionato principio *in dubio pro natura*, che dovrebbe guidare il comportamento degli Stati membri, i quali sono stati tuttavia spesso condannati in procedure di infrazione per aver violato proprio questo basilare assunto nel tentativo di dare maggiore spazio agli interessi economici in gioco.

È il quarto paragrafo a prevedere l'unica eccezione a tale regola, lasciando spazio al compromesso nei casi in cui si verifichino conflitti fra bisogni ecologici ed impellenti interessi pubblici. In particolare, si prevede la possibilità per le autorità nazionali di concedere autorizzazioni nonostante l'esito negativo dell'accertamento di cui al paragrafo 3, per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica[85]. Per contrastare tentativi di aggirare gli obiettivi della cornice, tale possibilità è comunque sottoposta alla sussistenza di rigide condizioni. Occupandosi della questione, la CGUE ha statuito che gli interessi considerati, per poter giustificare l'autorizzazione di progetti potenzialmente dannosi per gli ecosistemi, debbano avere importanza tale da poter essere bilanciati con l'obiettivo di conservazione degli ecosistemi[86]. Pertanto, non ogni interesse di tipo economico e sociale può fare da contrappeso alla tutela del patrimonio naturale comune da cui la sopravvivenza dei cittadini dell'Unione negli anni a venire dipende, rappresentando essa stessa un motivo imperativo di rilevante interesse pubblico. Ad esempio, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto applicabile la relativa eccezione alla necessità di assicurare acqua potabile tramite una deviazione del fiume *Acheloos* in Grecia, nonostante l'impatto negativo su specie e habitat protetti[87]. In ogni caso, se l'autorizzazione viene concessa secondo il procedimento di cui al paragrafo 4, misure di compensazione adeguate dovranno essere adottate dallo Stato membro per garantire che la coerenza complessiva della rete Natura 2000 sia preservata, informandone tempestivamente la Commissione[88].

[84] Corte giust. 7 settembre 2004, C-127/02, *Waddenzee*, punto 243. Si vedano anche le conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston, del 22 novembre 2012, C-258/11, *Sweetman e a.*, par. 48. Le decisioni della Corte sul tema sono numerose, si segnalano a titolo esemplificativo Corte giust. 7 novembre 2018, C-293/17 e C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment*; 26 aprile 2017, C-142/16, *Commissione/Germania*.

[85] Art. 6, par. 4, direttiva Habitat.

[86] Le decisioni della Corte sul tema sono numerose. Si segnalano a titolo esemplificativo Corte giust. 20 settembre 2007, C-304/05, *Commissione/Italia*; 14 gennaio 2016, C-399/14, *Grüne Liga Sachsen e a.*; 16 febbraio 2012, C-182/10, *Solvay e a.*

[87] Corte giust. 11 settembre 2012, C-43/10, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e a.*, punto 122.

[88] Art. 6, par. 4, direttiva Habitat. Si sottolinea che tali misure di compensazione sono state definite dalla Corte a più riprese come *extrema ratio*, anche in considerazione delle

5. *Il regime di protezione rigorosa e la difficile coesistenza con i grandi carnivori*

I vincoli concernenti designazione e gestione di aree protette non rappresentano l'unica forma di protezione della biodiversità prevista nell'impianto normativo della direttiva Habitat. Oltre alle specie di interesse comunitario alla cui conservazione è dedicata la rete Natura 2000[89], il legislatore ne ha previsto una sottocategoria che beneficia di un ulteriore livello di protezione. Gli articoli 12 e 13 della direttiva Habitat prevedono infatti specifici vincoli per gli Stati volti ad istituire un sistema di protezione speciale per animali e piante inseriti nella lista di cui all'allegato IV[90]. Considerando l'importanza di queste specie per gli ecosistemi nonché la loro vulnerabilità, il legislatore impone non solo l'istituzione di aree demandate alla loro tutela, ma anche l'adozione di normative nazionali che ne vietino cattura, uccisione, nonché disturbo e deterioramento, anche al di fuori dei confini della rete Natura 2000[91]. Scopo precipuo di tali disposizioni è quello di assicurare che tali elementi vulnerabili siano mantenuti ad uno stato di conservazione favorevole nel lungo periodo[92]. Con riguardo alla trasposizione delle norme da parte degli Stati membri, nonostante il linguaggio della direttiva risulti ancora una volta piuttosto vago, i giudici di Lussemburgo hanno compensato tali carenze, sottolineando l'obbligo per gli stessi di istituire un regime giuridico provvisto di norme chiare, precise e rigide basate sulle condizioni ecologiche di specie ed ecosistemi coinvolti[93]. L'approccio adottato, in linea con gli impegni presi dall'Unione attraverso la ratifica della Convenzione di

incertezze sugli effetti postivi di tali pratiche, i quali non risultano prevedibili con certezza e spesso richiedono periodi di tempo significativi per dispiegarsi. Sul punto si vedano H. SCHOUKENS ET AL., *Biodiversity offsetting and restoration under the European Union Habitats Directive: balancing between no net loss and deathbed conservation?*, in *Ecology and Society*, n. 21, 2016; D. MORENO-MATEOS ET AL., *The true loss caused by biodiversity offsets*, in *Biological Conservation*, n. 192, 2015.

[89] Allegato II, direttiva Habitat "Specie animali e vegetali d'interesse comunitario la cui conservazione richiede la designazione di zone speciali di conservazione".

[90] *Ivi*, allegato IV, "Specie animali e vegetali di interesse comunitario che richiedono una protezione rigorosa".

[91] *Ivi*, artt. 12 e 13.

[92] Corte. giust. 4 marzo 2021, C-473/19 e C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, punto 52.

[93] Le decisioni della Corte sul tema sono numerose: si segnalano, a titolo esemplificativo, Corte giust. 10 gennaio 2006, C-98/03, *Commissione/Germania*; 20 ottobre 2005, C-6/04, *Commissione/Regno Unito*.

Berna, sembra riconoscere alle specie animali sottoposte a protezione speciale quelli che alcuni definiscono come "diritti fondamentali" a non essere uccisi né disturbati e a non veder distrutti i luoghi in cui riposano[94]. Tale interpretazione parrebbe rafforzata dal combinato disposto degli artt. 12 e 13 direttiva Habitat con l'art. 13 TFUE, che riconosce tutti gli animali come esseri senzienti il cui benessere risulta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento[95]. Che si voglia o meno spingersi sino a considerarli quali diritti fondamentali delle specie animali più vulnerabili, non ci si può discostare dall'univocità del vasto ambito di applicazione territoriale delle norme considerate. Il concetto di "area di ripartizione naturale" delle specie, indicato dalla norma come criterio di demarcazione per l'applicabilità del regime di protezione speciale, è stato chiarito dalla Corte nel senso di un'interpretazione quanto più ampia possibile. La stessa, infatti, attraverso l'interpretazione conforme con il dettato della Convenzione di Bonn[96], ha affermato che in tale categoria rientrano tutte le zone di qualsiasi natura che una specie attraversa[97]. Ciò ha portato i giudici di Lussemburgo a ritenere tali regole applicabili all'intero territorio dell'Unione[98]. Tale assunto sembra segnare un distacco dalla rigida ripartizione territoriale fra Stati, che, come vedremo più avanti, appare quanto più auspicabile a fronte di una gestione necessariamente transnazionale delle crisi legate alla perdita di biodiversità in uno spazio privo di limiti e frontiere come il territorio dell'Unione europea[99]. Rimandando al paragrafo successivo la discussione sulle implicazioni nei rapporti che legano gli Stati membri e l'Unione, ci si vuole in questa sede concentrare per un momento sulla conseguenza più immediata e tangibile di questa interpretazione: qualora esemplari appartenenti a queste categorie dovessero entrare in conflitto con la popolazione umana che insiste sugli

[94] H. SCHOUKENS, *Some legal reflections on the fate of JJ4, the Italian brown bear that killed a jogger, and the EU Habitats Directive: Donaldson and Kymlicka's wild animal sovereignty theory put to the test?*, in *The Global Journal of Animal Law*, n. 12, 2025, pp. 51-101, spec. p. 70. Sul diritto alla mobilità degli animali si segnala F. DE WITTE, *Where the Wild Things Are: Animal autonomy in EU Law*, in *CMLR*, n. 60, 2023.

[95] H. SCHOUKENS, *op. cit.*, p. 23 ss., spec. p. 72

[96] Articolo 1, par. 1, lett. f), Convenzione di Bonn. Secondo la definizione fornita l'«area di distribuzione» di una specie comprende l'insieme delle superfici terrestri o acquatiche in cui una specie migratrice vive, o soggiorna temporaneamente, o che attraversa o sorvola in un momento qualunque sulla sua normale rotta di migrazione.

[97] Corte giust. 11 giugno 2020, C-88/19, *Alianţa pentru combaterea abuzurilor*, punti 40 e 41.

[98] *Ivi*, punto 39.

[99] *Ibidem*.

stessi territori, alle autorità locali impegnate a comporre il contrasto sarà precluso l'utilizzo di metodi violenti quali uccisione e cattura, ma anche di soluzioni che arrechino disturbo agli stessi. Alle stesse è piuttosto richiesta, come si vedrà a breve, l'adozione di misure volte a prevenire il contatto, per favorire la coesistenza pacifica anche con i grandi carnivori, che non perdono il loro status "privilegiato" nemmeno quando entrano a contatto con gli insediamenti umani[100]. Tuttavia, gli Stati membri conservano la possibilità di derogare a tale regime di protezione rinforzata, pur nel rispetto di alcune rigide condizioni e solo per il perseguimento di specifiche finalità.

Innanzitutto, soffermandosi sul significato da attribuire all'espressione "perturbazione deliberata" usata dal legislatore UE tra i divieti da implementare, la Corte ha optato per un'interpretazione comprensiva non solo di azioni compiute con intenzione specifica di arrecare disturbo, ma anche di qualsiasi comportamento accompagnato da consapevole accettazione delle conseguenze per l'ecosistema[101]. È alla luce di questa argomentazione che, ad esempio, la Grecia è stata ritenuta inadempiente all'obbligo di evitare la perturbazione deliberata delle specie rigidamente protette per non aver impedito che attività turistiche, quali il noleggio di pedalò in siti di riproduzione delle tartarughe marine, arrecassero disturbo alla specie protetta in una fase così delicata come quella riproduttiva[102]. In tale circostanza, a nulla sono valse le affermazioni delle autorità greche secondo cui il mancato impedimento del disturbo alla specie poteva essere giustificato dal presunto stato di conservazione favorevole della tartaruga caretta-caretta sul territorio nazionale, circostanza ritenuta del tutto irrilevante dai giudici di Lussemburgo in applicazione del principio di precauzione[103]. Il fine ultimo della norma coincidente proprio con il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole delle specie facenti parte del patrimonio naturale comune dell'Unione, risulterebbe infatti ostacolato da simili condotte degli Stati.

Passando poi alle deroghe al regime istituito, bisogna sottolineare che per la cattura o uccisione di un esemplare sottoposto a protezione speciale sono imposte alcune condizioni: i. la dimostrata assenza di alternative soddisfacenti in grado di raggiungere il medesimo obiettivo; ii. la mancata incidenza della deroga sul mantenimento di uno stato di conservazione favorevole della specie; iii. il perseguimento di un obiettivo fra quelli esplicitati

[100] *Alianța pentru combaterea abuzurilor*, sopra citata, punti da 36 a 39. Si veda anche H. SCHOUKENS, *op. cit.*, p. 23 ss., spec. p. 81.

[101] Corte giust. 18 maggio 2006, C-221/04, *Commissione/Spagna*, punto 71.

[102] Corte giust. 10 novembre 2016, C-504/14, *Commissione/Grecia*.

[103] *Föreningen Skydda Skogen*, sopra citata, punto 78.

nella norma, inclusa la prevenzione di seri danni alle colture, al bestiame, alla pesca e ad altri tipi di proprietà[104]. Ancora una volta emerge quindi la summenzionata tensione fra interessi ecologici ed economici, ove la disponibilità di dati scientifici aggiornati risulta indispensabile per valutare il rischio di seri danni agli interessi privati da un lato e l'attribuibilità alla specie in oggetto di tali danni dall'altro, nonché l'idoneità della misura derogatoria scelta a ricomporre il conflitto. Ci si sofferma qui in particolare su alcuni casi recenti in materia, tutti riguardanti il lupo, definito da alcuni come "l'animale più politico" a causa del millenario scontro fra la sua lotta per la sopravvivenza e quella dell'uomo[105].

Il recente rinvio pregiudiziale operato da un giudice austriaco, riguardante l'abbattimento di un esemplare che aveva predato alcune pecore nella provincia del Tirolo, ha consentito alla Corte di specificare il preciso significato da attribuire alle tre condizioni previste per la deroga, da intendersi in senso restrittivo. Per ciò che attiene lo stato di conservazione favorevole, esso deve sempre rappresentare il riferimento essenziale per poter concedere autorizzazioni in deroga. In questo caso la CGUE, in apparente contrasto con quanto dichiarato nel summenzionato caso greco[106], ha chiarito che, sia nel determinare la condizione preesistente, sia nell'individuare le potenziali conseguenze della deroga, le autorità locali devono tenere in considerazione la situazione della specie sul territorio nazionale[107]. Solo dopo aver accertato che lo stato di conservazione della specie a livello nazionale risulti favorevole, lo Stato potrà valutarne la condizione a livello trans-nazionale[108]. Ciò risulta rilevante perché in caso contrario le autorità potrebbero "rimediare" al cattivo stato di conservazione nazionale giustificando deroghe sulla base del miglior stato di conservazione a livello dell'Unione[109]. La *ratio* di tale interpretazione appare evidente se si pensa ai rischi di lungo periodo per la conservazione del patrimonio naturale comune connessi alla possibilità che un singolo Stato, sul cui territorio non sia peraltro raggiunto l'obiettivo di conservazione, possa incidere negativamente sulla salvaguardia di componenti naturali preziose utilizzando a suo favore gli sforzi a tal fine effettuati da altri Stati. Se infatti, come ha deciso la Corte, la conservazione della

[104] Art. 16, direttiva Habitat.

[105] M. NIJHUIS, *The most Political Animal*, in *The Atlantic*, 2019.

[106] *Commissione/Grecia*, sopra citata.

[107] Corte giust. 11 luglio 2024, C-601/22, *WWF Österreich e a.*, punto 66.

[108] *Ivi*, punto 60.

[109] Conclusioni dell'Avv. gen. Ćapeta, del 18 gennaio 2024, C-601/22, *WWF Österreich e a.*, par. 73. Argomento ripreso dalla Corte al punto 57 della decisione.

biodiversità rappresenta una responsabilità comune, in forza del principio di leale collaborazione tali comportamenti sarebbero incompatibili con gli obblighi discendenti dall'appartenenza all'Unione[110].

In ossequio al principio di precauzione, i giudici di Lussemburgo hanno peraltro sottolineato che, nell'analisi dei migliori dati scientifici disponibili, in caso di incertezza sugli effetti della deroga, gli Stati dovrebbero astenersi dall'autorizzarla[111]. Nel giudizio relativo a un caso simile, concernente la Spagna[112], la Corte ha poi enfatizzato il ruolo fondamentale di un monitoraggio adeguato dello stato di conservazione delle specie, precondizione essenziale a qualsiasi valutazione sull'opportunità di deroghe[113]. I giudici hanno infatti ricordato il dovere degli Stati di giustificare la decisione di deroga sulla base di evidenze scientifiche e, per quanto possibile, di considerarne gli effetti anche a livello transnazionale, in linea con l'approccio descritto nel caso austriaco[114]. Inoltre, con riferimento agli aspetti economici tali da poter giustificare deroghe, la decisione chiarisce che debbano essere esclusi dalla valutazione sviluppi macroeconomici di lungo termine indirettamente connessi e non imputabili al singolo esemplare di cui si chiede l'abbattimento[115]. Non si può, quindi, ritenere legittimo un abbattimento sul presupposto che in futuro il settore zootecnico nazionale rischi di subire danni dal proliferare della specie.

Va poi sempre dimostrata l'assenza di soluzioni alternative alla luce della più aggiornata conoscenza scientifica. A tal proposito la Corte ha ritenuto l'incompatibilità con la direttiva delle deroghe concesse dalle autorità finlandesi, le quali prevedevano un piano di abbattimento massivo di lupi, giustificato dalla volontà di aumentare il livello di accettazione della specie da parte delle comunità locali e diminuire conseguentemente il bracconaggio. Tale soluzione, la cui efficacia era messa fortemente in dubbio nella comunità scientifica, aveva in concreto portato al peggioramento dello stato di conservazione della specie ed era perciò stata criticata dalla Corte[116]. Nel procedere al bilanciamento fra i costi delle misure alternative e il costo ecologico della rimozione dell'esemplare, bisognerà poi evitare

[110] Per maggiore approfondimento sul punto si rimanda al paragrafo 6 del presente contributo.

[111] *WWF Österreich e a.*, sopra citata, punto 64.

[112] Corte giust. 29 luglio 2024, C-436/22, *ASCEL*.

[113] *Ivi*, punto 59

[114] *Ivi*, punto 63.

[115] *WWF Österreich e a.*, sopra citata, punti 72-74.

[116] Corte giust. 10 ottobre 2019, C-674/17, *Tapiola*, punto 45.

che l'aspetto economico delle misure risulti unico fattore determinante nella scelta[117]. Il fatto che una delle alternative porti con sé maggiori implicazioni finanziarie non è infatti sufficiente, secondo la Corte, a giustificarne l'esclusione[118]. Peraltro, tale regola deve essere letta congiuntamente al già accennato vincolo per gli Stati di istituire un regime di protezione speciale che preveda misure atte a garantire la coesistenza con tali specie, le quali comportano necessariamente un investimento economico. Si pensi ad esempio all'installazione di recinti elettrificati, ritenuti uno degli strumenti più efficaci a tal scopo[119]. Qualsiasi deroga è quindi da ritenere ingiustificata se prima della sua adozione non sono state implementate simili misure di prevenzione[120]. Peraltro, nemmeno il ricorso alle secolari tradizioni locali può giovare agli Stati come giustificazione in tal senso[121]. A maggior ragione, appare quindi del tutto in contrasto con tale obiettivo il comportamento degli Stati membri, spesso focalizzato su obiettivi di gestione territoriale a breve termine e non sull'adozione di strategie omnicomprensive a lungo termine. Vale la pena sottolineare le parole dell'Avvocato generale Kokott, la quale ha rammentato che lo stato di conservazione di una specie non può essere considerato favorevole per il solo fatto che misure di protezione ulteriore o una popolazione maggiore potrebbero aumentare le probabilità di conflitto con le caratteristiche regionali, locali, economiche, sociali e culturali del territorio[122]. Ciò è ancor più rilevante se si considera che gli Stati devono semplicemente sottoporre ogni due anni un report alla Commissione per dimostrare l'adempimento dei loro obblighi, senza che questa abbia un effettivo potere di controllo preventivo sulle loro scelte[123]. Ad ogni modo, l'urgenza di trovare misure alternative alla cattura e all'abbattimento per tutelare le attività umane da specie a rischio risulta ancor più evidente in un contesto come quello odierno in cui, come anticipato, a causa della crescente urbanizzazione e frammentazione degli habitat, le occasioni di incontro con queste specie sono sempre maggiori, richiedendo,

[117] *WWF Österreich e a.*, sopra citata, punto 82.

[118] *Grüne Liga Sachsen e a.*, sopra citata, punti 44-46.

[119] A. TROUWBORST, *Killing Wolves Legally: Exploring the Scope for Lethal Wolf Management under European Nature Conservation Law*, in *Journal of International Wildlife Law & Policy*, vol. 22, n. 3, 2019.

[120] H. SCHOUKENS, *op. cit.*, p. 87.

[121] Corte giust. 17 marzo 2021, C-900/19, *One Voice*, punti 36 e 43.

[122] Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 12 dicembre 2024, C-629/23, *Eesti Suurkiskjad*.

[123] Art. 16, par. 2, direttiva Habitat.

a parere di molti, un approccio che ne riconosca il diritto alla mobilità nel territorio che con noi condividono[124].

In tutti i contesti sin qui elencati, la Corte di giustizia ha quindi interpretato, rendendoli più stringenti, gli obblighi discendenti dalle direttive Natura alla luce dei principi sostanziali su cui la politica ambientale dell'Unione si basa, a partire dai principi di precauzione e di leale collaborazione cui gli Stati membri sono vincolati in forza del diritto primario. Vale la pena ricordare a tal proposito come l'ordinamento giuridico sovranazionale poggi, in ultima istanza, sull'osservanza volontaria da parte degli Stati membri delle norme UE e quindi sulla loro lealtà all'organizzazione ed ai suoi obiettivi. Nell'ultima parte del contributo si tenterà pertanto di indagare le implicazioni di tali dinamiche nella ricerca di soluzioni a questioni aperte come quelle appena descritte[125].

6. *Percorsi interpretativi per garantire efficacia al diritto UE della biodiversità: il potenziale del principio di leale cooperazione*

L'analisi svolta nei paragrafi che precedono ha consentito di individuare obiettivi e caratteristiche essenziali della cornice di tutela della biodiversità istituita dall'Unione. Se da un lato la visione della natura come patrimonio comune europeo ha determinato il tentativo di creare una rete coerente di aree protette ed un regime di tutela delle specie a rischio che trascenda i confini degli Stati e dei siti Natura 2000, dall'altro le norme predisposte a tal fine, caratterizzate da significativa indeterminatezza, non sono risultate di per sé idonee a guidare l'azione degli Stati membri in tale direzione. Come si è visto, infatti, è stato necessario il frequente intervento della Corte di giustizia che, ha di fatto ampliato portata e vincolatività della cornice in ogni sua declinazione, prendendo in considerazione anche aspetti non espressamente formulati dal legislatore europeo ma fondamentali per la preservazione della biodiversità, quali il cambiamento climatico e la connettività ecologica. Tuttavia, considerando l'attuale situazione drammatica in cui versa la natura sul territorio dell'Unione, appare quanto mai urgente delineare un paradigma interpretativo che possa, a diritto vigente, rafforzare

[124] Si veda, per una riflessione più approfondita sul tema: F. DE WITTE, *op. cit.*, p. 23.

[125] A. VON BOGDANDY, *Neither an International Organization Nor A Nation State: The EU as a Supranational Federation*, in E. JONES ET AL. (eds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, 2013, pp. 761-776, spec. p. 771.

ulteriormente il diritto secondario a partire dall'interpretazione data dalla Corte. Ebbene, si ritiene che il diritto primario e gli obblighi derivanti dal diritto internazionale possano in tal senso costituire i parametri di riferimento per guidare un'azione coordinata degli Stati membri, ritenuta indispensabile per contrastare la frammentazione nell'attuazione del diritto UE della biodiversità. In particolare, si tenterà di individuare il potenziale del principio di leale collaborazione nel plasmare un'interpretazione delle direttive Natura che ne garantisca efficacia rispetto all'istituzione di un modello di tutela coerente che garantisca collaborazione transnazionale per la gestione del patrimonio naturale comune agli Stati membri. Come ricordato dalla Corte, quale principio strutturale dell'ordinamento, esso può considerarsi intrinseco alla natura stessa dell'organizzazione[126]. Il progetto di un'Unione sempre più stretta fra i popoli europei sarebbe infatti, come ricordato dall'Avvocato generale nel caso *Pupino*, irraggiungibile senza una collaborazione leale e giuridicamente corretta fra Stati membri ed istituzioni dell'Unione[127].

Una simile ricostruzione non può prescindere da un'idea semplice quanto fondamentale nella comprensione dei rapporti che legano gli Stati membri all'Unione: pur essendo l'ordinamento giuridico sovranazionale dotato di autonomia, esso in ultima istanza risulta subordinato all'adoperarsi degli Stati membri al fine di garantire il pieno rispetto degli obblighi da esso derivanti[128]. L'efficacia delle norme sovranazionali, ed in particolare delle direttive, è quindi strettamente legata alla lealtà dei partecipanti all'organizzazione nell'esercizio del margine discrezionale più o meno ampio di cui dispongono nell'attuare obiettivi comuni[129]. A tale assunto fondamentale si deve però accostare il dovere imposto dall'art. 4, par. 3, TUE, di adoperarsi al fine di assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione[130]. L'operatività del principio di leale collaborazione non si limita comunque a vincolare gli Stati nei confronti dell'Unione, tenuta a sua volta a cooperare lealmente con gli stessi, ma si riverbera anche nei rapporti reciproci fra i partecipanti all'organizzazione[131]. A parere di chi scrive, da questi presupposti si possono quindi

[126] M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, cit.

[127] Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, dell'11 novembre 2004, C-105/03, par. 26.

[128] Conclusioni dell'Avv. gen. Geelhoed, del 29 aprile 2004, C-304/02, *Commissione/Francia*, par. 29.

[129] M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, cit., p. 125.

[130] Art. 4, par. 3, TUE.

[131] M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, 1994, p. 372.

individuare significative implicazioni per la protezione della natura in relazione alle due principali direttrici che caratterizzano la struttura ternaria del principio.

In particolare, dalla linea verticale orientata dal basso verso l'alto, discende l'obbligo per gli Stati di assicurare fedele recepimento e attuazione alle direttive per garantire che il diritto sovranazionale sia applicato uniformemente su tutto il territorio dell'UE. Per l'assenza di limiti e frontiere che ne caratterizza gli ecosistemi, la CGUE ha ritenuto quindi essenziale che ciascuno Stato membro provveda ad un fedele recepimento degli obblighi discendenti dalle direttive Natura nell'ordinamento nazionale in modo tale da garantire la corretta gestione del patrimonio naturale comune[132]. Si ricorda infatti che, in forza del principio di leale collaborazione, agli stessi è richiesto di adottare soluzioni che assicurino l'applicazione effettiva e senza ostacoli del diritto dell'Unione nelle situazioni aventi un carattere prevalentemente transfrontaliero[133]. Ebbene, non pare difficile sostenere come molte delle situazioni sin qui analizzate rientrino in questa categoria. A partire dalla designazione delle aree protette sul territorio degli Stati, che mira alla creazione di una rete transnazionale coerente tenendo conto non solo delle condizioni ecologiche di habitat e specie entro i confini nazionali, ma anche delle esigenze di conservazione degli stessi su tutto il territorio UE[134]. Sul medesimo presupposto poggiano inoltre tutti i vincoli imposti dall'art. 6 della direttiva Habitat, il cui obiettivo è il medesimo. In virtù dei doverosi sforzi nell'assicurare coerenza, saranno pertanto preclusi alle autorità nazionali comportamenti volti a privilegiare interessi economici nelle scelte di gestione dei siti Natura 2000, con il concreto rischio di inficiarne la coerenza complessiva. Perché poi lo stato di conservazione favorevole di habitat e specie sia raggiunto o mantenuto a livello europeo, sarà necessario prevenire anche i danni causati dai processi naturali come il cambiamento climatico e non solo quelli causati dalle attività umane[135]. Ugualmente, garantire connettività agli ecosistemi e preservare le specie più vulnerabili comporta il necessario superamento di un approccio domestico, essendo necessario confrontarsi con la mobilità delle specie animali e la necessità di garantire loro il passaggio attraverso i confini degli Stati e delle aree protette su tutto il territorio dell'Unione[136].

[132] F. CASOLARI, *Il contributo dell'Unione europea alla tutela della biodiversità nell'interesse delle generazioni future*, cit., p. 370.

[133] Si veda, ad esempio Corte giust. 31 gennaio 2020, C-457/18, *Slovenia/Croazia*, punto 109.

[134] *Supra*, paragrafo 3.

[135] *Supra*, paragrafo 4.

[136] *Supra*, paragrafo 5.

Nel caso in cui il comportamento di uno Stato sia ritenuto idoneo ad ostacolare gli obiettivi di una disposizione di diritto UE, la Corte ha spesso utilizzato la tecnica del combinato disposto per censurare simili azioni richiamando congiuntamente gli obblighi previsti dal principio di leale collaborazione e quelli discendenti dalla disposizione invocata. Questo approccio consente così di attivare o integrare la portata precettiva delle norme sovranazionali per il tramite degli obblighi generali di lealtà su cui l'intero ordinamento è basato[137]. Di conseguenza, si ritiene condivisibile la prospettata applicabilità della c.d. "teoria della limitazione", di elaborazione giurisprudenziale, secondo cui in virtù degli obblighi di astensione enucleati all'art. 4, par. 3, TUE gli Stati membri devono tenere conto, nell'esercizio delle loro prerogative sovrane, del diritto dell'Unione e delle conseguenze della propria azione sull'efficacia del diritto sovranazionale[138]. Nel dare attuazione alla cornice di tutela della biodiversità, non si potrà dunque prescindere dalla considerazione degli effetti di ogni scelta operata a livello nazionale sulla coerenza complessiva della rete Natura 2000 e sullo stato di conservazione di specie ed habitat a livello transnazionale. Quale elemento portante per il perseguimento del fine primario dell'ordinamento sovranazionale, il principio in parola si proietta quindi nell'articolata ripartizione di competenze che caratterizza i rapporti fra l'azione UE e quella nazionale attraverso la forza gravitazionale esercitata dalla prima nei confronti della seconda[139]. Gli obiettivi dell'organizzazione incidono infatti in modo significativo sul margine di manovra lasciato agli Stati: più concreta sarà la loro espressione, più stringenti i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione[140]. In tale contesto, pur non volendo mettere in discussione la sovranità nazionale, è possibile affermare che la stessa risulti fortemente influenzata da un "ethos comunitario" nelle sue modalità di manifestazione[141]. È proprio in quest'ottica

[137] F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, cit., p. 100.

[138] Teoria così ribattezzata dall'Avvocato generale Pikamäe nelle conclusioni, dell'11 dicembre 2019, C-457/18, *Slovenia/Croazia*, par. 138.

Per una riflessione approfondita si veda anche: L. AZOULAI, *The "Retained Powers" Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, p. 192 ss.; B. DE WITTE, *Exclusive Member States Competences – Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN ET AL. (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States – Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, p. 59 ss.

[139] T. ROES, *Limits to Loyalty: The Relevance of Article 4(3) TEU*, in *CDE*, 2016, p. 272.

[140] M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, cit., p. 123.

[141] F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, cit., p. 255.

che si deve intendere la nozione di patrimonio naturale comune agli Stati membri intorno alla quale l'intera cornice di tutela della biodiversità è stata costruita.

In secondo luogo, come anticipato, dalla direttrice orizzontale del principio di leale collaborazione discende il dovere degli Stati membri di cooperare tra loro per il raggiungimento di obiettivi comuni concretizzati anche nell'azione esterna dell'UE, che ne risultano rafforzati[142]. Allo stesso tempo, questi ultimi contribuiscono al rafforzamento degli obblighi previsti dal diritto secondario, su cui prevalgono. Proprio attraverso tale meccanismo la Corte, nell'applicare le norme UE a tutela della biodiversità, ha spesso fatto riferimento agli strumenti di diritto internazionale cui l'Unione è vincolata. In particolare, si fa riferimento all'onere per le Parti della Convenzione di Berna di impegnarsi «a coordinare i loro sforzi per la conservazione delle specie migratrici»[143] e a «collaborare ogni qualvolta necessario, specie quando tale collaborazione consente di dare maggiore efficacia alle disposizioni prese in base ad altri articoli della […] Convenzione»[144]. Così pure la Convenzione di Bonn sulle specie migratrici richiede la promozione e conclusione di accordi fra le Parti per la realizzazione di una tutela concreta alle specie che ne attraversano i territori[145]. Come si è visto nel paragrafo precedente, proprio sulla base di tali previsioni, cui sia l'Unione che i singoli Stati membri sono vincolati, la Corte ha perpetrato una lettura "rafforzata" degli obblighi derivanti dalla direttiva Habitat, attraverso un'interpretazione conforme delle norme che porta ad affermare obblighi di coordinamento fra gli Stati[146]. Va tuttavia segnalato che l'impianto normativo proposto dagli strumenti internazionali, pur ispirato alla cooperazione, risulta ancora saldamente legato al paradigma ristretto della sovranità statale sulle risorse, che si contrappone al modello proposto dall'Unione con l'introduzione delle direttive Natura. Ciò emerge chiaramente anche nel testo della Convenzione sulla Diversità Biologica, che definisce la conservazione della biodiversità una preoccupazione comune dell'umanità, ma allo stesso tempo lascia impregiudicati i diritti sovrani delle Parti sulle loro risorse biologiche[147]. In tale contesto, un segnale positivo è rappresentato dal recente Accordo

[142] *Ivi*, p. 219.

[143] Art. 10, Convenzione di Berna.

[144] *Ivi*, art. 11.

[145] *Ivi*, artt. 2, 4, 5.

[146] *Alianța pentru combaterea abuzurilor*, sopra citata, punto 41.

[147] Art. 3, Convenzione sulla Diversità Biologica.

"*BBNJ*"[148], che nel cercare di porre rimedio allo squilibrio esistente tra paesi sviluppati con accesso alle risorse genetiche marine escluse dalla giurisdizione nazionale e paesi cui, per mancanza di mezzi, è precluso il loro sfruttamento, ha adottato una soluzione di compromesso che riconosce a tutti i Paesi il diritto di accesso alle stesse, ma richiede loro trasparenza con riguardo alle attività proposte ed ai risultati. In particolare, agli Stati che vogliono intraprendere attività di sfruttamento delle risorse marine nelle aree oltre la giurisdizione nazionale è richiesto di notificarne l'intenzione e comunicarne i risultati ad un apposito Comitato cui è demandato il compito di fornire linee guida per garantire equità ed inclusività del processo. In ultima istanza, però, anche in questa cornice la sovranità statale resta centrale, poiché la decisione finale spetta comunque al Paese che intraprende le attività di sfruttamento[149]. Per questo il riferimento al quadro internazionale in generale non pare di per sé sufficiente ad incontrare le specificità del contesto europeo, caratterizzato dalla cessione di ampie porzioni di sovranità a vantaggio dell'interesse comune in uno spazio privo di limiti e frontiere. I vincoli derivanti dalle Convenzioni per la tutela della biodiversità cui l'Unione partecipa devono perciò essere letti anche alla luce del diritto primario, che, per il tramite del principio di leale cooperazione, ne amplia la portata.

Nel complesso, le direttrici descritte paiono dunque indirizzare il comportamento degli Stati membri verso una visione collaborativa della natura come patrimonio condiviso da preservare per le future generazioni. Poiché, infatti, fine ultimo del principio di leale collaborazione resta quello di indurre gli Stati al perseguimento degli obiettivi dell'Unione, nonostante il vasto margine di manovra ad essi demandato dalle direttive Natura, pare potersi giustificare la limitazione di comportamenti volti al perseguimento di interessi puramente nazionali, in favore dell'interesse sovranazionale alla tutela della biodiversità come patrimonio comune. Ciò favorirebbe allo stesso tempo il rispetto di un altro principio fondamentale derivante dall'art. 4 del TUE: il principio di uguaglianza degli Stati davanti ai Trattati, di cui al paragrafo 2[150]. Dall'uniforme trasposizione delle norme di diritto internazionale e dall'efficace recepimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione discenderebbe, infatti, non solo la protezione dell'interesse

[148] Accordo sulla biodiversità marina delle aree al di là della giurisdizione nazionale, New York, 2023.

[149] F. HUMPHRIES ET AL., *Bridging Divides: The Evolution of Marine Genetic Resource Governance Beyond National Jurisdiction*, in F. HUMPHRIES (ed.), *Decoding marine genetic resource governance under the BBNJ Agreement*, Berlin, 2024.

[150] Art. 4, par. 2, TUE.

sovranazionale alla tutela della biodiversità, ma anche il rispetto dello stato di diritto e della base valoriale che accomuna gli Stati membri[151]. Se da un lato il rispetto del principio di uguaglianza rimanda alle relazioni fra Stati, non va dimenticato che esso si applica ugualmente agli individui. In particolare, si evidenzia il fondamentale nesso con la solidarietà intergenerazionale, pilastro su cui poggia l'intero impianto delle direttive Natura, volto alla conservazione di specie ed ecosistemi come parti di un patrimonio da tramandare alle generazioni future. Ma il concetto rileva anche sotto l'aspetto finanziario poiché, come illustrato, gli obblighi discendenti dalle direttive Natura portano alla compressione di alcuni dei diritti di cui sono titolari i singoli operatori economici, in favore dell'interesse collettivo rappresentato dalle esigenze ecologiche di habitat e specie di interesse comunitario[152]. Nell'insieme, pare potersi individuare una comune radice delle nozioni di leale cooperazione e solidarietà, le quali sottintendono l'esistenza di uno stretto vincolo sociale tra gli Stati: entrambe promuovono il perseguimento e la condivisione dell'interesse generale comune, in questo caso rappresentato dalla tutela della biodiversità[153]. Sono proprio gli scenari emergenziali, cui può essere in parte assimilato il drammatico stato della natura in Europa, l'ambito di operatività degli obblighi di solidarietà fra Stati, richiedendo agli stessi la condivisione di oneri e responsabilità ad essi connessi. Ed è qui che emerge la portata determinante del principio di leale collaborazione, il cui principale scopo è proprio facilitare lo sviluppo di meccanismi di cooperazione per fornire risposte congiunte rispetto a problemi comuni[154]. Nel garantire rigorosa osservanza ed un'applicazione quanto più uniforme possibile del diritto sovranazionale sull'intero territorio dell'Unione, il principio favorisce quindi il perseguimento degli obiettivi comuni in un'ottica di coerenza, nonché l'uguaglianza dei partecipanti all'organizzazione e dei loro cittadini[155].

[151] F. CASOLARI, *Il contributo dell'Unione europea alla tutela della biodiversità nell'interesse delle generazioni future*, cit., p. 374.

[152] *Supra*, paragrafo 4, lettera c).

[153] F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, cit., p. 61.

[154] *Ivi*, p. 196.

[155] L. S. ROSSI, *2, 4, 6 (TUE)… l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano: De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le Long Parcours de la Justice*, Torino, 2018, pp. 862 e 863.

7. *Conclusioni*

In un contesto come quello odierno segnato dal drammatico declino della diversità biologica sul nostro pianeta causata in larga parte dall'impatto delle attività umane e del cambiamento climatico sugli ecosistemi, ci si è soffermati su uno degli aspetti più problematici che caratterizzano la risposta degli Stati membri dell'Unione: la frammentarietà. Questo concetto racchiude infatti un duplice significato nell'analisi che ci ha occupati. Da un lato, nella sua accezione ecologica si riferisce alla frammentazione del paesaggio, ove, per la scarsa connettività degli habitat presenti sul territorio UE, le specie animali si trovano spesso isolate fra loro con importanti ripercussioni sul loro stato di conservazione e sulle possibilità di adattarsi al cambiamento climatico migrando attraverso i confini di aree protette e Stati. Dall'altro, nella sua accezione giuridica, riguarda la mancanza di coerenza nell'implementazione della cornice da parte delle autorità nazionali, le quali hanno spesso utilizzato il vasto margine di manovra fornito dalle direttive Natura per tentare di aggirarne le previsioni, compromettendo il raggiungimento degli obiettivi sovranazionali. Il problema appare attuale anche alla luce del più recente regolamento sul Ripristino della Natura (c.d. *Nature Restoration Law*)[156], che, pur costituendo uno strumento dotato di maggior forza cogente, demanda agli Stati membri il difficile compito di dare attuazione alle previsioni normative vincolanti coordinando diversi livelli di gestione territoriale[157]. Considerando la natura puramente transfrontaliera del problema, non si può non riconoscere l'insufficienza di un approccio Statocentrico alla tutela della biodiversità, la quale non conosce i confini artificiali fra le nazioni e risponde a processi globali caratterizzati dall'interconnessione di tutti gli ecosistemi e dei loro processi ecologici.

Affrontando i principali limiti della normativa UE in materia, ci si è quindi occupati di analizzare il ruolo essenziale svolto dalla Corte di giustizia nel tentare di rafforzare la portata vincolante delle norme in favore di un approccio conforme all'assunto primario su cui le direttive Natura si basano: la biodiversità rappresenta un patrimonio comune che gli Stati membri condividono, la cui gestione efficace richiede necessariamente la messa in secondo piano degli interessi nazionali a breve termine. Così si è visto come i giudici di Lussemburgo abbiano utilizzato a più riprese la tecnica del

[156] Regolamento (UE) 2024/1991, cit.

[157] M. REESE, *The EU's Nature Restoration Law – Now for Implementation*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, n. 21, 2024, pp. 361-364, spec. p. 363.

combinato disposto per vincolare i partecipanti all'organizzazione al fedele recepimento del diritto UE e al rispetto dei principi generali che lo caratterizzano, primi fra tutti il principio di precazione e la leale collaborazione. Nel corso delle numerose procedure di infrazione e dei rinvii pregiudiziali che l'hanno vista impegnata, la Corte ha chiarito, fra gli altri, l'importanza della leale collaborazione fra Stati membri e Commissione nella procedura di designazione dei siti Natura 2000 nonché l'esclusività dei dati scientifici come criteri per la scelta delle stesse. Allo stesso modo, nell'affrontare situazioni non espressamente disciplinate dal legislatore UE come gli effetti del cambiamento climatico sugli ecosistemi e la mancanza di connettività degli stessi i giudici di Lussemburgo hanno sfruttato la duttilità del secondo paragrafo dell'art. 6 della direttiva Habitat per ritenerne la vincolatività indiretta rispetto al dovere di prevenire danni agli ecosistemi determinati da tali processi naturali. Ancora, il regime di protezione speciale dedicato alle specie più vulnerabili è stato interpretato nel senso di imporre rigidi vincoli agli Stati anche in casi di conflitto umano con grandi carnivori, il cui diritto ad esistere è stato riconosciuto prevalente sugli interessi economici delle comunità locali che di tanto in tanto vi entrano in contatto. Anche in questi casi è stata peraltro sottolineata l'importanza di un approccio transnazionale alla valutazione dello stato di conservazione delle specie, ritenendo illegittime deroghe al regime da parte di Stati sul cui territorio le condizioni di conservazione risultino favorevoli senza considerare la situazione a livello transnazionale. Tale principio si applica ugualmente in quei casi in cui uno Stato tenti di far valere la legittimità della deroga sulla base del miglior stato di conservazione di una specie a livello transnazionale rispetto alle condizioni ecologiche che la caratterizzano sul suo territorio nazionale.

Considerando il livello di flessibilità caratterizzante l'intera cornice, senza esclusione della *Nature Restoration Law*, che, pur prevedendo obiettivi vincolanti e temporalmente delimitati, lascia notevole margine discrezionale agli Stati membri[158], è parso opportuno svolgere la presente indagine. L'esercizio ermeneutico su cui ci si è soffermati pare infatti consentire l'individuazione, a diritto vigente, di un nuovo paradigma basato su una visione collaborativa di tutela della biodiversità, vista come patrimonio comune da preservare per le future generazioni in un'ottica di sviluppo sostenibile. Tale percorso, iniziato dalla Corte di giustizia sin dai primi anni dall'entrata in vigore delle direttive Natura, segue due principali direttrici, costituite dagli

[158] E. LEESE, O. W. PEDERSEN, *Restoring the Regulated: The EU's Nature Restoration Law*, in *Journal of Environmental Law*, 2025, pp. 1-22, spec. p. 6.

obblighi di natura internazionale cui l'Unione è vincolata e dai principi generali che ne caratterizzano l'ordinamento. Come già accennato, infatti, dall'impianto normativo la Corte ha ricavato l'esistenza di responsabilità comuni agli Stati membri per la gestione del patrimonio naturale rappresentato dalla biodiversità, sottolineandone il contrasto con il tradizionale approccio Stato-centrico basato sulla sovranità statale sulle risorse nazionali. In quest'ottica, principio di precauzione, leale collaborazione e vincoli discendenti dal diritto internazionale sembrano poter rappresentare, in combinazione fra loro, strumenti privilegiati per la realizzazione di un modello di gestione coerente ed efficace della biodiversità. Solo percorrendo questa strada e sfruttando il potenziale dirompente di tale visione collettiva sarà possibile, a parere di chi scrive, superare la frammentazione del paesaggio legale ed ecologico che caratterizza l'Unione.

Abstract (ita)

La tutela della biodiversità si configura come una sfida intrinsecamente transnazionale poiché trascende i confini degli Stati e risponde a processi globali caratterizzati dall'interconnessione di tutti gli ecosistemi. Il problema della frammentarietà assume una duplice valenza: ecologica, riferita alla discontinuità del paesaggio e alla perdita di connettività tra habitat; e giuridica, concernente la disomogeneità nell'attuazione della cornice di tutela dell'Unione, che consente margini interpretativi ampi e spesso si traduce in tentativi di elusione degli obblighi da parte degli Stati membri. In tale contesto, la Corte di giustizia ha svolto un ruolo cruciale nel rafforzare la portata vincolante delle direttive Natura, promuovendone un'interpretazione coerente con l'assunto primario su cui si basano: la biodiversità rappresenta un patrimonio comune che gli Stati membri condividono, la cui gestione efficace richiede necessariamente il superamento degli interessi nazionali a breve termine. Attraverso il ricorso alla tecnica del combinato disposto, principio di precauzione, leale cooperazione e norme di diritto internazionale hanno consentito di delineare un paradigma di responsabilità condivise tra gli Stati membri, in contrasto con l'approccio tradizionale basato sulla sovranità statale sulle risorse naturali. Adottare tale visione collettiva appare imprescindibile per superare la frammentazione giuridica ed ecologica che caratterizza l'Unione promuovendo una gestione coerente ed efficace del patrimonio naturale rappresentato dalla biodiversità.

Abstract (eng)

Biodiversity protection constitutes an inherently transnational challenge, as it transcends national borders and responds to global processes marked by interconnection of all ecosystems. The issue of fragmentation has a dual dimension: on the ecological side, it refers to landscape discontinuity and loss of connectivity between habitats; on the legal side, it concerns heterogeneity in the implementation of the Union's protection framework, which results in broad discretionary power and attempts by Member States to circumvent obligations. In this context, the Court of Justice has played a crucial role in strengthening the binding nature of the Nature Directives, promoting an interpretation consistent with their primary assumption: biodiversity represents a common heritage shared by Member States, whose effective management necessarily requires overcoming short-term national

interests. By combining the precautionary principle, loyal cooperation, and international law, a paradigm of shared responsibilities among Member States has been outlined, contrasting with the traditional approach based on state sovereignty over natural resources. Adopting this collective vision appears essential to overcome legal and ecological fragmentation characterizing the Union, promoting a coherent and effective management of the natural heritage represented by biodiversity.

Atti del Convegno annuale modulo Jean Monnet AIcoIP

Università degli Studi di Macerata
8/9 maggio 2025

Intelligenza artificiale e nuove vulnerabilità: dal diritto europeo della concorrenza e della proprietà intellettuale alla tutela dei diritti fondamentali

a cura di

G. Contaldi, C. Grieco*

MODULO JEAN MONNET
AIcoIP
Deepening the Possible Impact of Artificial Intelligence Systems on EU Competition Law and Intellectual Property Rights
Cofinanziato dal programma Erasmus+ dell'Unione Europea

UNIVERSITÀ DI MACERATA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DIPARTIMENTO DI ECCELLENZA MUR 2018 - 2022 2023 - 2027

* Contributo realizzato nell'ambito del Modulo Jean Monnet AIcoIP, "Deepening the Possible Impact of Artificial Intelligence Systems on EU Competition Law and Intellectual Property Rights" (codice progetto 101176974), deliverable D.1.1 (Research Workshop), finanziato dall'Unione europea. Le opinioni espresse sono esclusivamente quelle degli autori e non impegnano in alcun modo l'Unione europea o la Commissione europea. Il lavoro si inserisce altresì tra le attività del Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito del Dipartimento di Eccellenza 2023–2027, "Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele".

AFFRONTARE LE NUOVE SFIDE TECNOLOGICHE DELL'UNIONE EUROPEA: IL CONTRIBUTO DEL MODULO JEAN MONNET AICOIP "DEEPENING THE POSSIBLE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS ON EU COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS"

Cristina Grieco*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le nuove sfide tecnologiche in tema di tutela della proprietà intellettuale e della concorrenza. – 3. Conclusioni. Il modulo Jean Monnet AIcoIP.

1. *Introduzione*

Con l'avvio della Strategia per il mercato unico digitale nel 2015[1], l'Unione europea ha dato impulso ad una serie di interventi regolatori particolarmente estesi nel settore digitale, adottando un approccio incentrato sulla persona (human-centred)[2]. L'obiettivo dichiarato è stato quello di

* Ricercatrice *Tenure Track* in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Macerata e coordinatrice del Modulo Jean Monnet AIcoIP.

[1] Comunicazione, del 6 maggio 2015, *Strategia per il mercato unico digitale*, COM (2015) 192final.

[2] L'approccio dell'Unione europea all'intelligenza artificiale, costantemente ribadito nei suoi documenti ufficiali, mira a coniugare eccellenza tecnologica e tutela dei diritti fondamentali. Tale impostazione emerge già nella comunicazione *L'intelligenza artificiale per l'Europa* (COM (2018) 237final, 25 aprile 2018) ed è sviluppata nel *Libro bianco Intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (COM (2020) 65final, 19 febbraio 2020) e nella comunicazione *Plasmare il futuro digitale dell'Europa* (febbraio 2020). La consapevolezza dei rischi dell'IA per i diritti sanciti dalla Carta è ribadita altresì nella comunicazione *Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale* (COM (2021) 205final, 21 aprile 2021) e nella Relazione annuale 2021 sull'applicazione della Carta (COM (2021) 819final, 10 dicembre 2021). Cfr. A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in questa *Rivista*, 2023, p. 321 ss.; C. GRIECO, *Intelligenza artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023. Si vedano altresì lo studio dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali, *Getting the future right: AI and fundamental rights*, 14 December 2020 e la ricerca svolta nell'ambito del Consiglio d'Europa, *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques*, Strasbourg, 2018.

accompagnare lo sviluppo tecnologico e rafforzare la competitività dei mercati, assicurando al contempo un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali[3].

Nel corso del tempo, tale orientamento si è tradotto in una pluralità di interventi normativi che hanno progressivamente inciso sulle modalità di funzionamento dei mercati digitali, contribuendo alla costruzione di un quadro regolatorio fortemente stratificato, la cui coerenza complessiva non risulta però sempre assicurata. In questa prospettiva si collocano, tra gli altri, il *Digital Services Act* (DSA), il *Digital Markets Act* (DMA), il regolamento europeo sulla libertà dei media, la direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, l'*AI Act*, il *Data Act* e il *Data Governance Act*[4].

Proprio l'elevato grado di complessità e frammentazione di tale assetto normativo ha indotto, negli ultimi anni, la Commissione europea a promuovere iniziative di semplificazione e razionalizzazione. In questo contesto si inseriscono le proposte di adozione dei cosiddetti *digital omnibus*[5],

[3] In coerenza con l'approccio sinora delineato si inserisce anche la *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale* (2023/C 23/01), adottata congiuntamente da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione nel dicembre 2022, nella quale la trasformazione digitale è delineata come un processo fondato sui valori europei, orientato alla tutela dei diritti fondamentali e dei diritti umani, incentrato sulla persona e volto a generare benefici economici e sociali di carattere generale. In dottrina è stata segnalata l'esigenza di valutare l'adozione di una Carta dei diritti digitali fondamentali dell'Unione europea, in quanto il rapido e imprevedibile sviluppo tecnologico tende a indebolire l'effettività delle tutele riconosciute ai cittadini attraverso gli strumenti giuridici tradizionali, così P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *DUE*, 2022.

[4] Sul punto, in prospettiva generale, si vedano G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *EJ*, numero speciale, luglio 2020, p. 13 ss.; G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea sui mercati e servizi digitali*, Bari, 2021; F. FERRI (a cura di), *L'Unione europea e la nuova disciplina sull'intelligenza artificiale: questioni e prospettive*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024; AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritti umani: sfide e prospettive nel quadro giuridico europeo e internazionale. Dieci anni della Rivista "Ordine internazionale e diritti umani"*, 15 dicembre 2025.

[5] In data 19 novembre 2025 la Commissione europea ha adottato le versioni definitive di due distinte proposte di regolamento, COM (2025) 837final e COM (2025) 836final, finalizzate a una revisione semplificatrice e sistematica della normativa digitale dell'Unione. Il primo intervento, noto come "Digital Omnibus", opera una razionalizzazione di carattere orizzontale delle discipline europee in materia di dati, tecnologie digitali, servizi online e sicurezza informatica. Il secondo, denominato "Digital Omnibus on AI", introduce correttivi specifici al regolamento sull'intelligenza artificiale, con l'obiettivo di migliorarne la chiarezza applicativa, ridurne la complessità e promuovere un quadro normativo idoneo a sostenere l'innovazione.

finalizzate a ricondurre entro un impianto unitario il *digital acquis*, il GDPR e l'*AI Act*, delineando nuovi equilibri nel governo dei sistemi digitali. Nell'ambito di tali iniziative si segnala il recente e discusso orientamento della Commissione volto a differire l'applicazione di alcune disposizioni dell'*AI Act*, con l'obiettivo dichiarato di consentire agli operatori economici e alle autorità competenti un adeguamento più graduale al nuovo quadro regolatorio. Tali scelte, sebbene motivate dall'esigenza di garantire una maggiore certezza giuridica e una più efficace implementazione delle norme, non sono tuttavia prive di profili problematici. In particolare, il ricorso a strumenti di semplificazione e il rinvio nell'operatività di alcune tutele previste dall'*AI Act* sollevano interrogativi circa il rischio di un arretramento, anche solo temporaneo, del livello di protezione dei diritti fondamentali, soprattutto in una fase in cui i sistemi di intelligenza artificiale sono già ampiamente diffusi e incidono in modo significativo sulla vita degli individui[6].

Alla luce del quadro sopra delineato, si impone una riflessione critica sugli effetti che il complesso apparato normativo adottato dall'Unione europea in materia digitale ha prodotto, volta soprattutto a far emergere le tensioni strutturali e le persistenti fragilità che caratterizzano l'attuale assetto regolatorio. Sebbene, infatti, l'obiettivo dichiarato sia quello di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali e di valorizzare l'autodeterminazione di utenti e consumatori nei contesti digitali, tale scopo spesso non risulta accompagnato da meccanismi di *enforcement* adeguati né da un impianto normativo pienamente coerente e sistematico. Al contrario, la moltiplicazione di atti, generalmente adottati in un arco temporale ristretto e caratterizzati da ambiti applicativi parzialmente sovrapposti, ha talvolta finito per incidere negativamente sull'effettività delle tutele previste.

Queste criticità si manifestano con particolare evidenza nel rapporto con i grandi operatori del settore digitale, i quali, in ragione della loro posizione economica e infrastrutturale, esercitano un'influenza crescente sulle dinamiche di mercato e sulle condizioni di accesso ai servizi. In tale contesto, essi tendono a imporre regole di funzionamento di natura privatistica che incidono in modo significativo sulle posizioni giuridiche degli individui e che, per estensione e impatto, possono in alcuni casi avvicinarsi a forme di potere regolatorio di tipo parastatale[7].

[6] Si veda estensivamente sul punto L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

[7] Si vedano, *ex multis*, M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e*

2. *Le nuove sfide tecnologiche in tema di tutela della proprietà intellettuale e della concorrenza*

La diffusione sempre più pervasiva dei sistemi di intelligenza artificiale generativa, in particolare dei *Large Language Models* e delle architetture multimodali, sta ponendo sotto crescente pressione l'impianto tradizionale del diritto d'autore, storicamente sensibile alle trasformazioni tecnologiche e sociali[8]. La capacità di tali sistemi di elaborare e produrre contenuti che appaiono creativi, originali e potenzialmente riconducibili al paradigma delle opere dell'ingegno mette in discussione alcuni aspetti tradizionali, quali l'autorialità, l'originalità, la titolarità dei diritti, la responsabilità e le modalità di circolazione delle opere.

I sistemi generativi, addestrati su volumi imponenti di dati spesso eterogenei e protetti, sono oggi in grado di produrre in tempo reale testi, immagini, musica e altri contenuti attraverso processi di rielaborazione che non si esauriscono nella mera riproduzione del materiale di partenza. I *chatbot* generativi costituiscono un esempio emblematico di tale evoluzione, poiché non si limitano a indicizzare informazioni, ma spesso producono *output* che possono interferire con opere tutelate, sollevando interrogativi giuridici rilevanti in relazione alle nozioni di riproduzione, comunicazione al pubblico e utilizzo secondario non autorizzato. Non a caso, tali questioni sono già all'attenzione della giurisprudenza europea, come dimostra il primo rinvio pregiudiziale pendente dinanzi alla Corte di giustizia sul punto[9], che investe nodi strutturali quali l'ambito applicativo delle eccezioni – in particolare

diritto, n. 1, 2019, p. 37 ss.; M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, n. 2, 2020, p. 36 ss.; M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2021, p. 172 ss.; P. L. ARNESE, *IA*, gatekeepers *e mercato: equilibri tra innovazione e concorrenza*, in questa *Rivista*, 2025.

[8] Si veda sul punto U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Diritto dell'Intelligenza artificiale, Vol. II, Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, Roma, 2024; C. GRIECO, *Intelligenza artificiale e diritto d'autore: riflessioni a partire dalla recente prassi interna ed europea*, in *SIE*, 2024, p. 239 ss.; A. LOTTINI, *Diritto d'autore e IA generativa: un banco di prova per l'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2025.

[9] Con il rinvio pregiudiziale C-250/25, *Like company*, promosso dal Budapest Környéki Törvényszék, attualmente pendente, la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità fra l'attività di un LLM – nel caso di specie, il *chatbot* Gemini di Google – e i diritti degli editori di contenuti giornalistici, particolarmente alla luce dell'art. 15 della direttiva 2019/790 e delle altre norme europee rilevanti, inclusa la disciplina sull'eccezione *per text and data mining* e le novità introdotte dall'*AI Act*.

quella di *text and data mining*[10] – e il bilanciamento tra tutela degli editori e sviluppo tecnologico.

In questo scenario, l'innovazione tecnologica avanza a un ritmo che il diritto fatica a seguire (c.d. *pacing problem*)[11]. Il quadro normativo vigente resta infatti in larga misura ancorato a presupposti antropocentrici, costruiti sull'idea dell'essere umano quale unico autore e titolare originario dei diritti, generando un disallineamento crescente tra le potenzialità delle tecnologie generative e gli strumenti giuridici disponibili. Tale frizione emerge sia sul piano sistematico, attraverso interventi normativi spesso frammentari, sia sul piano applicativo, ove l'interprete è chiamato a colmare lacune regolatorie mediante operazioni ermeneutiche complesse[12].

La problematica non si esaurisce nella qualificazione giuridica degli *output* generati dall'intelligenza artificiale, ma investe un più ampio bilanciamento tra interessi eterogenei. Da un lato, si pone l'esigenza di favorire innovazione, sperimentazione e accesso ai dati; dall'altro, quella di garantire un'adeguata tutela della persona, intesa sia come autore e titolare di diritti di proprietà intellettuale, sia come soggetto portatore di diritti fondamentali. A ciò si aggiunge la necessità di preservare la concorrenza e la vitalità dei mercati delle idee, oggi esposti ai rischi derivanti dalla concentrazione

[10] Si vedano sul punto i commenti di C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU (October 17, 2019)*, in C. SAIZ GARCÍA, R. EVANGELIO LLORCA (dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Valencia, 2019, pp. 27-71; S. ORLANDO, *Il diritto di Text and Data Mining (TDM) non esiste*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2023.

[11] Per *pacing problem* si intende il divario tra il ritmo accelerato al quale si sviluppano le tecnologie e il diritto che si propone di disciplinarle. Si vedano sul punto G. E. MARCHANT, B. R. ALLENBY, J. R. HERKERT (eds.), *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight. The Pacing Problem*, Dordrecht, 2011; S. LARSSON, J. HILDÉN, K. SÖDERLUND, *Implications of Regulating a Moving Target: Between Fixity and Flexibility in the EU AI Act. Law*, in *Innovation and Technology*, vol. 18, n. 1, 2025; E. PANDOLFI, *AI Act e pacing problem: la disciplina dell'IA per finalità generali*, in questa *Rivista*, 2025.

[12] La necessità di adeguare il quadro normativo all'evoluzione digitale, ai nuovi modelli di diffusione delle opere e alle sfide poste dall'intelligenza artificiale e dalle piattaforme *online* era stata chiaramente riconosciuta dalla Commissione europea nella comunicazione, del 9 dicembre 2015, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, COM (2015) 626final. In tale documento, la Commissione individua come obiettivi prioritari la promozione della circolazione transfrontaliera dei contenuti digitali, il rafforzamento della tutela dei diritti degli autori e degli utenti e la modernizzazione delle regole per renderle più adeguate alle nuove dinamiche del mercato digitale.

tecnologica, dalla standardizzazione e dall'automazione dei processi creativi[13].

Sul piano concettuale, l'analisi del rapporto tra intelligenza artificiale e proprietà intellettuale impone di interrogarsi sulla natura del ruolo svolto dall'IA e, in particolare, se debba essere considerata esclusivamente come uno strumento tecnico al servizio dell'essere umano o se, in talune circostanze, possa assumere una funzione creativa autonoma. Se non sorgono particolari difficoltà nel ricondurre a tutela i singoli componenti dei sistemi di IA – quali *software*, modelli addestrati e *dataset* – le maggiori criticità emergono quando l'attenzione si sposta sugli *output* generati. In tale prospettiva, la distinzione tra intelligenza artificiale assistiva e generativa assume un rilievo centrale. Nel primo caso, l'intervento umano consente più agevolmente di garantire la protezione autoriale; nel secondo, l'attribuzione della paternità dell'opera solleva problemi strutturali, anche alla luce del ruolo, non sempre determinante, del *prompt* fornito dall'utente[14].

[13] È stato introdotto il concetto di "distant writing" per descrivere la trasformazione in atto nel processo di creazione dei contenuti, sempre più mediato da sistemi algoritmici e caratterizzato da una crescente distanza tra l'autore umano e l'*output* finale, così L. FLORIDI, *Distant Writing: Literary Production in the Age of Artificial Intelligence*, in *Minds & Machines*, 2025.

[14] Allo stato attuale, nella maggior parte degli ordinamenti, si conferma la persistente centralità del requisito dell'autorialità umana quale presupposto per il riconoscimento della tutela autoriale. Negli Stati Uniti, tale impostazione è affermata in termini particolarmente rigorosi, escludendosi in modo netto la protezione per opere generate autonomamente da sistemi di IA in assenza di un autore umano (si vedano, ad esempio, i casi *Thaler v. U.S. Copyright Office/Thaler v. Perlmutter; Théâtre D'Opéra Spatial*; *Suryast*). Anche nell'Unione europea, secondo l'orientamento costante della Corte di giustizia, il diritto d'autore continua a fondarsi sulla nozione di "creazione intellettuale propria dell'autore", intesa come espressione di una scelta libera e creativa dell'individuo (C-5/08, *Infopaq International*, del 16 luglio 2009; C-145/10, *Painer*, 20 gennaio 2012). Segnali di maggiore flessibilità emergono, invece, in alcuni ordinamenti nazionali. In Italia, pur non escludendosi in via assoluta la tutela delle opere realizzate con l'ausilio dell'IA, l'attenzione si concentra sulla verifica dell'effettiva consistenza dell'apporto umano creativo, restando comunque esclusi gli *output* generati in modo sostanzialmente autonomo dal sistema (Cass. civ. sez. I, ord. 16 gennaio 2023, n. 1107). In Cina, la prassi giurisprudenziale e regolatoria appare maggiormente orientata a valorizzare il controllo umano sul funzionamento del sistema e l'investimento organizzativo sottostante, ammettendo in taluni casi la protezione dell'*output* in capo al soggetto che dirige e governa il processo tecnologico (Beijing Internet Court, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279). In Giappone, infine, l'approccio si caratterizza per un pragmatismo accentuato, come dimostra il caso *The Day a Computer Wrote a Novel*, che segnala un'apertura culturale verso la creatività algoritmica senza tuttavia mettere in discussione il principio dell'autorialità umana. Per

In un simile contesto, la nozione classica di autorialità, fondata sull'intenzionalità e sul contributo creativo personale dell'essere umano, risulta difficilmente compatibile con processi produttivi basati su correlazioni statistiche e meccanismi di ottimizzazione algoritmica[15]. Analoghe difficoltà si riscontrano in ambito brevettuale, con riferimento all'individuazione dell'inventore nei casi in cui il contributo umano al processo inventivo sia minimo o assente.

In questo quadro, in cui il legislatore europeo è chiamate al difficile compito di individuare un punto di equilibrio tra innovazione tecnologica, tutela della proprietà intellettuale e salvaguardia dei diritti fondamentali, il contenzioso è in rapido aumento a livello globale, alimentato dalle pratiche di addestramento dei modelli generativi, dall'opacità dei *dataset* impiegati e dalla difficoltà per i titolari dei diritti di esercitare forme effettive di controllo[16].

La sfida posta dall'intelligenza artificiale generativa incide così in profondità sulla fisionomia stessa del diritto d'autore, mettendone in discussione presupposti concettuali, categorie dogmatiche e finalità originarie. Il nodo centrale resta il rapporto tra creatività umana e creatività automatica, nonché la definizione della soglia minima di intervento umano necessaria a fondare la protezione dell'opera. L'attuale quadro normativo europeo in materia di proprietà intellettuale è in larga misura rappresentato dalla direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, adottata per adeguare il sistema delle eccezioni e limitazioni all'evoluzione tecnologica e

approfondimenti cfr. A. LAUBER-RONSBERG, S. HETMANK, *The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: does Artificial Intelligence Shift Paradigms?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, p. 570 ss.; P. MEZEI, *From Leonardo to the Next Rembrandt - The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms*, in *UFITA*, vol. 84, 2, 2020, p. 390 ss.; C. GRIECO, *Intelligenza artificiale e diritto d'autore*, cit., p. 245 ss.

[15] L. FLORIDI, *Distant Writing*, cit.

[16] Non è possibile, in questa sede, approfondire ulteriormente tale profilo; è tuttavia sufficiente rilevare come il contenzioso relativo all'addestramento dei modelli di intelligenza artificiale generativa evidenzi una frattura significativa tra ordinamenti giuridici e differenti modelli di tutela. Negli Stati Uniti, le azioni promosse da *The New York Times v. OpenAI/Microsoft* e da altri editori contro l'uso di contenuti giornalistici per l'addestramento dei LLM mettono in discussione l'estensione del *fair use* quando l'*output* dell'IA rischia di sostituire il mercato dell'opera originaria. La decisione *Anthropic – Order on Fair Use* (2025) conferma l'approccio statunitense orientato all'uso trasformativo, ma distingue nettamente tra *training* lecito e acquisizione illecita di copie pirata, sanzionando quest'ultima. In Europa, il caso *Kneschke v. LAION* (Trib. Amburgo, 2024) segna un cambio di passo, affermando la responsabilità dei gestori di *dataset* e riconoscendo efficacia all'*opt-out* anche non *machine-readable*.

riequilibrare i rapporti tra titolari dei diritti e piattaforme digitali. Pur trattandosi di un intervento di rilievo, la direttiva non affronta espressamente la questione delle opere generate mediante sistemi di intelligenza artificiale, lasciando aperti numerosi interrogativi sulla qualificazione giuridica degli output algoritmici.

Analogamente, l'*AI Act*, pur introducendo un quadro orizzontale volto a garantire uno sviluppo affidabile dell'IA nel rispetto dei diritti fondamentali, non contiene una disciplina sostanziale in materia di proprietà intellettuale, né criteri specifici per l'attribuzione della titolarità o la tutela delle creazioni generate da tali sistemi, limitandosi a un rinvio alle eccezioni già esistenti, in particolare a quella relativa al *text and data mining*[17].

Ne consegue che, allo stato attuale, il diritto dell'Unione continua a non offrire una regolazione espressa delle opere generate dall'intelligenza artificiale, costringendo interpreti e operatori a fare ricorso a soluzioni analogiche o a interpretazioni estensive della normativa vigente. Tale situazione incide negativamente sulla certezza del diritto e favorisce un'applicazione non uniforme delle regole, accentuando il rischio di frammentazione interpretativa in un contesto caratterizzato da una rapida evoluzione tecnologica.

Parallelamente, sul piano del diritto della concorrenza, l'adozione e la crescente diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale generativa sollevano questioni inedite in relazione all'abuso di posizione dominante, alla possibile collusione algoritmica[18], all'accesso alle infrastrutture essenziali e alla centralità dei dati quali fattori di potere economico. Anche in tale ambito, il quadro normativo europeo appare inadeguato poiché continua a fondarsi prevalentemente su strumenti elaborati in un contesto pre-digitale, la cui adeguatezza rispetto alle trasformazioni indotte dall'economia dell'IA risulta sempre più problematica.

L'integrazione sistematica dell'intelligenza artificiale nei mercati digitali, infatti, non incide unicamente sulle modalità di interazione e coordinamento tra imprese, ma contribuisce in modo significativo alla riconfigurazione delle strutture di potere economico, mettendo in discussione la tenuta delle categorie tradizionali del diritto antitrust dell'Unione. In particolare, l'IA tende a rafforzare posizioni di mercato già consolidate attraverso dinamiche cumulative fondate sull'accesso privilegiato ai dati, sui meccanismi di

[17] Sia consentito rinviare per ulteriori riflessioni sul punto a C. GRIECO, *Il diritto d'autore nell'AI Act: Error 404 – Page Not Found?*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024.

[18] Cfr. T. KLEIN, *Assessing Autonomous Algorithmic Collusion:Q-Learning Under Sequential Pricing*, in *RAND Journal of Economics*, 14 June 2018.

apprendimento automatico e sugli effetti di rete. Tali dinamiche rendono sempre più sfumato il confine tra concorrenza basata sul merito e pratiche escludenti riconducibili all'abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE. Lo scenario appare ulteriormente aggravato dal fatto che questi fenomeni non si manifestano necessariamente mediante singole condotte abusive isolate, ma piuttosto attraverso l'interazione sistemica tra infrastrutture digitali, capacità computazionale e controllo dei flussi informativi, imponendo una lettura dinamica e funzionale del concetto di potere di mercato.

In questo contesto, il tema dei *big data*[19] assume un ruolo centrale in quanto *input* essenziale per lo sviluppo, l'addestramento e il miglioramento dei sistemi di IA, fino a configurarsi come una barriera all'ingresso di natura dinamica e cumulativa, difficilmente superabile dai nuovi operatori[20]. I meccanismi di *feedback* tipici dei mercati *data-driven* possono determinare una progressiva chiusura del mercato anche in assenza di strategie escludenti intenzionali, trasformando vantaggi concorrenziali inizialmente legittimi in posizioni strutturalmente inattaccabili. Tale evoluzione solleva rilevanti criticità applicative in relazione all'art. 102 TFUE, soprattutto con riguardo all'accertamento dell'effetto escludente e del nesso causale, laddove il pregiudizio alla concorrenza emerga come risultato complessivo di scelte tecnologiche e organizzative tra loro interdipendenti.

Queste problematiche si intrecciano, inoltre, con l'emergere di un quadro regolatorio *ex ante* in materia di intelligenza artificiale, incentrato sull'*AI Act*, che introduce obblighi di *governance*, gestione del rischio e trasparenza per determinate categorie di sistemi di IA. Pur perseguendo finalità distinte rispetto al diritto antitrust, tale regolazione è destinata a incidere sulle dinamiche concorrenziali, sollevando il rischio che i costi di conformità finiscano per rafforzare indirettamente gli operatori più grandi, maggiormente in grado di sostenerli.

In un simile scenario, risulta essenziale che il diritto antitrust non venga confinato a un ruolo meramente correttivo o residuale, ma sia chiamato a sviluppare un approccio tecnologicamente consapevole, in grado di

[19] Si vedano, *ex multis*, V. M. SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data: A Revolution that Will Transform How We Live, Work and Think*, Boston, 2013; M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018.

[20] Per ulteriori riflessioni si veda L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data: l'imputabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE*, in *MediaLaws*, 2018.

dialogare in modo coerente con la regolazione settoriale senza rinunciare alla propria funzione primaria di tutela del processo concorrenziale.

Sebbene l'orientamento emergente delle istituzioni europee sembri muoversi in questa direzione, permane, come nel caso della normativa sul diritto d'autore, il dubbio circa l'idoneità dell'attuale architettura normativa dell'Unione a intercettare e contrastare in modo effettivo le nuove forme di potere algoritmico che caratterizzano l'economia dell'intelligenza artificiale.

3. *Conclusioni. Il Modulo Jean Monnet AIcoIP*

Alla luce delle considerazioni che precedono, emerge un quadro complessivo caratterizzato da un approccio prevalentemente adattivo, nel quale tanto il diritto della proprietà intellettuale quanto il diritto della concorrenza sono chiamati a confrontarsi con l'intelligenza artificiale facendo ricorso a categorie e strumenti non originariamente concepiti per disciplinarne l'impatto. Tale asimmetria normativa contribuisce ad accentuare le incertezze applicative e rafforza l'esigenza di una riflessione sistematica e integrata sul ruolo dell'IA nel mercato europeo.

È su queste premesse che si inseriscono le attività del modulo Jean Monnet AIcoIP "Deepening the Possible Impact of Artificial Intelligence Systems on EU Competition Law and Intellectual Property Rights", attivo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata.

Il modulo si propone di analizzare le problematiche evidenziate e le trasformazioni in atto, indagando in modo organico e interdisciplinare l'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale sull'ordinamento giuridico dell'Unione europea, con particolare riferimento al diritto della concorrenza e alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, tradizionalmente considerati pilastri fondamentali del mercato interno.

L'analisi si concentra, in particolare, sui sistemi di intelligenza artificiale generativa, ossia su quelle applicazioni capaci di produrre contenuti testuali, visivi, audiovisivi e multimediali in risposta a *input* forniti dall'utente. Tali sistemi incidono in modo significativo sulle modalità di creazione, sfruttamento e circolazione delle opere protette, nonché sugli assetti concorrenziali dei mercati digitali, sollevando – come già evidenziato – questioni inedite in ordine alla titolarità dei diritti, all'estensione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, alla gestione dei dati e alla crescente concentrazione del potere economico nelle mani di pochi grandi operatori tecnologici.

Alla luce di tali sviluppi, il modulo Jean Monnet è concepito come

un'iniziativa integrata di didattica avanzata e ricerca, fondata sull'idea che approfondimento scientifico e formazione costituiscano dimensioni reciprocamente rafforzanti. L'obiettivo è contribuire allo sviluppo di una conoscenza critica e sistematica dell'intelligenza artificiale e dei suoi effetti sull'ordinamento dell'Unione europea, attraverso un dialogo costante tra ricerca accademica, insegnamento universitario e confronto con la prassi istituzionale e professionale.

Il progetto si avvale di un *team* accademico interdisciplinare, composto da studiosi di diritto dell'Unione europea, diritto internazionale, diritto della concorrenza, proprietà intellettuale e diritto processuale civile, che consente di affrontare il fenomeno dell'intelligenza artificiale da prospettive giuridiche complementari, riflettendo la natura trasversale delle questioni sollevate dall'innovazione tecnologica. Il coordinamento scientifico è affidato al titolare del modulo, professor Gianluca Contaldi, e alla coordinatrice del progetto, con il contributo degli altri membri del *team*, i professori Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Laura Marchegiani e Livia Di Cola, ai quali va un sentito ringraziamento per il ruolo determinante svolto nella progettazione e realizzazione di attività di elevato valore scientifico e di sicuro interesse nel più ampio dibattito pubblico.

Le attività didattiche organizzate nell'ambito del modulo sono rivolte a un pubblico ampio e diversificato, che comprende studenti universitari e dottorandi, accademici, professionisti del diritto, funzionari pubblici, *policy makers* e attori della società civile. Al contempo, la struttura multilivello dell'offerta formativa favorisce un ambiente di confronto interdisciplinare capace di alimentare e orientare la stessa attività di ricerca.

Il modulo prevede un pacchetto integrato di attività formative, ripetuto annualmente nel corso della durata triennale del progetto, comprendente corsi curriculari, seminari specialistici, moduli in lingua inglese, una *Fall School*, *workshop* avanzati e una conferenza scientifica annuale di respiro interdisciplinare.

Accanto alla didattica, il modulo è orientato allo sviluppo di un filone di ricerca dedicato all'analisi del quadro giuridico europeo dell'intelligenza artificiale. Tra gli *outcome* attesi figurano, oltre al presente lavoro, la pubblicazione di un volume monografico dedicato al rapporto tra mercato interno, intelligenza artificiale, concorrenza e proprietà intellettuale, nonché contributi scientifici dedicati all'analisi della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nel loro insieme, le attività previste mirano a rafforzare la formazione e la ricerca in un settore strategico per il futuro dell'Unione europea.

Infine, il modulo intende operare come piattaforma stabile di dialogo con il territorio e con la comunità giuridica locale e nazionale, coinvolgendo ordini professionali, associazioni di categoria, imprese e istituzioni. In tale ottica, la disseminazione riveste un ruolo centrale. Oltre alle pubblicazioni scientifiche, sono stati attivati una pagina *LinkedIn* dedicata, una sezione del sito del Dipartimento di Giurisprudenza, una *newsletter* e uno spazio riservato ai *blogpost*, concepiti come strumenti di accesso aperto ai materiali didattici, ai risultati della ricerca e alla diffusione delle iniziative sviluppate nell'ambito del modulo[21]. A tale riguardo, si esprime un sentito ringraziamento alle dott.sse Luciana Donatantonio e Antonella Bettoni per il prezioso contributo fornito, rispettivamente, alle attività di comunicazione e di organizzazione.

[21] Per ulteriori informazioni sulle iniziative promosse dal modulo, si rinvia alla pagina *LinkedIn* e alla pagina ufficiale del Dipartimento di Giurisprudenza raggiungibile al seguente *link* www.giurisprudenza.unimc.it/it/didattica/jean-monnet/modulo-jean-monnet-aicoip.

IA, *GATEKEEPERS* E MERCATO: EQUILIBRI TRA INNOVAZIONE E REGOLAMENTAZIONE NELL'UE

Pierludovico Arnese*

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali: IA come mercato e come fattore di mercato. – 2. Il diritto della concorrenza e la sua rilevanza nelle discipline *digital*. – 3. Nutrire l'IA: GDPR e "sana alimentazione". – 4. Il paradosso di una posizione dominante "legittima", ma potenzialmente abusiva: il ruolo dei *gatekeepers*. – 5. Il caso *Whatsapp*: interoperabilità e non solo. – 6. Conclusioni.

1. *Considerazioni generali: IA come mercato e come fattore di mercato*

L'Intelligenza Artificiale (IA) rappresenta un mercato florido e in divenire a livello globale. In particolare, l'IA è, da un lato, un ambito a sé, che si sviluppa grazie agli investimenti ed alla ricerca tecnologica portata avanti dai "produttori" di IA. Dall'altro, è un fattore di mercato, poiché anche nei mercati aventi ad oggetto beni e servizi ben lontani dalla tecnologia, la stessa IA può facilitare i vari operatori economici.

Nel primo campo si parla propriamente di "mercato IA", i cui operatori sono dediti allo sviluppo e all'evoluzione dell'intelligenza artificiale. La particolarità di questo mercato si rinviene nella poca accessibilità da parte dei piccoli operatori e, quindi, nella limitata competitività che eventualmente gli stessi potrebbero avere all'interno. Al contrario, per coloro che ne fanno parte e ne sono "dominatori" la concorrenza è molto alta. Il mercato IA, infatti, è ad oggi un oligopolio[1] in cui gli attori principali riescono a gestirne l'andamento e la partecipazione o meno di nuovi *competitors*.

Nella seconda sfera si fa riferimento, invece, ai diversi e più disparati mercati, in cui l'IA può agire ed agisce come strumento di ausilio (o, appunto, fattore di mercato) per i relativi operatori economici al fine di meglio aggredire il loro ambito concorrenziale. In questo secondo scenario, quindi,

* Avvocato, Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso Università degli Studi di Teramo, Teaching Assistant in EU Law and Regulation presso LUISS Guido Carli, Esperto in materia giuridico-amministrativa presso Presidenza del Consiglio dei Ministri.

[1] A. KÜSTERS, H. VÖPEL, *Meno rischi IA attraverso maggiore concorrenza*, in *Riv. Input*, n. 3, 2024.

gli operatori non necessariamente sono fornitori di IA, ma spesso assumono propriamente la veste di *customers* degli operatori del mercato IA sopra delineato.

Il punto comune dei due scenari ora descritti è il particolare ruolo che dovranno assumere i cc.dd. "gatekeepers", come regolati dal *Digital Markets Act*[2] (DMA). Infatti, nel primo ambito essi corrispondono con i principali operatori, al punto che si potrebbe affermare che l'oligopolio sia costituito quasi esclusivamente da queste figure. Nel secondo ambito, all'opposto, dovrebbero assumere il ruolo di "garanti della legalità ed equità dei mercati" come attribuitogli dal DMA. Tuttavia, è chiaro ed evidente che, visto l'interesse che essi nutrono in virtù della loro forte partecipazione al mercato IA, il ruolo che devono svolgere nel secondo ambito potrebbe risultare compromesso, se non potenzialmente lesivo degli stessi principi e diritti che dovrebbero garantire. Si arriva così al paradosso che ci si propone di indagare in questa sede e, in particolare, l'obiettivo sarà quello di comprendere in quali casi queste posizioni dominanti "legittime", perché riconosciute dal DMA proprio per garantire i mercati, possono diventare abusive e dunque ledere il dettato dell'articolo 102 TFUE.

Seguendo il filo conduttore sotteso a questa indagine, il presente contributo si proporrà, da un lato, di richiamare quella parte del diritto della concorrenza che assume rilevanza nel contesto dei mercati IA, nel duplice senso sopra richiamato, fornendo, al contempo, una panoramica concisa delle fonti normative di origine europea predisposte per regolare l'intelligenza artificiale. Mentre, dall'altro lato, uno specifico focus verterà sulla tutela dei dati, considerati quali principale "alimentazione" dell'IA. A conclusione di questo duplice approfondimento, sarà opportuno affrontare il tema realmente centrale, rappresentato dallo studio della regolamentazione del DMA rispetto al ruolo dei *gatekeepers* nel contesto odierno, che vede i mercati pervasi dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale, per concludere, infine, attraverso le visioni conclusive e future sulla base dei risultati della ricerca.

2. *Il diritto della concorrenza e la sua rilevanza nelle discipline* digital

Il diritto della concorrenza e, prima ancora di esso, le relative politiche

[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).

ruotano attorno alla necessità di garantire una tutela alla struttura competitiva del mercato[3]. Senza concorrenza non vi è competitività, senza quest'ultima non vi è mercato.

Il mercato, infatti, nasce da una corretta allocazione delle risorse volta a garantire un'alta qualità del servizio o prodotto, così da giustificarne una domanda del consumatore dettata non solo da necessità, ma discendente anche da una scelta dello stesso. Quanto più ampia è la scelta, tanto più si realizzerà l'obiettivo richiamato in apertura, garantire la struttura competitiva del mercato.

Le politiche dell'Unione europea in materia di mercato unico hanno sempre perseguito tale scopo, attraverso una disciplina che permetta che esso sia imperniato sul corretto gioco della concorrenza[4].

Così, seguendo quanto già affermato nel trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), il Trattato di Lisbona trasla la disciplina concorrenziale in una serie di disposizioni all'interno del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che possono essere suddivise in due categorie: da un lato vi sono i divieti imposti alle imprese, che si basano sul divieto di realizzare intese ed esercitare una posizione dominante[5], dall'altro lato quelli destinati agli Stati membri, che si fondano sul divieto per gli Stati membri di concedere alle imprese, con risorse pubbliche, aiuti che possano alterare la leale concorrenza[6].

Richiamata questa breve e pacifica, ma necessaria, introduzione del diritto UE della concorrenza, è necessario soffermarsi sulla parte di disciplina che assume rilevanza rispetto alle nuove esigenze del mercato derivanti dall'affermazione e dallo sviluppo dell'IA[7].

[3] Commissione europea, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato, letteralmente: «l'obiettivo ultimo dell'art. 81 (ora art. 101) è proteggere il processo concorrenziale».

In tal senso, si veda P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 33. L'autore, nel ribadire quanto sopra, richiama la sentenza *T-Mobile Netherlands e a.* (C-8/08). In questa sentenza, la Corte afferma che l'art. 101 «come le altre regole di concorrenza enunciate dal Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati dei singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale» (punto 38).

[4] Così, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2024, p. 687.

[5] Nel dettaglio, si fa riferimento alla Parte terza, Titolo VII, Capo I del Trattato, la cui Sezione 1, articoli 101-105 TFUE.

[6] Nel dettaglio, si fa riferimento alla Parte terza, Titolo VII, Capo I del Trattato, la cui Sezione 2, articoli 107-109 TFUE.

[7] Per un'analisi del diritto della concorrenza applicato al mercato digitale, v., in senso

Come evidenziato dalla giurisprudenza[8], la concorrenza mira all'affermazione della meritocrazia tra gli operatori economici. La concorrenza perfetta non esclude possibili dominatori del mercato. Ciò che, invece, non è possibile è che tali dominatori lo siano in maniera abusiva[9]. Proprio in questo ambito assume rilievo l'art. 102 TFUE, il quale è il principale parametro di riferimento per individuare i casi in cui le posizioni dominanti "legittime", perché riconosciute dal DMA, possono diventare abusive[10].

La disposizione ora richiamata disciplina i casi di "abuso di posizione dominante". Si tratta di una norma che mira a reprimere gli usi distorti del potere da parte dei maggiori operatori del mercato interno. Sulla base di questa premessa l'art. 102 TFUE dispone che è «compatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo»[11].

non esaustivo, G. MUSCOLO, *Big data e concorrenza: quale rapporto?*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2018, pp. 173-191; nonché W. KERBER, *Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection*, *ivi*, pp. 1-20, spec. p. 3 ss.; A. PEZZOLI, *Big data e antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?*, *ivi*, pp. 243-263; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 8, 2017, pp. 363-369; G. COLANGELO, *Big data, digital platforms and antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2016, pp. 425-460; G. PITRUZZELLA, *Big Data, Competition and Privacy: a Look from the Antitrust perspective*, in *Concorrenza e mercato*, n. 23, 2016, pp. 15-28; nonché OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age, 2022, reperibile al sito Internet www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age; Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), Garante per la protezione dei dati personali, Indagine conoscitiva sui Big Data, 2020; con riferimento all'uso degli algoritmi, v. C. PERARO, *Lo scambio di informazioni tra le imprese nell'epoca di Internet: considerazioni sulle regole*, in *SIE*, n. 2, 2020, pp. 451-471.

[8] Corte giust. 6 settembre 2017, C-413/14, *Intel/Commissione*, punto 134: «per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori». Per un efficace analisi, si veda M. COLE, *No data, no abuse: the lesson from Intel's "more economic approach"*, in *European Competition Law Review*, n. 44, 2023, pp. 419-428.

[9] In questo senso, P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, cit., p. 182.

[10] Sull'analisi dell'abuso di posizione dominante, si veda P. IANNUCCELLI, *L'accesso al giudice dell'Unione europea in materia di concorrenza*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024, p. 6 ss.

[11] Per completezza, si riporta il testo di cui all'art. 102 TFUE: «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra

È la stessa disposizione a fornire la chiave d'interpretazione e di lettura del riferimento alle posizioni abusive dominanti. Infatti, chiarisce che ai fini della corretta applicazione, occorre svolgere un'analisi che parte dall'individuazione del mercato rilevante, passa per la verifica dell'esistenza di una posizione dominante, per chiudersi con l'accertamento del carattere abusivo dello sfruttamento di tale posizione[12].

Quanto a tale ultima verifica, le forme di "abuso" devono essere valutate di volta in volta, poiché l'elenco fornito dalla disposizione ha carattere meramente esemplificativo[13]. Ad ogni modo, in termini antitrust si riconoscono due categorie di condotte abusive, che rispecchiano la lesività verticale o, diversamente, quella orizzontale delle stesse. Nel primo caso, si parla di comportamenti "di sfruttamento"[14], che si concretizzano in benefici derivanti dalla posizione egemone assunta nel mercato ed utilizzata a discapito delle controparti contrattuali, principalmente clienti o fornitori. Nel secondo caso, si fa riferimento ai comportamenti di "esclusione" o "escludenti"[15], in

Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

[12] Così, R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 700.

[13] In questo senso, e per una analisi più approfondita, si veda L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Roma, vol. 2, 2020.

[14] Sul tema, si veda, tra gli altri, G. BRUZZONE, *L'abuso di posizione dominante*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit*. L'Autore spiega che per condotta "di sfruttamento" si intendono quei comportamenti con cui l'impresa sfrutta il proprio potere di mercato nei confronti delle controparti commerciali. Nello stesso passaggio, fa riferimento alla sentenza *Continental Can*, in cui la Corte di giustizia ha indicato che l'art. 102 «non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio modificando un regime di concorrenza effettiva». Tale ultima affermazione apre il discorso relativo alle pratiche "escludenti". Cfr. Corte. giust. 21 febbraio 1973, 6/72, *Continental Can*, punto 26.

[15] Sulle pratiche "escludenti" è intervenuta anche la Commissione europea che, con i propri "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti", pubblicati nel 2009, ha proposto una nozione di abuso "escludente" basata, da un lato, sulla

cui l'obiettivo è quello di raggiungere la dimensione di monopolio generando una chiusura del mercato e determinando la scomparsa di attuali o potenziali *competitors*.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha storicamente sposato il principio della "responsabilità particolare"[16], secondo cui gli operatori economici con una maggiore capacità di dominare e influenzare il mercato e le scelte dei *competitors* minori (oltre che dei consumatori), sono tenuti ad agire entro limiti più stringenti. Infatti, la legittimità della posizione dominante, spiega la Corte nel caso *Nederlandsche Banden*, discende dal fatto che l'impresa dominante non compromette col proprio comportamento la concorrenza effettiva[17]. In questi casi, la responsabilità si pone come "particolare" perché il solo fatto che nel mercato partecipi una società con maggiori possibilità di successo (impresa dominante) comporta di per sé una riduzione della concorrenza. Pertanto, tale società dovrà ben guardarsi dal realizzare comportamenti abusivi capaci di menomare oltremodo una concorrenza già influenzata.

È sembrato muoversi nella stessa direzione il *Digital Markets Act*, il quale impone limiti e obblighi che, *ex ante*, dovrebbero indirizzare le condotte delle grandi imprese tecnologiche fino a renderle "garanti" del mercato stesso in cui operano.

Queste particolari figure all'interno del DMA assumono una denominazione, vale a dire quella di "*gatekeepers*". Si tratta dei maggiori attori nel mercato interno, che in ambito IA vanno riconosciuti sicuramente nelle *Big Tech*. Infatti, i requisiti richiesti dal DMA [18] per l'individuazione dei

preclusione (la condotta ostacola o impedisce l'effettivo ingresso dei concorrenti, attuali o potenziali, alle forniture o ai mercati) e, dall'altro, sull'impatto anticoncorrenziale, attuale o probabile. Gli "Orientamenti", pur nella loro portata non vincolante, hanno posto le basi per la risoluzione di taluni casi. In particolare, si vedano Corte giust. 14 ottobre 2010, C-280/08, *Deutsche Telekom/Commissione*, punti 252-254 e 259; Corte giust. 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Finland*, C-192/08, punti 66-74.

[16] Il tema della "responsabilità particolare" in capo ad imprese in posizione dominante è stato affrontato dalla Corte di giustizia in più occasioni, la quale ha dato conferma di come le medesime condotte devono essere valutate in modo diverso in virtù dei diversi ruoli riconosciuti dal mercato.

[17] Cfr. Corte giust. 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche*, punto 91; cfr. anche Corte giust. 9 novembre 1983, 322/81, *Michelin/Commissione*; *Deutsche Telekom/Commissione*, sopra citata, punto 177; *TeliaSonera Finland*, sopra citata, punto 43.

[18] In particolare, i "gatekeepers" sono definiti dall'art. 2, n. 1 quali imprese che forniscono i servizi di piattaforma di base, designati a norma dell'articolo 3. Il successivo articolo 3 del DMA, infatti, individua parametri precisi ed oggettivi per identificare chi rientra nella

gatekeepers sono chiari e non ci sono dubbi che la *ratio* sottesa alla creazione di queste figure è quella di auto-responsabilizzarle per raggiungere il fine ultimo della più ampia contendibilità del mercato unico digitale. Infatti, per garantire il corretto funzionamento del mercato è importante che tutti gli operatori siano tutelati nella loro attività. La volontà è proprio quella di affidare la tutela degli operatori minori, di cui si dirà, agli stessi *gatekeepers*. Queste particolari figure "garanti", individuate dal DMA, rappresentano il cuore della presente ricerca e saranno analizzate in uno specifico paragrafo dedicato ad individuarne il ruolo e le criticità alla luce dell'avvento dell'IA.

Gli operatori definiti minori, ma di assoluta primaria rilevanza, sono le *start-up* e tutte le imprese di dimensioni ridotte pioniere del settore. Molto spesso il loro ruolo all'interno del mercato IA dipende dalle politiche aziendali delle *Big Tech*, ben capaci di consentirne l'accesso, o piuttosto di limitarlo o addirittura precluderlo. Le modalità sono le più disparate, dalle variazioni anomale di prezzi fino alle acquisizioni strategiche. Le situazioni che si verificano nella gran parte dei casi sono legate a casi di collaborazione: infatti, le *start-up* spesso sviluppano tecnologie innovative molto velocemente, ma non dispongono di infrastrutture e visibilità[19]. Le *big tech* intervengono e mettono a disposizione le proprie risorse come cloud computing, API, accesso a dataset, strumenti di sviluppo (es. Google Cloud AI, Microsoft Azure AI, Amazon SageMaker). Tuttavia, molto spesso vengono a crearsi rapporti non collaborativi, ma di vero e proprio inglobamento da parte delle *Big Tech*. Esse, infatti, acquisiscono *start-up* promettenti per integrare nuove tecnologie (es. Google con DeepMind, o Apple con Xnor.ai). Questo, da un lato, consente di scalare più in fretta l'innovazione sul mercato, ma dall'altro lato, può limitare la concorrenza e non è detto che tali dinamiche possano sempre rientrare all'interno di ciò che è consentito dal citato art. 102 TFUE. Di qui l'esigenza di affrontare la domanda di ricerca di cui all'introduzione.

definizione di "gatekeeper", ossia l'impresa che: «a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro».

Sul tema, si vedano V. S. GUIDI, *Before the Gatekeeper Sits the Law. The Digital Markets Act's Regulation of Information Control*, in *EP*, n. 8, 2023, p. 405; G. CONTALDI, *La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"*, in *Papers di diritto europeo*, n. 1, 2021, p. 73.

[19] In tal senso, C. CUNNINGHAM, F. EDERER, "*Killer Acquisitions*", in *Journal of Political Economy*, vol. 129, n. 3, March 2021.

Criticità possono essere rilevate dall'esame del regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio[20] ("AI Act"). Quest'ultimo, infatti, si concentra su una regolamentazione legale orientata più al carattere etico dell'uso dell'IA, ma non fornisce delle disposizioni in grado di affrontare in modo diretto il rischio che le posizioni dominanti di alcune piattaforme possano influenzare la concorrenza nel mercato IA. L'AI Act si preoccupa principalmente di rischi e di sicurezza, non delle dinamiche di mercato e della concorrenza che potrebbero essere influenzate dai *gatekeepers*.

Proprio per questo i due regolamenti necessitano di una lettura congiunta che ne evidenzia il carattere di complementarietà reciproca. Come si diceva, L'AI Act ha come obiettivo principale quello di regolamentare l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale all'interno dell'Unione Europea basandosi su un approccio "*risk-based*", che classifica i sistemi di IA in base al potenziale impatto sui diritti fondamentali e sulla sicurezza delle persone. Il rapporto tra AI Act e DMA emerge chiaramente nel momento in cui le grandi piattaforme digitali utilizzano sistemi di intelligenza artificiale per fornire i propri servizi. In questi casi, le imprese coinvolte saranno tenute a rispettare entrambi i regolamenti: in maniera esplicativa, da un lato dovranno conformarsi agli obblighi previsti dal DMA per garantire una concorrenza leale; dall'altro, dovranno assicurarsi che i loro sistemi di IA rispettino le disposizioni dell'AI Act, segnatamente in materia di trasparenza, sicurezza e non discriminazione.

Un discorso simile può farsi rispetto agli operatori "di dimensioni molto grandi", come individuati dall'art. 33 del *Digital Service Act*[21] ("DSA").

[20] Per una analisi più approfondita, si vedano M. CARTA, *Il Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale: alcune questioni aperte*, in *EJ*, n. 3, 2024; M. INGLESE, *Il Regolamento sull'intelligenza artificiale come atto per il completamento e il buon funzionamento del mercato interno?*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024; C. GRIECO, I*ntelligenza artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Macerata, 2023; F. M. MANCIOPPI, *La regolamentazione dell'intelligenza artificiale come opzione per la salvaguardia dei valori fondamentali dell'UE*, in *federalismi.it*, 2024, p. 112 ss.

[21] 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). Per una prima introduzione v. L. D'AGOSTINO, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 2, 2023, p. 16; G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione*, in *Papers di diritto europeo*, n. 1, 2021, p. 45.

Anche in questo caso, il DSA impone degli obblighi specifici per le piattaforme online e i motori di ricerca designati dall'articolo ora richiamato, tuttavia si tratta di disposizioni per lo più incentrate sulla tutela dei diritti fondamentali connessi ai dati[22].

Prendendo spunto da quest'ultima osservazione, prima di procedere nella tracciata direzione, è necessario richiamare, seppur brevemente, un ulteriore testo normativo – di enorme rilevanza nella ricerca effettuata – poiché volto a regolare la protezione dei dati personali: la principale fonte di "alimentazione" dell'IA.

3. *Nutrire l'IA: GDPR e "sana alimentazione"*

Proprio come un organismo ha bisogno di cibo per crescere, apprendere e svilupparsi, un'intelligenza artificiale ha bisogno di dati per imparare, migliorare e svolgere i propri compiti.

Necessita, allora, un particolare approfondimento anche il regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (brevemente, regolamento generale sulla protezione dei dati o "GDPR").

Il GDPR si inserisce nella riforma della protezione dei dati dell'Unione europea e, insieme alla direttiva (UE) 2016/680[23] e al regolamento (UE) 2018/1725[24], mira a protegge le persone quando i loro dati sono trattati dal settore privato e dalla maggior parte del settore pubblico.

In particolare, il sopra menzionato AI Act si inserisce in questo contesto regolamentare volto alla tutela dei dati ormai consolidato e con il quale deve necessariamente coordinarsi. Infatti, come si diceva in apertura, il corretto funzionamento dell'intelligenza artificiale è strettamente legato alla raccolta dei dati. Uscendo da qualsiasi pretesa retorica e di forma, la raccolta dei dati rappresenta realmente il principale mezzo di funzionamento dell'IA[25], e

[22] In questo senso, e per un'analisi più approfondita, si veda M. GUIDI, *Intelligenza artificiale tra intese e collusioni algoritmiche nel diritto dell'Unione europea: questioni interpretative alla luce del DMA, DSA e AI ACT*, in *EJ*, n. 2, 2025.

[23] Il regolamento ha ad oggetto la protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie (LED).

[24] Il regolamento ha ad oggetto la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione.

[25] Così, C. GRIECO, *Intelligenza Artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023.

quanto più sarà possibile immagazzinare *big data*, tanto più la stessa intelligenza artificiale potrà raggiungere elevati livelli di accuratezza, attendibilità e affidabilità.

Non a caso, i punti di contatto, come anche le similitudini, tra i due corpi normativi qui in esame sono molteplici. Parimenti, è innegabile che vi siano delle incongruità[26], che sollevano chiari profili di criticità.

Questa analisi circa il ruolo del GDPR rispetto all'evoluzione IA sarà incentrata sulla valutazione dei casi in cui le lesioni della disciplina in materia di protezione dei dati possono comportare anche effetti distorsivi del mercato. Infatti, è ormai pacifico considerare i dati come connotati da un implicito valore economico, non sempre immediatamente quantificato, ma sicuramente quantificabile[27]. Della stessa linea di pensiero appare l'orientamento della Corte di giustizia che, nell'ambito del caso *Meta Platforms*[28], ha evidenziato che l'eventuale violazione del GDPR, può dar luogo ad una violazione della disciplina antitrust[29].

Sulla base di questo pacifico riconoscimento, e basando la ricerca anche su un caso di *data protection* che ha coinvolto l'*Authority antitrust* italiana

[26] Sulle incongruenze legate al coordinamento tra AI Act e GDPR, si veda P. FALLETTA, A. MARSANO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali: il rapporto tra Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e GDPR*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1, 2024. Gli autori si soffermano sull'art. 22 del GDPR, individuato come punto maggiore di contatto tra i due corpi normativi.

[27] In questo senso, e per più ampie riflessioni sul tema degli scambi contrattuali coinvolgenti i dati, v. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws – Rivista di Diritto dei Media*, n. 3, 2019, pp. 131-147.

[28] Corte giust. 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms e a.* Sulla sentenza, si vedano anche P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in questa *Rivista*, 15 settembre 2023, pp. 196-220; I. GRAEF, *Meta platforms: How the CJEU leaves competition and data protection authorities with an assignment*, in *MJECL*, n. 30, 2023, pp. 325-334; P. G. PICHT, *CJEU on Facebook: GDPR Processing Justifications and Application Competence*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, n. 16, 2023, p. 1169 ss.; M. PREVIATELLO, *L'obbligo di leale cooperazione tra autorità nazionali garanti della concorrenza e autorità di controllo istituite dal RGPD nella sentenza Meta Platforms e a.*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024, p. 1 ss.

[29] *Meta Platforms e a.*, sopra citata, punti 47-49 e 155. Sul tema, si veda C. PERARO, *Quando la violazione della privacy costituisce un illecito antitrust: quali rimedi nell'ordinamento UE?*, in *EJ*, n. 3, 2023. Anche la giurisprudenza si è pronunciata in merito, stabilendo, con il caso *Meta* (C-252/21), che nella verifica dei casi di abuso di posizione dominante, le autorità nazionali garanti della concorrenza possono esaminare, anche invadendo le competenze dei garanti privacy, la conformità del comportamento delle imprese a norme diverse da quelle propriamente legate al diritto della concorrenza come, appunto, le norme stabilite dal GDPR.

(Autorità garante della concorrenza e del mercato, o "AGCM"), si cercherà di comprendere se i maggiori operatori economici operanti nei mercati IA, al quale interno assumono il ruolo di *gatekeepers*, possono comportarsi analogamente ed in quali casi infrangerebbero il dettato di cui all'art. 102 TFUE.

4. *Il paradosso di una posizione dominante "legittima", ma potenzialmente abusiva: il ruolo dei* gatekeepers

Come anticipato, i *gatekeepers*[30] sono individuati dal DMA dall'art. 2, il quale li definisce quali operatori economici di fornitura di servizi di piattaforma di base. Essi, dunque, sono da individuare nelle imprese che, in virtù dei criteri identificativi forniti dal successivo art. 3 DMA, hanno un impatto significativo sul mercato interno, forniscono un servizio di piattaforma di base capace di facilitare gli altri operatori economici, da un lato, e gli utenti finali, dall'altro, e che detengono, o è prevedibile che raggiungano nel prossimo futuro, una posizione consolidata e duratura nel mercato di riferimento.

L'operatore, ai sensi, del par. 3 dello stesso art. 3 DMA, qualora raggiunga le dimensioni ivi dettagliatamente esplicitate, è tenuto a darne comunicazione alla Commissione europea. Infatti, è quest'ultima a designare ufficialmente i *gatekeepers*, nel rispetto dei termini e delle modalità previste dal successivo par. 4. Rimane, in capo alla stessa Commissione la facoltà di addivenire alla designazione anche di ulteriori operatori che non posseggano i requisiti previsti dall'articolo citato, ma che in base ai prevedibili sviluppi degli elementi previsti dal par. 6, possano far sorgere la necessità della loro designazione quali *gatekeepers*.

L'importanza di tali designazioni è dovuta, e in un certo senso confermata, dal complesso di obblighi e compiti che gravano su queste imprese "garanti", nonché dal sistema di responsabilità e sanzioni previste in caso di inadempimento di questi soggetti.

Ne discende, così, una interessante dialettica che lega le disposizioni del

[30] Più in generale, sul ruolo dei *gatekeepers* all'interno del DMA, si vedano P. HACKER, J. CORDES, J. ROCHON, *Regulating Gatekeeper Artificial Intelligence and Data: Transparency, Access and Fairness under the Digital Markets Act, the General Data Protection Regulation and Beyond*, in *EJRR*, 2023, p. 49 ss.; P. HACKER, *Sustainable AI Regulation*, in *CMLR*, 2024, p. 345 ss.

DMA al già analizzato art. 102 TFUE. Come si avrà modo di dimostrare nel proseguo, essi hanno notevoli punti di contatto per quanto riguarda la tutela dei mercati digitali. In questa sede, non volendo anticipare le riflessioni che seguono, è opportuno notare come le due disposizioni siano connesse in una tutela "incrociata", data dalla logica regolatoria preventiva del regolamento e da quella sanzionatoria a posteriori del diritto antitrust. Quest'ultimo, infatti, si fonda su una regolamentazione basata su risposte sanzionatorie rispetto a violazioni già avvenute, garantendo una tutela "*ex post*", mentre il DMA mira a raggiungere il medesimo obiettivo attraverso la predisposizione di obblighi che agiscano "*ex ante*" rispetto alle possibili condotte lesive degli operatori economici.

A questo punto, è possibile soffermarsi sulla disciplina dettata dal regolamento e, in particolare, sugli obblighi[31] predisposti dal DMA, i quali, sebbene non espressamente, sembrano volti ad evitare proprio che si verifichino i comportamenti sanzionati dal diritto antitrust.

Devono individuarsi, da un lato, gli obblighi generali dei *gatekeepers* (art. 5), da un altro lato, gli obblighi più specifici o «che potranno essere oggetto di ulteriori specifiche» (art. 6) e, infine, le regole relative alla sorveglianza "preventiva" svolta dalla Commissione (art. 7). Al contrario, i rimedi *ex post* e le sanzioni (denominate "*ammende*" nella versione italiana del regolamento) sono regolati dagli articoli 26 e successivi del DMA.

Gli obblighi generali [32] riguardano: il divieto di combinare dati

[31] Sulla tematica degli obblighi imposti sui gatekeepers dal DMA, si vedano J. HOFFMANN, L. HERRMANN, L. KESTLER, *Gatekeeper's potential privilege-the need to limit DMA centralization*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, n. 12, 2024, pp. 126-147. Il contributo si concentra sulla ratio individuabile alla base del DMA, che lo lega al concetto di correttezza nell'ambito del diritto antitrust. Richiamando la precedente dottrina, gli autori evidenziano come la struttura degli obblighi sanciti dagli articoli 5-7 «strongly resembles unfair competition law». In altri termini, gli autori rimarcano come l'impianto regolatorio preventivo del DMA sia ispirato alla medesima *voluntas* sottesa al diritto antitrust.

Ancora, si vedano O. ANDRIYCHUK, *Do DMA obligations for gatekeepers create entitlements for business users?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, n. 11, 2023, pp. 123-132; D. ZIMMER, N. NITTENWILM, *For Whose Sake, and by Which Means? Fairness Concepts*, in *European Law. A Reflection on the Occasion of Recent European Legislation, Especially the Passage of the Digital Markets Act*, n. 4, 2022.

[32] Per completezza, si riporta il dato testuale di cui all'art. 5: «(Obblighi dei gatekeeper) - In relazione a ciascuno dei propri servizi di piattaforma di base identificati norma dell'articolo 3, paragrafo 7, un gatekeeper: a) si astiene dal combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di basecon dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal gatekeeper o con dati personali provenienti da terzi e dall'accesso con registrazione degli

personali; la possibilità di fungere da intermediari in favore di altri operatori; la possibilità per altri utenti commerciali di promuovere proprie offerte mediante la piattaforma di base; la possibilità di consentire agli operatori minori di adire le Autorità competenti e, ancora, il divieto di formulare ogni tipologia di imposizione che determini un generale svantaggio limitativo delle libertà degli utenti commerciali.

Gli obblighi "specifici"[33] investono, invece tematiche legate a: dati non

utenti finali ad altri servizi del gatekeeper al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679; b) consente agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione online del gatekeeper; c) consente agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti attraverso il servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che a tale fine essi si avvalgano o no dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper, e consente agli utenti finali di accedere a contenuti, abbonamenti, componenti o altri elementi e di utilizzarli attraverso i servizi di piattaforma di base del gatekeeper avvalendosi dell'applicazione software di un utente commerciale, se gli utenti finali hanno acquistato tali elementi dall'utente commerciale in questione senza utilizzare i servizi di piattaforma di base del gatekeeper; d) si astiene dall'impedire agli utenti commerciali di sollevare presso qualsiasi autorità pubblica competente questioni relative alle pratiche dei gatekeeper o dal limitare tale possibilità; e) si astiene dall'imporre agli utenti commerciali l'utilizzo o l'offerta di un servizio di identificazione del gatekeeper, o l'interoperabilità con lo stesso, nel contesto dei servizi offerti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper; f) si astiene dall'imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi altro servizio di piattaforma di base identificato a norma dell'articolo 3 o che raggiunge le soglie di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper identificato a norma del medesimo articolo; g) fornisce a inserzionisti ed editori cui eroga servizi pubblicitari, su loro richiesta, informazioni relative al prezzo pagato dall'inserzionista o dall'editore, nonché all'importo o alla remunerazione versati all'editore, per la pubblicazione di una determinata inserzione e per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari forniti dal gatekeeper».

[33] Per completezza, si riporta il dato testuale di cui all'art. 6: «(Obblighi dei gatekeeper che potranno essere oggetto di ulteriori specifiche) - In relazione a ciascuno dei propri servizi di piattaforma di base identificati norma dell'articolo 3, paragrafo 7, un gatekeeper: a) si astiene dall'utilizzare, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività di tali utenti commerciali, compresi gli utenti finali di tali utenti commerciali, dei propri servizi di piattaforma di base o forniti da tali utenti commerciali dei suoi servizi di piattaforma di base o dagli utenti finali di tali utenti commerciali; b) consente agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione software preinstallata sul proprio servizio di piattaforma di base, fatta salva la possibilità per il gatekeeper di limitare tale

disponibili; installazione e disinstallazione di applicazioni progettate dagli

disinstallazione in relazione alle applicazioni software essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo e la cui fornitura come applicazioni software autonome (standalone) di terzi è impossibile a livello tecnico; c) consente l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni software o di negozi di applicazioni software di terzi che utilizzano sistemi operativi di tale gatekeeper o che sono interoperabili con essi e consente l'accesso a tali applicazioni software o negozi di applicazioni software con mezzi diversi dai servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper. Il gatekeeper ha facoltà di adottare misure proporzionate per garantire che le applicazioni software o i negozi di applicazioni software di terzi non presentino rischi ai fini dell'integrità dell'hardware o del sistema operativo fornito dal gatekeeper; d) si astiene dal garantire un trattamento più favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti offerti dal gatekeeper stesso o da terzi che appartengono alla stessa impresa rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi e applica condizioni eque e non discriminatorie a tale posizionamento; e) si astiene dal limitare a livello tecnico la possibilità per gli utenti finali di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni software diversi, cui hanno accesso avvalendosi del sistema operativo del gatekeeper; ciò vale anche per la scelta del fornitore di accesso a Internet da parte degli utenti finali; f) consente agli utenti commerciali e ai fornitori di servizi ausiliari l'accesso allo stesso sistema operativo e alle stesse componenti hardware o software disponibili o utilizzati nella fornitura di servizi ausiliari da parte del gatekeeper e l'interoperabilità con gli stessi; g) fornisce a inserzionisti ed editori, su loro richiesta e a titolo gratuito, l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e le informazioni necessarie agli inserzionisti e agli editori affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario; h) garantisce l'effettiva portabilità dei dati generati mediante l'attività di un utente commerciale o utente finale e fornisce in particolare strumenti agli utenti finali per agevolare l'esercizio della portabilità dei dati, in linea con il regolamento (UE) 2016/679, anche per mezzo della fornitura di un accesso continuo e in tempo reale; i) fornisce a titolo gratuito agli utenti commerciali, o a terzi autorizzati da un utente commerciale, un accesso efficace, di elevata qualità, continuo e in tempo reale a dati aggregati e non aggregati, e garantisce alle stesse condizioni l'uso di tali dati aggregati e non aggregati che sono forniti o generati nel contesto dell'uso dei pertinenti servizi di piattaforma di base da parte di tali utenti commerciali e degli utenti finali che si avvalgono di prodotti o servizi forniti da tali utenti commerciali; quanto ai dati personali, vi fornisce accesso e ne garantisce l'uso solo se direttamente connessi con l'uso effettuato dall'utente finale in relazione ai prodotti o servizi offerti dal pertinente utente commerciale mediante il pertinente servizio di piattaforma di base e nel caso in cui l'utente finale accetta tale condivisione esprimendo un consenso ai sensi del regolamento (UE) n. 2016/679; j) garantisce ai fornitori terzi di motori di ricerca online, su loro richiesta, l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie a dati relativi a posizionamento, ricerca, click e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali sui motori di ricerca online del gatekeeper, fatta salva l'anonimizzazione dei dati relativi a ricerca, click e visualizzazione che costituiscono dati personali; k) applica condizioni generali eque e non discriminatorie per l'accesso degli utenti commerciali ai propri negozi di applicazioni software, designati a norma dell'articolo 3 del presente regolamento. 2.[…]».

stessi *gatekeepers* o da differenti utenti commerciali; portabilità effettiva dei dati generati dagli utenti commerciali; accesso ai propri strumenti di misurazione della performance.

Quanto alla sorveglianza, definita "preventiva" in questa sede, di cui all'art. 7 DMA, essa si sostanzia nel particolare potere riconosciuto alla Commissione di intervenire sulle operazioni attuate, o che il *gatekeeper* intende attuare, qualora ritenga che le stesse si pongano in contrato con gli obblighi sopra descritti. Questo potere di intervento si esplica attraverso la possibilità della Commissione di indicare con decisione le misure che il *gatekeeper* deve attuare. Il medesimo articolo, nel dettare specifiche disposizioni procedurali, poi, fa salva l'eventuale applicazione della disciplina delle sanzioni quando necessaria.

Quest'ultima, come anticipato, si evince dal sistema sanzionatorio previsto dagli articoli 26 e 27 DMA, i quali, rispettivamente dispongono relativamente alle "ammende" ed alla "penalità di mora" in cui possono incorrere i *gatekeepers*. In particolare, ai sensi dell'art. 26 DMA, alla mancata osservanza degli obblighi sopra descritti consegue l'irrogazione di un'ammenda che può raggiungere in via principale il 10% del fatturato totale dell'impresa (par. 1). A cui si aggiunge, al par. 2, la previsione di una ulteriore ammenda per inosservanze "minori". L'art. 27 DMA, differentemente, sancisce un sistema sanzionatorio volto a colpire i ritardi delle imprese, e non solo dei *gatekeepers* («La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese, compresi ove applicabile i gatekeeper, penalità di mora»), nell'adempimento di oneri derivanti da decisioni già adottate dalla Commissione. In questo caso, la "penalità" può raggiungere «il 5 % del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio finanziario precedente per ogni giorno di ritardo».

In questa sede, ai fini della ricerca oggetto del presente contributo, assume rilevanza un particolare obbligo tra quelli di cui all'art. 6 DMA. Il riferimento è all'obbligo previsto dalla disposizione citata alla lett. d) del par. 1, da cui si evince: «In relazione a ciascuno dei propri servizi di piattaforma di base identificati a norma dell'articolo 3, paragrafo 7, un gatekeeper: […] d) si astiene dal garantire un trattamento più favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti offerti dal gatekeeper stesso o da terzi che appartengono alla stessa impresa rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi e applica condizioni eque e non discriminatorie a tale posizionamento».

Questo obbligo presenta forti analogie con il dettato previsto dall'art. 102 TFUE. Garantire, all'interno della piattaforma di base, un trattamento più favorevole ad un prodotto o servizio sviluppato dallo stesso *gatekeeper*,

comporta una chiara condotta escludente[34] che, in quanto tale e poiché posta in essere da un operatore economico in posizione dominante, è punita dall'art. 102 TFUE.

Allo stesso modo, la conclusione del recente caso *Alphabet*[35] insegna che il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di garantire l'interoperabilità della sua piattaforma (obbligo anch'esso previsto dal DMA in capo ai *gatekeepers*) con un'applicazione di un'altra impresa può essere abusivo.

Quanto visto nel caso ora richiamato, unito al caso *Servizio Elettrico Nazionale*[36], di cui si dirà, ha offerto una visione completa delle conseguenze che derivano da un determinato comportamento che abbia ad oggetto pratiche escludenti realizzate da un'impresa in posizione di dominio.

La decisone cui si fa riferimento è nota come caso "*SEN*". Con questa sentenza, la Corte individua le condizioni al ricorrere delle quali il comportamento di un'impresa può essere considerato costitutivo di un abuso di posizione dominante. Tale giudizio si basa sugli effetti anticoncorrenziali che si generano quando un determinato comportamento ha ad oggetto lo sfruttamento di risorse o di mezzi propri di una posizione di dominio, come già detto, di per sé tollerata dal diritto della concorrenza UE, nel contesto della liberalizzazione di un mercato[37].

Rispetto a tale caso, la Corte di Lussemburgo, con sentenza del 12 maggio 2022, ha stabilito che «è sufficiente che la pratica sia idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a meno che l'impresa dominante non dimostri gli effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione»[38].

[34] In questo senso, un primo recente caso relativo ai mercati digitali si rinviene in Tribunale 10 novembre 2021, T-612/17, *Google/Commissione*.

[35] Corte giust. 25 febbraio 2025, C-233/23, *Alphabet e a*.

[36] Corte giust. 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a*. Sul caso, si vedano B. MINUCCI, *Enel: la Corte di giustizia conferma l'abuso di posizione dominante*, in *BlogDUE*, 2022; J. LINDEBOOM, *Towards a Unified Judicial Philosophy of Article 102 TFEU? Servizio Elettrico Nazionale SpA*, in *ELL*, 6 June 2022.

[37] In tale ambito, il Servizio Elettrico Nazionale e la Enel Energia, con il coordinamento della loro società madre ENEL, avevano posto in essere, per un periodo di circa 5 anni, un abuso di posizione dominante, in violazione dell'articolo 102 TFUE. In particolare, la condotta contestata è consistita nell'attuazione di una strategia escludente volta a trasferire la clientela del SEN, gestore storico del mercato tutelato, alla Enel Energia, come anticipato, riconducibile allo stesso gruppo di imprese, al fine di scongiurare il rischio di un passaggio in massa dei clienti verso nuovi fornitori. Nel caso di specie, il SEN avrebbe limitato il numero di consensi da parte dei clienti del mercato tutelato alla ricezione di offerte commerciali provenienti dagli operatori concorrenti.

[38] *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, sopra citata, punto 124.

Nel caso ora analizzato, la condotta mirava ad indirizzare la clientela verso una società consorella. Nel caso *Alphabet*, la condotta era volta a negare l'accesso ai clienti di Google ad una applicazione sviluppata da Enel, che aveva richiesto la possibilità di promuovere e far utilizzare (interoperabilità) la propria app sulla piattaforma dell'impresa statunitense.

5. *Il caso* Whatsapp*: interoperabilità e non solo*

Si fa riferimento ai due casi per riflettere su un recente ampliamento delle potenzialità dell'applicazione Whatsapp, appartenente al gruppo Meta. L'impresa, in particolare, è stata designata come *gatekeeper* dal settembre 2023 e, nella medesima designazione da parte della Commissione europea, l'applicazione di messaggistica prima citata è stata individuata come piattaforma di base[39]. Recentemente, alla fine di marzo 2025, le funzionalità dell'applicazione sono state implementate attraverso l'introduzione di un apposito "pulsante" che, posto in posizione preferenziale (in basso a destra dello schermo), consente di avviare una chat con il sistema di intelligenza artificiale sviluppato dall'impresa statunitense attraverso l'utilizzo del proprio sistema di intelligenza artificiale denominato "Llama 3.2", la nuova generazione del Large Language Model (LLM) open source di Meta.

Questa introduzione, da un lato, garantisce il rispetto degli obblighi derivanti dal GDPR attraverso un messaggio iniziale in cui fa rifermento al rispetto della normativa sulla privacy, dall'altro lato, però, solleva dubbi sul rispetto del DMA e dell'art. 102 TFUE[40].

L'interrogativo circa la compatibilità con le richiamate fonti normative discende da alcune considerazioni: a) la predisposizione di un bottone "sopraelevato" e in evidenza rispetto alle altre chat, che consente un accesso rapido alla chat IA; b) la scelta automatica di collegare il servizio di chat IA ad un sistema sviluppato internamente dallo stesso *gatekeeper*; c) l'impossibilità per l'utente di eliminare quel bottone di accesso rapido; d) la possibilità di ricorrere a diversi sistemi di chat IA all'interno della piattaforma solamente attraverso "espedienti", come salvare il numero e avviare una conversazione.

[39] La designazione di Meta quale *gatekeeper*, in particolare, è avvenuta con decisione C (2023) 6105final, adottata dalla Commissione, il 5 settembre 2023. All'interno dello stesso atto, al punto 134, la Commissione ha individuato Whatsapp come piattaforma di base.

[40] Per un approfondimento, si veda P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, cit., p. 182 ss.

Questa situazione appare, invero, molto similare al caso *Google/Commissione* (causa T-612/17)[41], che portò il Tribunale della CGUE a confermare la sanzione addebitata all'impresa per aver favorito sulle proprie piattaforme l'utilizzo del proprio servizio di shopping comparativo, ponendolo sempre tra i primi risultati delle ricerche effettuate sul proprio browser.

Nel caso ora citato, la Commissione aveva accertato che Google privilegiava, sulla sua pagina di risultati di ricerca, i risultati del proprio

comparatore di prodotti rispetto a quelli sviluppati dai concorrenti. Infatti, favoriva il suo comparatore di prodotti evidenziandolo e ponendolo in prima posizione, anche attraverso la predisposizione grafica di appositi "*boxes*" contenenti anche immagini e quindi capaci di attrarre maggiormente l'attenzione. Per contro, i siti dei comparatori di prodotti concorrenti apparivano soltanto nella forma dei risultati di ricerca elencati in via meramente testuale attraverso i classici link blu.

In maniera molto simile, Meta favorisce sulla propria piattaforma Whatsapp l'utilizzo delle chat IA attraverso "Llama 3.2". Con ciò tende a sfavorire l'utilizzo di altri sistemi, come ad esempio OpenAI (GPT), rischiando di minare anche l'obbligo di interoperabilità stabilito dal DMA. Su questo ultimo punto, tuttavia, la soluzione è quella di salvare il numero telefonico di GPT, così da avviare una nuova chat come se fosse un utente finale qualsiasi, e non come un utente commerciale in concorrenza con il fornitore della piattaforma.

Dunque, se in qualche modo, i dubbi interpretativi relativi all'eventuale lesione del DMA possono essere risolti in favore di Meta, queste problematiche portano ad una soluzione negativa rispetto alla compatibilità con l'art. 102 TFUE, potendosi profilare in questo caso un abuso di posizione dominante, anche in virtù dei casi di giurisprudenza richiamati. Infatti, tornando ai criteri stabiliti dalla disposizione da ultimo richiamata: a) la posizione dominante all'interno del mercato rilevante è certa, vista l'abbondante giurisprudenza della Corte di giustizia che lo attesta e in virtù anche della designazione quale *gatekeeper*; b) l'abusività discende, in questo caso,

[41] Sul tema, anche in un'analisi comparata con il caso Alphabet, v. J. LINDEBOOM, *Rules, discretion, and reasoning according to law: a dynamic-positivist perspective on Google Shopping: case T-612/17, Google LLC, Formerly Google Inc. and Alphabet*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 13, 2022, pp. 63-74. In un'ottica generale, sulla sentenza, si vedano M. TAGLIAVINI, *Self-preferencing and the concept of abuse of dominance: much about nothing ?: Google LLC (formerly Google Inc) v European Commission (T-612/17 R)*, in *European Competition Law Review*, n. 5, 2023, pp. 201-211; P. MANZINI, *Prime riflessioni sulla decisione'Google android*, in *EJ*, n. 5, 2018, pp. 1-10.

dall'attuazione di una condotta "escludente", la quale mira a raggiungere una chiusura del mercato, attraverso lo scoraggiamento del ricorso ai servizi di attuali o potenziali *competitors*.

A questo punto, necessariamente, il ragionamento deve svilupparsi seguendo le linee tracciate dalla CGUE[42], la quale ha ammesso che di fronte a condotte abusive, possono trovarsi cause giustificative legate allo stato di necessità (per ragioni tecniche o commerciali) oppure al fatto che tali pratiche hanno prodotto benefici per i consumatori ultimi.

La valutazione della sussistenza di tali cause di giustificazione è incentrata su un bilanciamento in termini di proporzionalità[43] delle condotte poste in essere da Meta. In particolare, ci si dovrà chiedere se quel bottone è stato inserito "in evidenza" per necessità tecniche o commerciali. Qualora ci si orienti sulla seconda opzione, il quesito dovrà mirare a comprendere se questa finalità commerciale di auto-promozione, rientra nella *ratio* giustificativa dell'art. 102 TFUE, legata alla produzione di benefici per i consumatori finali, o si trasforma in una esclusione abusiva, nella forma del c.d. "*dark pattern*"[44].

[42] Tra i casi più recenti, si veda il caso *Post Danmark* (C-209/10), che ai punti 40 e 41 spiega che: «40. Nel caso in cui il giudice del rinvio debba tuttavia constatare, in seguito a tale valutazione, l'esistenza di effetti anticoncorrenziali dovuti al comportamento della Post Danmark, va ricordato che è possibile per un'impresa che detiene una posizione dominante giustificare attività che possono incorrere nel divieto di cui all'articolo 82 CE […]. 41. In particolare, una siffatta impresa può, a tal fine, dimostrare o che il proprio comportamento è obiettivamente necessario […], o che l'effetto preclusivo che ne deriva può essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno anche a beneficio del consumatore […]».

[43] Sulla portata generale del principio di proporzionalità, si vedano anche N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, 1996, p. 115; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 7; T. I. HARBO, *The function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *ELJ*, 2010, p. 159 ss.; P. DE PASQUALE, Art. 5 TUE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, vol. II, Milano, 2014, p. 50 ss.; T. TRIDIMAS, *The Principle of Proportionality*, in R. SCHUTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principle of European Union Law*, vol. I, Oxford, 2018, p. 243 ss.

[44] Sul tema, R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *Protezione dei dati personali, tutela della concorrenza e del consumatore (alle prese con i 'dark pattern'): parallele convergenti?*, in *FI*, n. 6, 2021, pp. 338-345; G. GUERRA, *L'impatto dei dark patterns sul consenso dell'utente: la via europea per affrontare le nuove vulnerabilità*, in *GC*, n. 8, 2022. Nel secondo contributo citato, l'autrice mette in evidenza il divario emergente tra tutela formale, che si realizza con la *compliance* normativa delle interfacce digitali, e la tutela effettiva dell'autonomia dell'utente nei contesti digitali.

È evidente anche agli occhi di chi non abbia nozioni tecnico-digitali avanzate, che l'utilizzo di un bottone "in evidenza" non può risultare da necessità tecniche, anche viste le molte altre funzionalità della piattaforma di base (Whatsapp) di Meta. L'auto-promozione si pone in termini certamente non proporzionali rispetto all'esigenza di garantire benefici per gli utenti finali. Se, da un lato, si assicura un rapido accesso ad una funzionalità utile sviluppata dallo stesso *gatekeeper*, dall'altro lato, si sfavorisce l'utilizzo delle medesime funzionalità di IA sviluppate da diversi utenti commerciali. Questi ultimi, infatti, per rendere utilizzabili le proprie tecnologie IA sulla piattaforma di base in esame dovranno fornire un numero telefonico all'utente finale, il quale dovrà salvarlo e registrarlo, per poter avviare la chat sulla piattaforma di base di Meta. Appare evidente la preferenza data dal *gatekeeper* al proprio servizio, a discapito degli altri, ed in danno (potenziale) persino dell'interoperabilità[45] che dovrebbe essere garantita ai sensi degli obblighi derivanti dal DMA prima richiamati.

Una precisazione a questo punto si rende opportuna. Dal combinato disposto derivante dagli articoli 102 TFUE e 2 e 3 DMA, si ottiene una nozione di *gatekeeper* che nella maggior parte dei casi coincide con gli operatori antitrust come individuati dal diritto antitrust. Tuttavia, vi sono casi in cui il *gatekeeper* è designato tale in potenza di una sua futura rilevanza nel mercato rilevante. L'art. 3 DMA, infatti, elenca tra i requisiti di cui al par. 1, la lett. c) riferita anche a coloro che «è prevedibile che acquisisca(no) siffatta posizione nel prossimo futuro». Dunque, in ogni caso, a soggetti commerciali che sebbene non siano attuali dominatori, lo sono considerati in prospettiva futura. Questo spiega, in chiave sostanziale, la rilevanza anche di questi soggetti nell'ambito del mercato antitrust.

Si può arrivare, in chiave conclusiva, a sostenere ed affermare quanto dichiarato già nel titolo del presente paragrafo: esiste un paradosso legato

Nel caso studio considerato, la carenza di tutela effettiva evidenziata dall'autrice, ledendo l'autonomia dell'utente, finisce per influenzare il mercato. Infatti, attraverso il "*dark pattern*" l'utente è indotto a preferire il servizio IA di Meta, che attraverso il posizionamento in evidenza nella piattaforma di base Whatsapp è destinatario di un trattamento più favorevole, in quanto tale escludente e rilevante ai sensi dell'art. 102 TFUE.

[45] L'interoperabilità è importante nella *digital era* poiché consente e ottimizza la condivisione dei dati tra sistemi informativi separati, contribuendo a prevenire i silos di dati. Questi ultimi, si sostanziano sistemi di *storage* e di gestione dei dati separati tra loro. È evidente, dunque, come in assenza dello strumento dell'interoperabilità il solo consenso all'utilizzo di piattaforme di base da parte dei *gatekeepers* non risulta sufficiente per la piena operabilità delle stesse.

agli ampi poteri che *de facto* i *gatekeepers* possono esercitare e tali poteri sono "rafforzati" dagli obblighi stabiliti dal DMA. Questi ultimi mirano, certamente, a salvaguardare il mercato attraverso un'azione *ex ante* che indirizzi le operazioni dei *gatekeepers*, ma questi obblighi non fanno altro che irrobustire (almeno potenzialmente) le capacità commerciali già ampie degli stessi. In questo modo si finisce per legittimare operazioni che altro non fanno che evidenziare ancor di più le posizioni dominanti (o potenzialmente tali) dei *gatekeepers*, i quali sono sempre più in grado di influenzare eccessivamente i mercati di cui si fanno garanti mediante operazioni, lo si ripete, potenzialmente abusive.

6. *Conclusioni*

Con riferimento alla casistica riportata, è chiaro che da un punto di vista commerciale Meta voglia e, correttamente, debba valorizzare i propri prodotti. Tuttavia, il suo dominio nel mercato rilevante di destinazione delle applicazioni di messaggistica, certificato dalla designazione quale *gatekeeper* dalla Commissione europea, pone dei necessari accorgimenti, in virtù della già richiamata "responsabilità particolare" che incombe su tali figure, alle modalità con cui l'obiettivo commerciale può essere perseguito. L'obbligo di interoperabilità, da un lato, il divieto di preferenza verso i propri prodotti a discapito dei *competitors*, dall'altro suggeriscono un approccio diverso all'introduzione del proprio servizio di chat IA da parte di Meta. Una soluzione potrebbe essere quella di mantenere il "pulsante" di chat IA, ma di consentire all'utente, una volta pigiato, di scegliere a quale sistema far riferimento nel corso della chat, analogamente a quanto accade all'apertura di Chrome (anch'esso individuato come piattaforma di base dalla Commissione, al pari di Whatsapp), in cui si consente di scegliere il motore di ricerca preferito.

Uscendo dall'analisi ipotetica ed astratta del caso ora sviluppato, è importante sviluppare il seguente spunto di riflessione finale.

Questa casistica, coordinata con la giurisprudenza rilevante di volta in volta richiamata, lascia comprendere come i punti di contatto tra il DMA e la normativa antitrust di cui all'art. 102 TFUE siano molteplici. Di fronte a questi punti di contatto, le misure e gli obblighi imposti dal regolamento si avvicinano alla tutela della concorrenza richiesta dal Trattato. Infatti, si è visto che talune pratiche escludenti, come quelle volte a negare l'interoperabilità possono essere considerate compatibili con il DMA, ma

differentemente non potrebbero esserlo con l'art. 102 TFUE. Allo stesso modo, condotte che in virtù della disposizione ora richiamata costituirebbero gravi violazioni, non sono contemplate in via diretta del DMA, sebbene esse ledano anche i principi ivi contemplati. Si pensi ad una acquisizione da parte di un *gatekeeper*, di un'impresa minore al fine di escluderla dal mercato e ridurre conseguentemente la concorrenza nel mercato di riferimento.

Quello che il legislatore europeo tenta di raggiungere è un equilibrio che, nella pratica, si rivela molto delicato. Da un lato, vi è il tentativo di valorizzare la funzione di regolazione dei *gatekeepers*, dall'altro, l'esigenza di far ciò senza che ne consegua uno sbilanciamento competitivo. Si tratta di esigenze talmente vicine e interdipendenti che rendono questo bilanciamento particolarmente complesso. Infatti, quanto più il ruolo affidato a tali "garanti" assume centralità nel garantire l'accesso e il funzionamento delle piattaforme digitali, tanto maggiore diviene anche la loro capacità di orientare comportamenti, determinare preferenze, selezionare tecnologie e, in ultima analisi, modellare l'ecosistema digitale secondo logiche interne e autoreferenziali.

Si viene a creare, dunque, una figura che racchiude contestualmente il ruolo di "regolatore di fatto garante" e quello di "operatore economico dominante". Tuttavia, è proprio nello spazio grigio che si apre tra queste due facce affidate al *gatekeeper* che si pone il maggior rischio di abuso.

Un rischio che, come mostrato, può sfuggire alla regolazione preventiva del DMA, ma rientra nella logica repressiva dell'art. 102 TFUE. Di qui l'urgenza di una riflessione critica sulla portata effettiva delle tutele oggi previste e sulla necessità di una più stretta integrazione tra diritto della concorrenza e disciplina dei mercati digitali.

Quindi, nell'ottica di una migliore tutela del mercato unico europeo e del contestuale e corretto sviluppo dell'intelligenza artificiale, l'auspicio è che le già efficaci posizioni di garanzia costituite dai *gatekeepers*, possano ottenere una precipua regolamentazione dal punto di vista concorrenziale nel settore IA, che consideri attivamente, e non solo mediante rinvii, la disciplina antitrust.

In conclusione, il regolamento sui mercati digitali rappresenta un'occasione e può tramutarsi in un successo solamente trovando un atteggiamento proattivo degli stessi *gatekeepers*, che sarebbe inevitabilmente favorito dall'individuazione di una unità di intenti tra i soggetti coinvolti. Unitamente a ciò, il successo sarebbe determinato dalla già richiamata necessità di favorire un maggior coordinamento tra diritto della concorrenza e disciplina dei mercati digitali. Poiché al di fuori di queste ipotesi, il DMA rischia di

rimanere un atto incompleto, capace solo formalmente di autoresponsabilizzare i maggiori attori del mercato digitale, ma *de facto* finendo per rafforzarli a discapito dei *competitors* e dello stesso mercato che mirava a tutelare, con inevitabili conseguenze sulla concorrenza.

Abstract (ita)

Il testo esamina i rischi per la concorrenza derivanti dall'uso dell'IA e dalla raccolta massiva di dati da parte delle grandi imprese, che rafforzano il divario rispetto a piccole aziende e consumatori. Poiché il mercato dell'IA è già un oligopolio, l'impiego esclusivo di tali tecnologie da parte dei grandi operatori e la loro facilità di acquisire nuove realtà possono accentuare la concentrazione di potere. La ricerca analizza *AI Act*, *Digital Services Act* e, soprattutto, *Digital Markets Act*. Una particolare attenzione spetta, poi, all'esame del GDPR: infatti, i dati costituiscono il principale nutrimento dei sistemi algoritmici. I regolamenti richiamati saranno esaminati alla luce dell'art. 102 TFUE per comprendere quando le posizioni dominanti "legittime" dei *gatekeepers* possano divenire abusive. È proprio da questo interrogativo che si perviene al tema *core* che ci si propone di affrontare per giungere all'individuazione delle migliori prospettive capaci di favorire sia la prosperazione del mercato interno, sia l'evoluzione e l'immissione della tecnologia nel mercato stesso.

Abstract (eng)

Companies The text examines the competition risks arising from the use of AI and the large-scale collection of data by major companies, which widens the gap with smaller firms and consumers. Since the AI market is already an oligopoly, the exclusive use of such technologies by large operators and their ability to easily acquire new entrants may further concentrate market power. The research analyses the AI Act, the Digital Services Act, and, above all, the Digital Markets Act. Particular attention is also given to the GDPR, as data constitute the primary fuel of algorithmic systems. These regulations will be examined in light of Article 102 TFEU to understand when the "legitimate" dominant positions of gatekeepers may become abusive. This question leads to the core topic the paper intends to address: identifying the best approaches to foster both the prosperity of the internal market and the development and integration of technology within it.

IL MARCHIO EUROPEO NEL DOPO *BREXIT*: L'APPROCCIO DELLE CORTI INGLESI

Ermanno Calzolaio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza della *Supreme Court* nel caso *Skykick* del 13 novembre 2024. – 3. La sentenza della *Court of Appeal* nel caso *Merck Serono v Comptroller* del 28 gennaio 2025. – 4. Qualche spunto conclusivo.

1. *Introduzione*

L'uscita del Regno Unito dall'Unione europea (cd. *Brexit*) ha posto e pone non pochi problemi di natura giuridica, non solo per il suo impatto sul processo di costruzione dell'edificio europeo, ma anche sul piano delle sue conseguenze nel diritto interno. Basti pensare che nel corso dei quasi cinquanta anni di permanenza nelle Comunità europee e, poi, nell'Unione, ogni settore giuridico è stato investito dalla necessità di adeguarsi ai regolamenti e alle direttive comunitarie, al punto che se nel giugno 2022 il governo aveva censito quasi 2.500 leggi di recepimento del diritto europeo, l'elenco è stato recentemente rivisto nel mese di gennaio 2025, giungendo a identificare ben 6.901 atti normativi[1]. Il problema di stabilire la sorte di tutto questo imponente *corpus* normativo ha subito costituito una sfida rilevante.

Non è questa la sede per ricostruire il complesso quadro legislativo relativo allo *status* delle norme di derivazione europea dopo la *Brexit*[2]. Basta ricordare che, in un primo momento, il legislatore si è mosso in un'ottica di sostanziale

* Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Macerata.

[1] Per una completa informazione cfr. il sito istituzionale www.reul. businessandtrade.gov.uk/. Sull'impatto costituzionale della Brexit, cfr. C. MARTINELLI, *La Brexit come "constitutional moment"*, in C. FASONE, C. MARTINELLI (a cura di), *L'impatto della Brexit sul modello Westminster*, Torino, 2023, p. 1 ss.

[2] Per approfondimenti, cfr. M. AHMED, *The Anglicisation of Retained European Union Law*, in E. GUINCHARD, C. PANARA (eds.), *The New Relationship between the United Kingdom and the European Union*, Berlin, 2025, p. 359 ss.; nonché E. CALZOLAIO, *The resilience of European law in the aftermath of Brexit*, in *Statute Law Review*, vol. 46, n. 2, 2025, p. 1 ss.

conservazione delle regole e dei principi del diritto europeo, salva la possibilità di abrogare o modificare specifiche disposizioni. La legislazione adottata in recepimento del diritto dell'UE è quindi rimasta in vigore come "*retained law*" ed è stata fatta salva l'applicabilità del diritto europeo come tale fino alla conclusione del periodo transitorio. Questo approccio è stato poi rivisto, nel tentativo di allontanarsi più decisamente dall'origine europea delle norme conservate, ridenominate "*assimilated law*" da una legge del 2023, che abolisce espressamente il principio del primato del diritto dell'UE ed elimina il riferimento ai principi generali dell'UE (sec. 6) e prevede che i giudici nazionali possono utilizzare il diritto dell'Unione solo come ausilio esterno all'interpretazione del diritto interno, secondo gli ordinari principi di interpretazione della legge. Una legge del maggio 2024 ha fissato al 1° ottobre 2024 l'entrata in vigore delle modifiche più penetranti, ma con l'entrata in carica del nuovo governo laburista agli inizi del mese di luglio 2024 si è verificato un ulteriore cambio di passo, già evidente nel discorso del Re pronunciato al momento dell'insediamento del nuovo Parlamento, in cui annunciava che il governo avrebbe cercato di ridefinire i rapporti con i partners europei e di migliorare le relazioni commerciali con l'UE[3]. Pertanto, nel mese di settembre 2024 una ulteriore legge ha revocato l'entrata in vigore fissata per il 1° ottobre, per cui i contenuti più dirompenti della legge del 2023 sono al momento congelati.

Nel contesto così sommariamente descritto, i giuristi d'oltre Manica si trovano di fronte alla necessità di conciliare l'uscita dall'UE con il fatto che il diritto europeo ha costituito una fonte non solo di norme regolamentari, ma anche di diritti in capo ai singoli. Il presente contributo intende dare conto di alcune recenti sentenze in materia di tutela dei marchi e dei brevetti per illustrare, in concreto, come le Corti stanno affrontando questa sfida.

2. *La sentenza della* Supreme Court *nel caso* Skykick *del 13 novembre 2024*

Il primo caso su cui concentrare l'attenzione è la sentenza *Skykick v. Sky*, in

[3] «My Government will seek to reset the relationship with European partners and work to improve the United Kingdom's trade and investment relationship with the European Union» (UK Parliament, The King's Speech 2024, 17 July 2024, www.gov.uk/government/ speeches/the-kings-speech-2024).

cui la *Supreme Court* affronta una complessa controversia in materia di proprietà intellettuale in cui viene in rilievo l'uso in mala fede del meccanismo di registrazione di un marchio europeo[4].

Come è noto, il regolamento (UE) 2017/1001 istituisce un sistema unitario di registrazione, che consente di assicurare la tutela del marchio in tutti gli Stati membri, anche attraverso la previsione di una competenza speciale in capo a specifiche corti nazionali nella soluzione di controversie che riguardano il suo uso. Nel Regno Unito tali competenze sono state attribuite alla *High Court* e ad altre sezioni istituite in sette *County Courts*. Nel caso di specie, i giudici si trovano proprio a dover prendere posizione circa la permanenza di alcuni poteri di cui queste corti godevano prima della *Brexit*. Infatti, una volta concluso il periodo di transizione (31 dicembre 2020), i marchi europei hanno cessato di avere efficacia nel Regno Unito, ma in base all'art. 54 del *Withdrawal Agreement* 2020[5] i titolari di diritti di proprietà intellettuale protetti dal diritto UE (inclusi i marchi) sono divenuti titolari di un analogo diritto riconosciuto all'interno del Regno Unito, qualificati come "comparable marks" o "UK clones"[6].

Prima della fine del periodo di transizione, la società Sky agisce contro la società SkyKick, fornitrice di servizi *cloud*, lamentando la violazione di quattro marchi europei registrati da Sky, relativi ad una estesa serie di beni e servizi informatici. Skykick obietta che la registrazione era stata ottenuta in mala fede, stante la assenza di una reale intenzione di utilizzare i marchi per tutti i servizi inclusi.

Ponendosi un problema di interpretazione del diritto UE, la *High Court*

[4] *Skykick v. Sky Ltd* [2024] UKSC 36.

[5] Cioè il Trattato tra il Regno Unito e l'Unione europea stipulato, al termine di una lunga trattativa, il 17 ottobre 2019 ed entrato in vigore il 1 febbraio 2020 (*Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*).

[6] Nel caso *EasyGroup v Beauty Perfectionists* [2022] Bus LR 146, il relativo regime è stato così descritto: «The comparable trade mark (EU), also known as "the UK Clone", is a new right which has been created and granted automatically to all EUTM proprietors under Article 54 of the Withdrawal Agreement. Since EUTMs are enforceable only in the EU, when the EU ceased to include the United Kingdom, the scope of protection of EUTMs reduced from 28 states to 27. The UK Clone is a politically agreed solution to this so that the scope of protection afforded to EUTM proprietors did not change. On exit day or IP completion day every proprietor of an EUTM was in possession of a new comparable trade mark (EU) in the United Kingdom» (punto 16).

propone rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che si pronuncia nel gennaio 2020, ritenendo che "una domanda di marchio senza alcuna intenzione di utilizzarlo per i prodotti e servizi oggetto della registrazione costituisce un atto di malafede […] se il richiedente tale marchio aveva l'intenzione o di pregiudicare gli interessi di terzi in modo non conforme alla correttezza professionale o di ottenere, senza neppure mirare ad un terzo in particolare, un diritto esclusivo per scopi diversi da quelli rientranti nelle funzioni di un marchio. Qualora la mancanza di intenzione di utilizzare il marchio conformemente alle funzioni essenziali di un marchio riguardi soltanto taluni prodotti o servizi oggetto della domanda di marchio, tale domanda costituisce un atto di malafede solo nella parte in cui riguarda i suddetti prodotti o servizi»[7].

In conformità a quanto deciso dalla Corte di giustizia, la *High Court* accoglie le tesi di Skykick, ritenendo che la domanda di registrazione di Sky era stata formulata in malafede.

Il caso giunge infine davanti alla *Supreme Court* che, nel novembre 2024, con una *opinion* condivisa da tutti i giudici, respinge la tesi di Sky secondo cui con la *Brexit* sarebbe "scesa la ghigliottina", i marchi europei si sarebbero estinti e conseguentemente sarebbe anche cessata la giurisdizione delle corti interne designate in base al regolamento (UE) 2017/1001[8].

Di particolare interesse è la *concurring opinion* di Lord Reed, il quale osserva che il principio fondamentale di certezza del diritto implica le necessità di decidere le controversie in conformità al diritto applicabile al momento dei fatti e non in base a norme sopravvenute. Da ciò consegue che i titolari di marchi che hanno agito prima della fine del periodo di transizione devono poter confidare sull'applicazione delle norme vigenti in quel momento, anche se la definizione del giudizio avviene successivamente[9]. Di conseguenza, le corti inglesi designate come

[7] Corte giust. 29 gennaio 2020, C-371/18, *Sky e a*.

[8] Regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea.

[9] «Another, and in a sense more fundamental, answer is that it would have been highly unfortunate if the United Kingdom's withdrawal from the EU had been other than on terms which enabled pending legal proceedings to be decided on the basis of the pre-existing law. It is a basic principle of legal certainty, and an aspect of the rule of law, that the legal consequences of events are, in general, determined in accordance with the law in force at the time of those events, rather than a different law introduced at a later date. Proprietors of trade marks who had brought

corti competenti in base al regolamento europeo sui marchi mantengono questo loro *status* relativamente alle situazioni anteriori alla conclusione del periodo di transizione[10].

Come si vede, si tratta di un approccio piuttosto prudente e attento a garantire la prevedibilità e la certezza del diritto rispetto alle situazioni maturate prima della *Brexit* e che in qualche modo mostra una cautela rispetto all'orientamento espresso qualche mese prima dalla stessa *Supreme Court* nel caso *Lipton*[11].

infringement proceedings in designated United Kingdom courts before the end of the transition period had accrued causes of action under the EU Trade Mark Regulation (to which defendants with grounds for challenging the validity of the marks in question had a counterclaim). Whether the proceedings were concluded before the end of the transition period could depend on wide variety of factors, including, in the present case, the fact that there was a preliminary reference to the Court of Justice of the European Union, and an appeal to this court. It would be incompatible with the values I have mentioned if the time taken by the judicial process were to have the effect of depriving the parties of the remedy to which they were entitled. It would also mean that identical cases would be decided differently, depending on the vicissitudes of litigation, and on whether they happened to be brought in the courts of this country or in the courts of the remaining EU member states» (UKSC, *Skykick v Sky*, cit., punto 511, *per* Lord Reed).

[10] «I am fortified in this conclusion by the following matters. It applies only to those cases which were pending on IP completion day, and it means that the courts in the United Kingdom previously designated as EU trade mark courts retain that status and retain jurisdiction to decide these cases… This is an entirely sensible and pragmatic solution to the problem of pending cases. It is also the solution which is least likely to have arbitrary, wasteful and expensive consequences for the parties, the authorities, other traders and the public» (*ivi*, punto 473).

[11] *Lipton & Anor v BA City Flyer Ltd* [2024] UKSC 24. Il cuore del ragionamento seguito dai giudici in un lungo *obiter dictum* è che lo *EU Withdrawal Act 2018* contiene una disciplina innovativa ed esaustiva circa l'applicazione del diritto europeo dopo la Brexit e il suo effetto è di trasformare in diritto domestico sia le versioni dei regolamenti emendate per facilitarne l'applicazione nel Regno Unito dopo l'uscita dall'UE, ma anche le versioni originali applicabili alle cause relative a fatti avvenuti in precedenza. Per la maggioranza dei giudici, lo EUWA Act 2018 inverte la presunzione stabilita nell'*Interpretation Act 1978*, sicché non solo non è più proponibile il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, ma la *Supreme Court* non è più tenuta a seguire le pronunce della Corte di giustizia successive alla Brexit e può anche discostarsi da quelle precedenti se ritiene giusto farlo, negli stessi termini in cui può pronunciare un *overruling* di propri precedenti.

3. *La sentenza della* Court of Appeal *nel caso* Merck Serono v Comptroller *del 28 gennaio 2025*

Un secondo caso, deciso dalla *Court of Appeal* nel gennaio 2025 riguarda una nota casa farmaceutica, che aveva chiesto un brevetto per un farmaco destinato alla cura della sclerosi multipla, contenente una molecola già utilizzata per il trattamento della leucemia[12]. Il competente ufficio aveva respinto la domanda perché esistevano già due brevetti relativi all'utilizzazione della stessa molecola per altra patologia e il regolamento UE n. 469/2009 all'art. 3 d) condiziona il rilascio al fatto che si tratti di prima autorizzazione di immissione in commercio.

Rispetto all'interpretazione di questa norma del regolamento, la Corte di giustizia in un primo momento si era attenuta ad un criterio letterale, concludendo per la necessità di respingere ogni domanda avente ad oggetto nuovi usi di una molecola già in commercio[13]. In un momento successivo, però, all'esito di un rinvio pregiudiziale proposto proprio dalla *Court of Appeal* in un precedente caso, la Corte europea aveva mutato indirizzo, ritenendo che l'obiettivo del regolamento è di favorire la ricerca farmaceutica, sicché se la molecola viene utilizzata a fini di cura per altre patologie, la relativa domanda di brevetto può essere accolta (sentenza *Neurim*)[14]. A fronte delle critiche sollevate dopo questa sentenza, che creava incertezza nell'interpretazione del regolamento, la Corte era infine ritornata sui propri passi, ripristinando la precedente lettura della norma (sentenza *Santen*)[15].

In un caso deciso nel 2024, relativo all'interpretazione delle medesime norme, la *Court of Appeal* si era uniformata all'ultimo orientamento della Corte di giustizia[16] e l'interesse della sentenza *Merck Serono* risiede proprio nel fatto che essa affronta il tema della portata del vincolo ai propri precedenti alla luce della normativa sulle conseguenze della *Brexit*. Infatti, la sec. 4 (2) dello EUWA Act 2018 prevede che nella decisione di casi successivi alla conclusione del periodo di transizione la *Supreme Court* e la *Court of Appeal* sono vincolate dal "retained EU case law", ma possono anche discostarsene quando ritengono giusto farlo.

[12] *Merck Serono S.A. v The Comptroller* [2025] EWCA Civ 45.

[13] Corte giust. 19 ottobre 2004, C-31/03, *Pharmacia Italia* e 17 aprile 2007, C-202/05, *Yissum*.

[14] Corte giust. 19 luglio 2012, C-130/11.

[15] Corte giust. 9 luglio 2020, C-673/18.

[16] *Newron Pharmaceuticals v The Comptroller* [2024] EWCA Civ 128.

A questo proposito, ne esce confermato un approccio ispirato alla estrema cautela circa il potere di recedere da un proprio precedente. Nella sua *opinion*, il giudice Lewison identifica i criteri che le corti superiori sono chiamate a seguire a tal fine, affermando che non è sufficiente che il precedente sia ritenuto errato e che quando esso ha ad oggetto l'interpretazione di una norma legislativa, la possibilità di discostarsene va utilizzata con ancora maggiore parsimonia (*sparingly*) rispetto a quando viene invece in rilievo una regola di *common law*[17]. Occorre poi valutare attentamente se la decisione precedente ha formato oggetto di critiche da parte della dottrina, dei giudici o di esponenti della professione. In ogni caso, quando la disposizione da interpretare è contenuta in una legge avente carattere internazionale, si deve tenere conto di come essa è interpretata in altri ordinamenti, giacché l'approccio deve essere ispirato, laddove possibile, ad una lettura uniforme in tutti i paesi dove la norma trova applicazione. Da ultimo, vanno valutati eventuali rilevanti cambiamenti di circostanze intervenuti nel frattempo, nonché se la decisione precedente è contraria allo scopo della norma o ha prodotto incoerenza. Da queste premesse, la *Court of Appeal* giunge alla conclusione che nel caso di specie non ricorre quasi nessuna di queste ipotesi, per cui la modifica del precedente è inopportuna[18].

Nella sua *concurring opinion* il giudice Arnold si spinge anche ad osservare che, in assenza di modifiche da parte del legislatore interno, deve proprio

[17] Cfr. sul punto E. CALZOLAIO, *La stabilità dell'interpretazione della legge. Una comparazione tra diritto inglese e diritto italiano*, in E. BERTOLINI ET AL. (a cura di), *Itinerari della comparazione: Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, vol. 2, Milano, 2023, p. 554 ss.

[18] «First, the power to depart from a previous decision should not be invoked merely because the later court thinks that the earlier decision of that court was wrong. […]. Second, the power should be more sparingly used where the point in issue is the interpretation of a statutory provision, rather than the scope of a principle of the common law. […] Third, it is relevant to consider whether the earlier decision has been criticised by academics, judges or practitioners […]. Fourth, where the provision in question concerns a legal instrument with international application, it is relevant to consider how that instrument has been interpreted in other jurisdictions. The approach to interpretation should, where possible, aim to produce a uniform interpretation applicable to all jurisdictions where the international instrument applies. Fifth, it is relevant to consider whether there has been a relevant change in circumstances since the earlier decision. Changes in public policy are one such change […]. Sixth, it is relevant to consider whether the earlier decision defeats the purpose of the provision in question or has given rise to incoherence in the law»: EWCA, *Merck Serono S.A. v The Comptroller*, cit., *per* Lord Justice Lewison, punti 90-96.

presumersi che il Parlamento intende preservare un'interpretazione armonica rispetto al diritto dell'UE, per cui le corti sono chiamate ad interpretare la norma in coerenza con i precedenti della Corte di giustizia, a meno che non sia persuasa che si tratti di interpretazione errata[19].

Questo ordine di considerazioni è più ampiamente sviluppato dal medesimo giudice in una sentenza di qualche giorno anteriore al caso *Merck Serono*[20], in cui la *Court of Appeal* era stata sollecitata a discostarsi da un precedente della Corte di giustizia relativamente ad un caso in cui veniva in rilievo la violazione di un marchio di una bevanda da parte di una nota catena di supermercati, che aveva commercializzato un prodotto simile inducendo i consumatori in possibile errore, stante la somiglianza delle etichette.

Nella sua *opinion* (cui aderiscono gli altri due giudici) il giudice Arnold ritiene che la mancata modifica delle norme europee da parte del legislatore interno non può che condurre a ritenere che il Parlamento ha inteso continuare a consentire ai titolari di marchi di agire in base a quelle norme. Ne consegue che il legislatore interno ha inteso assicurare l'armonizzazione del diritto interno a quello europeo, sicché la corte deve sforzarsi di mantenere un'interpretazione coerente con quella adottata dalla Corte di giustizia, a meno che non la ritenga proprio errata. Peraltro, il precedente della Corte di giustizia non è isolato, essendo confermato da numerose altre sentenze e seguito dai giudici del Regno Unito, sicché non solo è improbabile una sua modifica da parte della Corte stessa, ma si pone anche un problema di certezza del diritto[21]. In base a tutte queste considerazioni, la *Court of Appeal* non ritiene di discostarsi dal precedente della Corte di giustizia.

[19] *Ivi*, punto 59.

[20] *Thatchers Cider Company Ltd v. Aldi Stores Ltd* [2025] EWCA Civ 5.

[21] «[I]t is the will of Parliament that the trade mark law of the UK should remain harmonised in this respect, as in many others, with that of the EU. In those circumstances this Court should strive for harmony with the jurisprudence of the Court of Justice, rather than adopting a divergent interpretation, unless driven to the conclusion that the Court of Justice's interpretation of the legislation is erroneous (as in ICE v ICE). Furthermore, it should be borne in mind that other countries outside the EU have also adopted similar provisions. All courts charged with interpreting and applying such provisions should be striving for harmony with each other»: *ivi*, punti 145-151.

4. *Qualche spunto conclusivo*

A conclusione di questi brevi rilievi, appare evidente, anzitutto, che i giudici d'oltre Manica sono i veri protagonisti del delicato compito di conciliare la svolta traumatica impressa dall'uscita dall'Unione con l'esigenza di certezza e prevedibilità del diritto, secondo un approccio ispirato alla prudenza e alla sostanziale adesione ai precedenti europei.

«A volte è più importante che il diritto sia certo e prevedibile piuttosto che perfetto"[22]. Questa affermazione di un giudice della *Court of Appeal* sintetizza in modo efficace il modo di procedere, che resta la bussola anche dentro la "tempesta" scatenata dall'uscita dall'UE, in continuità con un metodo che vede i giudici impegnati a fissare la migliore disciplina del caso singolo, rifiutando di ricorrere a principi generali e astratti, per concentrarsi appunto sullo sviluppo del diritto caso per caso, al fine di individuare una regola che possa servire come base per decidere casi simili futuri, nell'ottica di una flessibilità e adattabilità della soluzione individuata, a seconda delle circostanze.

Un secondo aspetto che merita di essere evidenziato è che il processo di integrazione europea permea così in profondità i diritti interni da renderne difficilmente reversibili gli effetti, ben al di là del periodo di permanenza nell'UE.

Viene qui spontaneo evocare la celebre espressione del Kirchmann, esponente della scuola storica tedesca, secondo cui: "Tre parole di rettifica del legislatore, ed intere biblioteche diventano carta straccia"[23]. Quanto sta accadendo dopo la *Brexit* mostra proprio la fallacia della pretesa che un "tratto di penna" possa cancellare l'imponente *corpus* di norme e principi di derivazione europea. Con questa "resilienza" del diritto europeo è impossibile non fare i conti.

[22] «Sometimes it is more important that the law should be certain and predictable than that it should be perfect» *FS Capital Limited & Ors v Alan Adams & Ors* [2025] EWCA Civ 53, punto 156, *per* Lord Justice Males.

[23] Queste parole vennero pronunciate in occasione di una conferenza del 1848, per vero criticando aspramente l'idea del diritto come avente fonte esclusivamente legislativa. Cfr. J. H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Milano, 1964, p. 3 ss., spec. p.18.

Abstract (ita)

Il contributo si concentra sullo studio di alcune recenti sentenze della *UK Supreme Court* e della *Court of Appeal* in materia di tutela dei marchi e dei brevetti, che illustrano in modo significativo l'approccio seguito dai giudici inglesi per conciliare l'uscita dall'UE con l'esigenza di garantire i diritti (già) tutelati dal diritto UE, nel contesto delle norme emanate nel Regno Unito sullo *status* del diritto di derivazione europea (in un primo momento qualificato come *retained law* e, successivamente, *assimilated law*).

Abstract (eng)

This article focuses on the study of some recent judgments of the UK Supreme Court and Court of Appeal on the protection of trademarks and patents, which significantly illustrate the approach adopted by English judges to reconcile the exit from the EU with the need to preserve rights (already) protected by EU law, in the context of the rules enacted in the United Kingdom on the status of European-derived law (initially classified as retained law and subsequently as assimilated law).

LE INVENZIONI GENERATE DALL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE: QUESTIONI GIURIDICHE APERTE E IPOTESI DI ADATTAMENTO DELLA DISCIPLINA EUROPEA DEI BREVETTI

Ilaria De Gasperis[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro giuridico europeo dei brevetti. – 3. L'attribuzione della qualità di inventore. – 4. L'assolvimento degli obblighi descrittivi dell'invenzione. – 5. I requisiti di brevettabilità. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

Gli sviluppi tecnologici dell'Intelligenza Artificiale (IA) offrono prospettive particolarmente promettenti in una pluralità di ambiti socialmente ed economicamente rilevanti quali, per fare solo alcuni esempi, la chirurgia e la diagnostica, i trasporti, l'energia, i materiali sostenibili, la finanza, il settore assicurativo, il *welfare* e l'amministrazione pubblica, inclusa la giustizia ed i sistemi di sorveglianza pubblica.

Non stupisce quindi il crescente sfruttamento commerciale dell'IA, anche tramite il ricorso alla tutela offerta dai brevetti per invenzioni, il cui numero complessivo, per quel che riguarda le invenzioni che ricadono nell'ambito dell'IA generativa, ha subito un sensibile incremento su scala mondiale nell'ultimo decennio[1].

Tale fenomeno è riconducibile al fatto che i brevetti consentirebbero all'inventore e agli *sponsor* di recuperare i costi dell'attività di ricerca e sviluppo, soprattutto per i settori ad alto contenuto tecnologico (*cutting-edge technologies*) e di trarre profitto da una posizione monopolistica temporanea sul mercato, così da innescare un circolo virtuoso che aumenterebbe l'innovazione e, di conseguenza, la crescita economica e il benessere collettivo[2].

[*] Tecnologo presso il Centro Interdipartimentale per l'Etica e l'Integrità nella Ricerca del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CID Ethics-CNR), Roma.

[1] WIPO, *Patent Landscape Report on Generative AI (GenAI)*, Geneva, 2024, p. 46 ss.

[2] K. J. ARROW, *The Economics of Inventive Activity over Fifty Years*, in J. LERNER, S. STERN

Allo stesso tempo, l'avvertita necessità strategica di capitalizzare i benefici derivanti dallo sfruttamento commerciale dell'IA si accompagna ad una sempre più impellente consapevolezza che tali tecnologie debbano essere regolate mediante l'adozione di *policy* e quadri giuridici atti a incentivare l'iniziativa industriale e, nondimeno, a garantirne l'equità, la sostenibilità e l'eticità[3].

Tuttavia, criticità nella scelta regolamentare della IA derivano sia dalla crescente rapidità e complessità con cui l'IA si evolve tecnologicamente, che mal si coniuga con i tempi del procedimento legislativo, sia dalle caratteristiche tecniche che presiedono al funzionamento degli algoritmi e che spesso determinano una opacità e inintelligibilità del percorso logico seguito dalla macchina[4].

A ciò si aggiunga che, essendo l'IA una tecnologia a carattere interdisciplinare, suscettibile di essere applicata a diversi settori in maniera trasversale, diverse e complesse sono le questioni di *compliance* normativa da questa sollevata. Difatti, l'uso di un singolo prodotto integrante l'IA potrebbe implicare, allo stesso tempo, l'applicazione di norme in materia di *privacy* e di protezione dei dati personali, di prodotti difettosi o di dispositivi medici, del diritto penale, nonché della tutela della proprietà intellettuale.

Sotto altro profilo, l'impiego dell'IA cointeressa altresì i diritti fondamentali e le libertà degli individui, se si considera come algoritmi affetti da *bias* possano determinare l'accesso iniquo al *welfare* o al credito e ai servizi assicurativi, mentre l'uso di dati non conforme al GDPR possa violare la *privacy* e la tutela dei dati personali degli individui[5]. L'assistenza fornita da algoritmi affetti da *bias* nel

(eds.), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, Chicago, 2011, p. 43 ss.; J. HIRSHLEIFER, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*, in *American Economic Review*, 1971, p. 561 ss.; R. D. NELSON, R. MAZZOLENI, *Economic Theories About the Costs and Benefits of Patents*, in *Intellectual Property Rights and the Dissemination of Research Tools in Molecular Biology: Summary of a Workshop Held at the National Academy of Sciences, February 15-16, 1996*, Washington, 1997, p. 17 ss.

[3] C. GRIECO, *Intelligenza artificiale e diritti umani nel diritto internazionale e dell'unione europea. Alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *OIDU*, 2022, p. 782 ss.; A. CORDELLA, F. GUALDI, *Regulating generative AI: The limits of technology-neutral regulatory frameworks. Insights from Italy's intervention on ChatGPT*, in *Government Information Quarterly*, 2024, p. 9 ss.

[4] S. GREENSTEIN, *Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence (AI)*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2022, p. 291 ss.

[5] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016,

contesto giudiziale può poi portare a immotivate restrizioni della libertà personale, alla comminazione di pene inique e alla compromissione del diritto ad un processo equo. La sicurezza e l'affidabilità dei macchinari integranti l'IA in campo medico e sanitario coinvolgono altresì il diritto alla salute, alla vita e all'integrità fisica della persona.

Se è pur vero che il regolamento (UE) 2024/1689 ha fornito agli Stati membri un quadro giuridico generale e dei principi guida per quel che concerne un impiego sicuro, equo e responsabile dell'IA, tuttavia, esso non tratta di taluni aspetti più specifici come, ad esempio, la questione della brevettabilità degli *output*[6].

Sotto quest'ultimo aspetto, l'avvento delle invenzioni generate da "macchine creative" (*AI-generated inventions*), quale risultato del processo di apprendimento e di conseguente elaborazione dei dati acquisiti a seguito di *machine learning* (*ML*), nonché l'uso sempre più cospicuo dell'IA come ausilio tecnologico per la ricerca di soluzioni innovative (*AI-assisted inventions*), solleva crescenti dubbi sulla capacità del sistema brevettuale di adattarsi ai richiamati fenomeni[7].

Molteplici sono, infatti, le questioni giuridiche di difficile soluzione sollevate dalle invenzioni generate dall'IA e, prima fra tutte, quella dell'attribuzione della paternità dell'invenzione stessa (*inventorship*) e degli assetti proprietari (*ownership*) da cui deriva il diritto allo sfruttamento commerciale del brevetto.

Come confermato dagli sviluppi giurisprudenziali nel noto caso *DABUS*, nella quasi totalità dei sistemi brevettuali contemporanei, una domanda di brevetto, per essere valida ed esaminabile, deve necessariamente contenere l'indicazione dell'inventore, qualità quest'ultima che viene generalmente riconosciuta

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» o «GDPR»).

[6] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale («regolamento sull'intelligenza artificiale»).

[7] T. W. Dornis, *Artificial Intelligence and innovation: the end of patent law as we know it*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 2020, p. 105 ss.; E. Bonadio, L. Mcdongh, P. Dinev, *Artificial Intelligence as Inventor: Exploring the Consequences for Patent Law*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2021, p. 48 ss.; V. Iaia, *La proprietà intellettuale nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2025, p. 140.

esclusivamente alle persone fisiche, in quanto suscettibili di assumere la titolarità di rapporti giuridici[8].

Al contrario, i sistemi brevettuali odierni escludono che una macchina possa essere designata come inventore in una domanda di brevetto, non godendo della personalità giuridica e non potendo essere centro di imputazione di diritti.

Ciò chiarito, l'individuazione dell'inventore per le invenzioni generate dall'IA potrebbe essere tutt'altro che semplice, soprattutto se si considera che la maggior parte degli ordinamenti, seppur con talune varianti nella normativa nazionale, prevedono che l'inventore abbia in qualche misura partecipato all'idea inventiva.

Tuttavia, i soggetti a vario titolo coinvolti nel processo generativo dell'IA, come l'ideatore degli algoritmi da essa impiegati, il programmatore, colui che ha effettuato il *training* della macchina, il proprietario della stessa, nonché il soggetto che concretamente la usi e ne curi il funzionamento, potrebbero non aver contribuito in maniera sufficiente alla soluzione tecnica individuata dalla macchina.

Ulteriori dubbi sulla compatibilità dei sistemi brevettuali con l'IA sono, peraltro, alimentati dalle caratteristiche tecnologiche su cui riposa il suo funzionamento. Ci si riferisce all'assolvimento degli obblighi descrittivi dell'invenzione che gravano sull'inventore, i quali possono essere limitati o preclusi dall'effetto *black box* degli algoritmi, caratteristica tecnica per cui gli *output* dell'IA non sono comprensibili, tracciabili e ripetibili, talora nemmeno dai programmatori medesimi che hanno effettuato il *ML*[9].

Sotto altro profilo, sorgono altresì incertezze sulla compatibilità dei parametri di riferimento correntemente usati per l'esame dei requisiti di brevettabilità, in particolare della novità e dell'originalità delle invenzioni, con le invenzioni generate dalla macchina o con un elevato contributo di quest'ultima, essendo tali parametri incentrati sulla figura umana.

Allo stesso tempo, nonostante le criticità evidenziate, l'esclusione a priori della brevettabilità delle invenzioni generate dall'IA non sembrerebbe sostenibile, perché sembrerebbe difficilmente giustificabile sul piano economico e

[8] I. DE GASPERIS, *Le questioni giuridiche poste dalle invenzioni connesse all'Intelligenza Artificiale*, in *the Future of Science and Ethics*, 2024, p. 63 ss.

[9] Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the failure of intent and causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, n. 2, 2018, p. 890 ss.

sociale privare la collettività di soluzioni innovative che possono migliorare significantemente la qualità della vita umana. Senza contare che tali prodotti, con ogni probabilità, finirebbero per essere protetti tramite accordi di riservatezza ed il segreto industriale, i quali avrebbero la conseguenza di diminuire l'innovazione successiva, in quanto questi favoriscono una minore circolazione e trasferimento di *know-how* rispetto ai brevetti[10].

A ciò si aggiunga che una soluzione così radicale, oltre ad essere in potenziale conflitto con l'ampia nozione di *patentable subject matter* accolta nell'Accordo sui *TRIPS*, potrebbe incentivare il ricorso a dichiarazioni non veritiere da parte dei richiedenti di un brevetto, pur di vedersi riconoscere la titolarità di un brevetto[11].

Sciogliere il nodo gordiano della brevettabilità delle invenzioni generate dall'IA si impone dunque con crescente urgenza, tanto più che gli sviluppi tecnologici avanzano in complessità tecnica a ritmo serrato, con la conseguenza che, di pari passo, aumenta sempre più il rischio che nuovi prodotti eludano le maglie della legge, pregiudicando non solo il mercato interno, ma rendendo altresì meno efficace la tutela dei diritti fondamentali.

2. *Il quadro giuridico europeo dei brevetti*

A partire dal 2009 con l'entrata in vigore del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'Unione ha acquisito in materia di diritti di brevetto una competenza specifica, che viene esercitata nell'ambito della realizzazione del mercato interno[12].

[10] D. J. GERVAIS, *TRIPS Meets Big Data*, in M. BURRI (ed.) *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge, 2021, p. 160 ss.

[11] Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right*s - *TRIPS*), Allegato 1C dell'Accordo di Marrakech che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio. L'Italia ha ratificato e dato esecuzione gli accordi adottati a Marrakech il 15 aprile 1994 con Legge 29 dicembre 1994, n. 747. Ai sensi dell'art. 27, par. 1 dell'Accordo, costituiscono oggetto di brevetto le invenzioni, di prodotto o di procedimento, in tutti i campi della tecnologia, che siano nuove, implichino un'attività inventiva e siano atte ad avere un'applicazione industriale e che il godimento dei relativi diritti non sono soggetti a discriminazioni in base al luogo d'invenzione, al settore tecnologico e al fatto che i prodotti siano d'importazione o di fabbricazione locale.

[12] Art. 118 TFUE.

Ai sensi dell'art. 118 TFUE il Parlamento europeo ed il Consiglio possono adottare, mediante il ricorso alla procedura legislativa ordinaria, atti diretti alla creazione di diritti di proprietà intellettuale europei, allo scopo di uniformarne la disciplina tra gli Stati membri e centralizzarne le procedure di autorizzazione, coordinamento e monitoraggio[13].

Dal punto di vista della disciplina sostanziale, la regolamentazione dei brevetti è rimessa alla legge nazionale, cui spetta la determinazione nel dettaglio dei requisiti di brevettabilità, così come dei regimi derogatori, oltre che delle vicende processuali dei titoli di privativa.

L'Unione tende a intervenire nella disciplina dei brevetti allorché ciò si renda necessario per armonizzare le normative degli Stati membri, come avvenuto nel caso della direttiva n. 98/44/CE in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche[14] oppure, allo scopo di creare titoli di protezione uniformi e procedure centralizzate, come nel caso dell'introduzione del brevetto europeo a effetti unitari[15].

La realizzazione del sistema brevettuale unificato europeo, con il rilascio di titoli di privativa brevettuale produttivi di medesimi effetti in tutti gli stati per i quali sono stati richiesti, concorre senz'altro a realizzare un livello di integrazione ancora più stretta e uniforme in seno all'Unione.

La natura territoriale dei diritti di brevetto trova, sotto altro profilo, una attenuazione derivante dall'appartenenza di tutti gli Stati membri al sistema della Convenzione sul Brevetto Europeo (CBE), amministrata dall'Ufficio Europeo dei Brevetti (UEB), con la conseguenza che le normative interne agli stati hanno subito un processo di uniformazione rispetto alle previsioni della convenzione[16].

Si deve peraltro rilevare che, con l'istituzione del Tribunale Unificato dei Brevetti da parte dell'Unione, entrato in funzione il 1° giugno 2023, è stato

[13] G. MORGESE, *Brevetto (diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 169.

[14] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 98/44/CE, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.

[15] Regolamento (EU) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1257/2012, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria.

[16] Convenzione sul Brevetto Europeo, firmata a Monaco di Baviera del 5 ottobre 1973, successivamente modificata e sostituita dall'atto di revisione del 29 novembre 2000.

conferito mandato all'UEB di rilasciare brevetti con effetto unitario sulla base della disciplina contenuta nella CBE[17].

Sotto altro profilo, preme evidenziare come tutti gli Stati membri individualmente e l'Unione per proprio conto sono anche Parti dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) e, per tale motivo, sono tenuti ad attuare le disposizioni giuridiche a contenuto obbligatorio relative alla protezione dei diritti di brevetto previste nell'Accordo sui *TRIPS*[18].

In ragione dell'attrazione della disciplina europea dei brevetti nel sistema dell'OMC, da un lato, e della adesione degli Stati membri alla CBE, dall'altro, si può ritenere che vi sia una convergenza dei sistemi brevettuali nazionali europei su un nucleo di principi comuni consolidati.

Inoltre, l'ampia partecipazione sul piano internazionale al sistema dell'OMC ha determinato una armonizzazione della disciplina dei brevetti di portata globale, quanto meno per quel che attiene ai livelli minimi di protezione stabiliti dall'Accordo sui *TRIPS*[19].

Infine, sebbene l'Unione non abbia legiferato in maniera specifica sulla protezione giuridica delle invenzioni ottenute dall'IA, si può ritenere che queste debbano rispettare le previsioni del regolamento sull'intelligenza artificiale del 2024[20].

3. *L'attribuzione della qualità di inventore*

La questione dell'attribuzione della paternità delle invenzioni generate dall'IA è stata portata al centro dell'attenzione dalla nota vicenda della macchina "creativa" *DABUS*, acronimo di *Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Science*[21].

[17] Accordo su un Tribunale Unificato dei Brevetti, del 19 febbraio 2013.

[18] Accordo TRIPS, cit.

[19] G. MORGESE, *L'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS)*, Bari, 2009, p. 68 ss.

[20] Regolamento (UE) 2024/1689, cit.

[21] C. E. MAMMEN, *AI as Inventor, The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, in L. A. DI MATTEO, C. PONCIBÒ, M. CANNARSA (eds.), *Cambridge Law Handbooks*, Cambridge, 2022, p. 240 ss.; J. STRAUS, *Artificial Intelligence and Patenting: Some Lessons from "Dabus" Patent Applications*, in *EIPR*, 2022, p. 348 ss.

Secondo il proprietario e utilizzatore di *DABUS*, l'imprenditore statunitense Stephen Thaler, la macchina avrebbe generato in "completa autonomia" due invenzioni senza ricevere alcun ausilio umano nel concepirle e riconoscendone la innovatività: un contenitore per cibo e uno strumento per attrarre l'attenzione in caso di pericolo.

Thaler aveva difatti presentato in parallelo più domande di brevetto, sia con richieste autonome all'UEB[22] e all'*UKIPO*[23], sia mediante una domanda di brevetto internazionale in cui designava una pluralità di stati e sistemi regionali brevettuali, indicando *DABUS* quale "inventore"[24].

Ad eccezione del Sudafrica, dove l'ufficio brevettuale non compierebbe, tuttavia, un esame nel merito delle domande di brevetto, tutte le altre istanze proposte da Thaler sono state rigettate dagli uffici brevettuali nazionali e regionali competenti[25].

Inoltre, in ogni procedimento giudiziario instaurato da Thaler per contestare le decisioni di rigetto delle domande di brevetto, la pretesa azionata veniva rigettata da tutti i giudici aditi[26].

Con riguardo al sistema regionale europeo, preme fare una breve premessa sulle norme applicabili e, in particolare, l'art. 60 della CBE, ai sensi del quale il diritto alla paternità di un'invenzione spetta all'inventore o al suo successore nei diritti brevettuali. Il successivo art. 81 e la regola 19 del regolamento di esecuzione prevedono che una domanda di brevetto debba necessariamente contenere la designazione dell'inventore. Qualora il richiedente non coincida con l'inventore, la domanda deve includere una dichiarazione che indichi l'origine del diritto al brevetto europeo.

In merito alla domanda di Thaler all'UEB, quest'ultimo la ha rigettata sulla

[22] European Patent Office (EPO), File No. EP 18 275 163; Id., File No. EP 18 275 174; entrambi sono consultabili all'indirizzo www.register.epo.org.

[23] UK Intellectual Property Office (UKIPO), Files Nos. GB1816909 and GB1818161.0.

[24] WIPO, Application No.PCT/IB2019/057809 - *Food container and devices and methods for attracting enhanced attention*). Le azioni avviate da Thaler si inseriscono nell'ambito dell'*Artificial Inventor Project,* le cui attività e risultati sono consultabili sul sito: www.artificialinventor.com/.

[25] D. THALDAR, M. NAIDOO, *AI inventorship: The right decision?*, in *South African Journal of Science*, vol. 117, 2021.

[26] Si noti che l'unica decisione giudiziale favorevole a Thaler, resa dalla Corte Federale australiana in primo grado, è stata successivamente annullata dalla sentenza pronunciata in grado di appello in *Commissioner of Patents v. Thaler* [2022] FCAFC 62.

base dell'inammissibilità della designazione di una macchina quale "inventore", poiché ciò violerebbe i richiamati art. 81 e la regola 19. Pertanto, secondo l'UEB, la qualifica di inventore deve attribuirsi esclusivamente ad una persona fisica, dotata della necessaria personalità giuridica.

Per gli stessi motivi, la domanda proposta da Thaler ai sensi dell'art. 60 della CBE, volta a vedersi riconoscere quale successore nel diritto brevettuale spettante a *DABUS*, essendone a sua detta il "datore di lavoro", è stata rigettata avendo ribadito l'UEB che una macchina non possa né acquisire posizioni giuridiche rilevanti (inclusa quella di "lavoratore"), né trasferire diritti a terzi (i diritti di brevetto).

Peraltro, a seguito del ricorso presentato da Thaler contro le richiamate decisioni alla Camera d'Appello dell'UEB, tale organo ha integralmente confermato il contenuto e i principi precisati dall'UEB, improntati ad una concezione antropocentrica della paternità delle invenzioni[27].

A simili conclusioni giungevano, seppur con diverse sfumature interpretative, anche gli altri Stati membri presso cui Thaler aveva presentato domanda di brevetto, la Germania e il Regno Unito, quest'ultimo non avendo ancora perfezionato il proprio recesso dall'UE allorché le domande di brevetto erano state presentate da Thaler.

Si deve notare come nel Regno Unito la vertenza sia giunta al giudizio della Corte Suprema, la quale ha rigettato definitivamente le pretese di Thaler. Colpisce in particolar modo la scelta lessicale adottata dalla Corte Suprema, la quale ha affermato il principio per cui una macchina possa solo aver *creato o generato* degli *avanzamenti tecnici* («*create or generate technical advance*»), ma non *inventare* un'*invenzione* («*invent or devise an invention*»)[28].

Tale precisazione della Corte Suprema sembrerebbe essere radicata in una concezione che vede l'attività inventiva come esclusivo appannaggio umano.

La soluzione cui i giudici tedeschi sono pervenuti fornisce, invece, un indirizzo interpretativo parzialmente diverso da quello degli altri ordinamenti coinvolti, nel tentativo di coniugare un certo spirito di praticità con la richiamata concezione antropocentrica dell'*inventorship* che è alla base anche dell'ordinamento tedesco.

[27] EPO Boards of Appeal, 21 December 2021, casi J 8/20 (*Designation of inventor/DABUS*) e J 9/20 (*Designation of inventor/DABUS II*).

[28] *Thaler v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, [2023] UKSC, punto 56 ss.

Il Tribunale federale dei brevetti, presso cui Thaler aveva presentato ricorso contro la decisione di rigetto delle proprie domande da parte dell'ufficio brevettuale, ha difatti rigettato la richiesta di designare come inventore la macchina, ritenendo che nel sistema brevettuale tedesco solo all'essere umano possa riconoscersi la paternità di un'invenzione, in ragione del diritto morale a essere riconosciuto come tale («*Erfinderehre*»)[29].

Tuttavia, il medesimo tribunale ha ritenuto che una delle designazioni dell'inventore proposte da Thaler nelle informazioni suppletive alla domanda di brevetto, in cui questi indicava sé medesimo come "colui che ha indotto" («*veranlassen*») *DABUS* a generare le invenzioni, dovesse ritenersi valida. Infatti, secondo la sentenza, l'indicazione dell'inventore in una domanda di brevetto non rappresenterebbe un dato di fatto e sarebbe suscettibile di interpretazione da parte del richiedente, il quale quindi godrebbe di un margine apprezzabile di discrezionalità nel valutare il grado di partecipazione della persona che intende designare come inventore[30].

La Corte Suprema federale tedesca, cui venivano deferite le questioni relative alla possibilità di indicare come inventore l'IA e alla domanda di brevetto formulata da Thaler, confermava i principi enunciati dal Tribunale federale[31].

In particolare, la Corte Suprema riteneva che, in base alla legge brevettuale tedesca, possa designarsi come inventore in una domanda di brevetto una persona fisica che abbia apportato un contributo sufficiente per qualificarsi come tale, ossia nel caso di specie, che abbia concorso in modo significativo a determinare il successo complessivo dell'insegnamento tecnico trovato grazie all'IA[32].

La soluzione evidenziata appare senz'altro tesa a favorire la funzione economica assolta dall'istituto brevettuale, poiché l'affermazione della infungibilità della qualità umana nella paternità dell'invenzione non recherebbe un *vulnus* alla brevettabilità delle invenzioni dell'IA che potrebbero ben essere brevettate, senza alcuno svantaggio economico per i richiedenti.

Tuttavia, ammettere la paternità di invenzioni in capo a soggetti che hanno avuto un coinvolgimento residuale nell'attività inventiva, soprattutto in mancanza dell'elaborazione di ulteriori precisazioni sul concetto di "contributo sufficiente", non

[29] Tribunale federale dei brevetti, 11 novembre 2021, 11 W (pat) 5/21.

[30] D. Kim, *The Illusory Standard of Significant Human Contribution to AI Assisted Inventions after the DABUS Decision of the German Federal Court of Justice*, in *IIC*, vol. 56, 2025, p. 369 ss.

[31] Corte Suprema federale tedesca, 11 giugno 2024, AZ X ZB 5/22.

[32] D. Kim, *The Illusory Standard of Significant Human Contribution to AI Assisted Inventions*, cit.

sembra coerente con il principio di equità sociale del *merito* dell'invenzione, quale contrappeso del monopolio brevettuale posto a tutela dell'interesse pubblico[33].

Prassi più tolleranti rispetto ad altre potrebbero, peraltro, portare gli *sponsor* e i produttori a prediligere un determinato ordinamento per proporre domanda di brevetto, alimentando il fenomeno del *forum shopping* verso quegli uffici brevettuali che richiedano soglie di partecipazione più basse ai fini della concessione di un brevetto.

Nonostante i richiamati limiti della sentenza dei giudici tedeschi questa può, nondimeno, rappresentare un modello teso al bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti, frutto di una interpretazione evolutiva del diritto dei brevetti diretta a consentirne l'adattamento alle peculiarità dell'IA e scongiurare mutamenti radicali del quadro normativo[34].

Infine, un altro punto degno di nota della sentenza della Corte Suprema riguarda proprio la negazione da parte di quest'ultima, che nel momento storico in cui questa è stata emessa, esista un sistema di IA totalmente autonomo da non necessitare di intervento umano, cosicché non sia ancora possibile parlare di invenzioni generate dalle macchine creative in completa autonomia.

Per concludere la disanima della questione dell'*inventorship*, preme precisare che le decisioni passate in rassegna non precludano, a talune condizioni, la brevettabilità delle invenzioni ottenute tramite l'IA, ma in esse viene chiarito come sia necessario che il proponente indichi nella domanda di brevetto almeno una persona fisica quale inventore, non potendo l'IA assumere tale qualità.

Del resto, riconoscere una forma di personalità giuridica all'IA non solo non sarebbe coerente con la *ratio* incentivante alla base della tutela brevettuale, ma potrebbe altresì consentire l'impunità di condotte illecite, delle quali la macchina non potrebbe rispondere. L'individuazione di un soggetto quale centro di imputazione dei diritti derivanti dal brevetto, in capo a cui ricada altresì la responsabilità per eventuali atti *contra legem*, favorirebbe invece l'innovazione nel campo dell'IA, da un lato e, la certezza del diritto, dall'altro, evitando al contempo che siano stravolti i principi fondanti della disciplina dei brevetti[35].

[33] *Ibidem*.

[34] I. De Gasperis, *Le questioni giuridiche poste dalle invenzioni connesse all'Intelligenza Artificiale*, cit.; D. Kim, The *Paradox of the DABUS Judgment of the German Federal Patent Court*, in *GRUR International*, vol. 71, n. 12, 2022, p. 1162 ss.

[35] I. Ferrari, *Tutela della proprietà intellettuale nel mondo dell'Intelligenza Artificiale:*

4. *L'assolvimento degli obblighi descrittivi dell'invenzione*

Dalla necessità di operare un bilanciamento dei contrapposti interessi che caratterizzano i sistemi brevettuali contemporanei deriva il corollario secondo cui alla posizione monopolistica dell'inventore si debba accompagnare, quale contropartita, un accrescimento dell'innovazione e del *know how* complessivi[36].

A tale funzione riequilibrante concorrono le norme che impongono in capo agli inventori una specifica *duty of disclosure*, per cui la descrizione dell'invenzione contenuta nelle rivendicazioni della domanda di brevetto deve essere effettuata in modo sufficientemente chiaro e dettagliato da consentire a una persona esperta nel settore della tecnica pertinente di riprodurla[37].

Nell'ordinamento regionale europeo dei brevetti, tale obbligo è previsto dall'art. 83 della CBE a norma del quale il richiedente è tenuto a descrivere la propria invenzione in maniera sufficientemente chiara e comprensibile da consentirne la riproduzione.

In altri sistemi brevettuali, come quello statunitense e quello australiano, la legge stabilisce anche che l'inventore indichi il miglior metodo o modo per realizzare l'invenzione (*best method* o *best mode*)[38].

Quest'ultima ulteriore previsione - meramente facoltativa in base alla disciplina dell'Accordo sui *TRIPS*[39] - rappresenta senz'altro un elemento di maggiore chiarezza descrittiva che favorisce la ricerca successiva[40].

Difatti, quanto più la descrizione dell'invenzione è puntuale e dettagliata, tanto più è possibile prevenire il rilascio di brevetti con rivendicazioni ampie e generiche, finalizzati ad estendere in futuro la durata della tutela brevettuale con

Artificial Inventor Project, Thaler e i brevetti negati a Dabus, in *Comparative Law Review*, vol. 15, n. 3, 2024, p. 130 ss.

[36] G. CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 32 ss.

[37] V. DENICOLÒ, L. FRANZONI, *The contract theory of patents*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 23, n. 4, 2003, pp. 365-380; J. C. LAI, *Taking Nature Seriously: An Implied "Natural Contract" to Patents?*, in *IIC*, vol. 52, n. 2, 2021, pp. 99-102.

[38] 35 U.S.C. 112.

[39] Art. 29, Accordo TRIPS, cit.

[40] G. DE RASSENFOSSE, G. PELLEGRINO, E. RAITERI, *Do patents enable disclosure? Evidence from the invention secrecy act*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 92, 2024, p. 1 ss.

modifiche marginali del prodotto, o ad ostacolare l'ingresso di potenziali concorrenti nel mercato[41].

Non può escludersi che tali condotte, che potrebbero dirsi anche strategiche, abbiamo un carattere difensivo, nella misura in cui esse tendano a scongiurare che prodotti brevettati vengano copiati. In ogni caso, tali comportamenti hanno l'effetto di precludere la brevettabilità di prodotti concorrenti e influiscono negativamente sulla concorrenza e l'innovazione.

La fase nazionale di esame delle domande di brevetto si caratterizza, quindi, come un momento cruciale e dal suo rigore dipende l'ingresso o meno nello stato dell'arte di invenzioni prive di un'adeguata novità e originalità.

Come detto, per le invenzioni ottenute mediante una cospicua assistenza dell'IA, o per quelle generate da quest'ultima, l'opacità degli algoritmi, riconducibile al noto problema del *black box effect*, a causa del quale il percorso causale seguito dagli algoritmi non è trasparente, conoscibile e ripercorribile, impatta negativamente sull'adempimento degli obblighi descrittivi.

La peculiarità tecnica dell'IA ridurrebbe quindi le aspettative di incremento generale della conoscenza derivante dalla divulgazione dell'invenzione, quale contropartita del monopolio brevettuale alla base del "patto sociale" tra inventore e collettività[42].

Si potrebbe quindi ritenere che le invenzioni concepite dall'IA, nella misura in cui non consentano di ottemperare agli obblighi descrittivi dell'invenzione, determinino uno squilibrio nei rapporti di dare e avere sui quali il sistema brevettuale trarrebbe la propria giustificazione, a netto svantaggio degli interessi collettivi.

Tuttavia, tale criticità potrebbe essere superata mediante l'adozione di meccanismi correttivi di natura tecnica, che siano in grado di spiegare il funzionamento degli algoritmi *black box*, per esempio, servendosi di modelli di

[41] A. K. ZABY, D. HEGER, M. GIEBEL, *Strategic non-disclosure in patents*, in AA.VV., *Book of Abstracts. EPIP 2022: Opening IP for a Better World?*, Cambridge, 2022, pp. 1-22.

[42] W. D. NORDHAUS, *The optimum life of a patent: reply*, in *The American Economic Review*, vol. 62, n. 3, 1972, p. 428 ss.; S. EISENBERG, *Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use*, in *University of Chicago Law Review*, n. 1, 1989, p. 1017 ss.; S. GHOSH, *Patent Law and the Assurance Game: Refitting Intellectual Property in the Box of Regulation*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 18, n. 2, 2005, p. 307 ss.; V. DENICOLÒ, L. A. FRANZONI, *The contract theory of patents*, cit.

"*explainable ML*", rendendo dettagliatamente conto dei modelli di *training* impiegati, oppure facendo ricorso a modelli algoritmici interpretabili[43].

5. *I requisiti di brevettabilità*

Ulteriori dubbi sull'adattamento del sistema brevettuale europeo alle specifiche caratteristiche tecniche delle invenzioni generate dall'IA, o tramite la sua prevalente assistenza, riguardano i parametri di valutazione dei requisiti di brevettabilità della "novità" e dell'"originalità".

Si noti che i sopra richiamati requisiti si pongono come fondamentali contrappesi rispetto al costo imposto alla società dal monopolio brevettuale, il quale deve pertanto trarre la propria giustificazione nella "innovatività" dell'oggetto di privativa.

Nel sistema della CBE, in particolare, una invenzione è brevettabile quando è "nuova", implica un'"attività inventiva" ed è "suscettibile di applicazione industriale"[44].

Per quel che riguarda l'"attività inventiva" o "originalità" di un'invenzione, questa viene accertata in esito ad un giudizio di "non ovvietà" della soluzione che risolve il problema tecnico alla base dell'invenzione.

L'UEB, al fine di determinare in modo oggettivo la "non ovvietà" di un'invenzione, ha elaborato taluni metodi valutativi che sono indicati nelle proprie linee guida per l'esame delle domande di brevetto europeo[45]. Generalmente dopo aver determinato lo "stato della tecnica" e il problema che l'invenzione mira a risolvere, l'ufficio decide se quest'ultima, considerato lo stato dell'arte più pertinente e tenuto conto del problema tecnico da risolvere, possa considerarsi "ovvia" per la persona "esperta nel ramo della tecnica"[46].

In base all'art. 54 della CBE lo "stato della tecnica" consiste in tutto ciò che sia stato reso pubblico prima della data della domanda di brevetto o della data

[43] C. RUDIN, *Stop Explaining Black Box Machine Learning Models for High Stakes Decisions and Use Interpretable Models Instead*, in *Nature Machine Intelligence*, 2019, p. 206 ss.

[44] Art. 52, par. 1, CBE.

[45] V. EPO, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, April 2025 edition, part G, ch.VII, par. 4 ss., www.epo.org/en/legal/guidelines-epc.

[46] EPO Boards of Appeal, 10 March 2021, caso G 1/19 (*Pedestrian simulation*).

di priorità, mediante divulgazione, sia scritta che verbale, ancorché accidentale e circoscritta ad un numero esiguo di persone, quand'anche si tratti di un solo individuo su cui non gravi un obbligo di riservatezza, purché questi sia in grado di accedere alle informazioni e di comprenderle[47].

La determinazione del perimetro dello stato della tecnica avviene usualmente tramite una ricerca nelle pubblicazioni scientifiche e nei libri di testo, anche inseriti in banche dati digitali. Tuttavia, a causa della rapidità con cui le tecnologie legate all'IA evolvono e la capacità di produrre documentazione rilevante ai fini brevettuali, la letteratura scientifica e i testi disponibili potrebbero non essere aggiornati ed esaustivi[48].

Peraltro, il sempre più cospicuo utilizzo dell'IA generativa a fini inventivi impatta sulla valutazione della "non ovvietà" dell'invenzione, attualmente basata sul modello antropocentrico. In una prospettiva di adattamento del diritto alle esigenze derivanti dalle caratteristiche dell'IA, e qualora quest'ultima divenisse uno strumento correntemente usato da coloro che operano in determinati settori, allora si può ritenere che la capacità di utilizzare l'IA debba essere integrata tra le conoscenze della "persona esperta nel ramo della tecnica"[49].

Conseguentemente, il compito degli esaminatori si estrinsecherebbe nell'appurare se tale figura fittizia, date le circostanze del caso concreto, avrebbe fatto ricorso all'ausilio dell'IA per risolvere lo specifico problema affrontato dall'invenzione, con il medesimo intento, secondo il percorso logico e con le modalità scelti dall'inventore[50].

Del resto, secondo linee guida dell'UEB, la "persona esperta" corrisponde a un professionista qualificato nel settore tecnologico pertinente, dotato di conoscenze e capacità medie, il quale abbia virtualmente accesso alla totalità dello stato della tecnica pertinente e si serva degli strumenti che sono normalmente

[47] I. DE GASPERIS, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza dell'ufficio europeo dei brevetti in materia di novità dei brevetti farmaceutici e di alcuni aspetti etici e giuridici connessi alla sperimentazione clinica*, in *OIDU*, 2023, p. 747 ss.

[48] N. SHEMTOV, G. GABISON, *The inventive step requirement and the rise of the AI machines*, in R. ABBOTT (ed.), *Research handbook on intellectual property and artificial intelligence*, Cheltenham, 2022, p. 423 ss.

[49] N. SHEMTOV, *A Study on Inventorship in Inventions Involving AI Activity*, in *Study commissioned by the European Patent Office*, 2019, p. 21 ss., www.link.epo.org/web/Concept_of_Inventorship_in_Inventions_involving_AI_Activity_en.pdf.

[50] N. SHEMTOV, G. GABISON, *op. cit*.

impiegati dai professionisti nel settore tecnologico considerato per svolgere il lavoro di routine[51].

L'inclusione dell'IA tra tali strumenti sarebbe coerente quindi con il richiamato orientamento dell'UEB, il quale ha anche abbracciato nelle proprie decisioni una concezione dinamica e non statica della "persona esperta", la quale subisce una costante evoluzione nell'ambito del settore tecnico pertinente[52].

Sotto altro profilo, nel contesto delle invenzioni generate dall'IA, anche l'accezione del contributo umano al concepimento dell'invenzione verrebbe modificata, andandosi a collocare prevalentemente nel momento del riconoscimento della rilevanza tecnica e innovativa dell'*output* prodotto dalla macchina, o delle associazioni create dall'IA, o anche nella fase di validazione o certificazione finale dei risultati elaborati dall'IA.

Questo cambio di prospettiva introdotto dall'IA generativa, se inquadrato in una dinamica evolutiva, potrebbe evitare una modifica del quadro giuridico e dei parametri di valutazione dell'"ovvietà" delle invenzioni elaborati dall'UEB, come ad esempio quelli della ragionevole aspettativa di successo e del *try and see approach*, che continuerebbero ad essere applicati[53].

Tuttavia, data la velocità e l'efficienza dell'IA nell'immagazzinare, elaborare, associare e produrre dati, si può ipotizzare che, nel lungo termine, si possa verificare un aumento delle soluzioni tecniche che appaiano "ovvie" alla "persona esperta nel ramo della tecnica che si serva dell'IA", con conseguente svuotamento del concetto di "originalità" dell'invenzione[54].

Infatti, l'ampliamento dello stato della tecnica e la crescente difficoltà nell'individuare e reperire documenti al proprio interno che ne consegue, conducono altresì ad una dilatazione delle competenze e conoscenze della "persona esperta", così aumentando le possibili soluzioni "ovvie" per tale figura di riferimento[55].

[51] EPO, *Guidelines*, cit., part G, ch.VII, par. 1.3.

[52] EPO Boards of Appeal, 2 June 1992, caso T 0774/89 (*Efomycine als Leistungsförderer/BAYER*); Id., 20 October 1998, caso T 0817/95 (*Schichtsilicate/HENKEL*).

[53] Id., 31 May 2007, caso T 1396/06 (*HLA Binding Peptides/EPIMMUNE*); Id., 24 June 2015, caso T 2168/11 (*Alzheimer's disease beta amyloid peptide mouse model/ELAN ELI LILLY*).

[54] E. Bonadio, L. Mcdonagh, P. Dinev, *op. cit.*; R. Abbott, *Everything is Obvious*, in *UCLA Law Review*, n. 2, 2018, pp. 2-52.

[55] L. Zoboli, *Diritto dei brevetti e intelligenza artificiale*, Milano, 2023, p. 133 ss.

Il processo di espansione dello stato della tecnica tramite la raccolta automatizzata di dati potenzialmente rientranti in quest'ultima da parte dell'IA, accompagnata dalla pubblicazione di tale materiale, viene peraltro perseguito con lo scopo di sabotare il sistema brevettuale da taluni gruppi, come *All Prior Art*, che si prefigge di rendere progressivamente più ardua l'individuazione di soluzioni innovative e la brevettabilità di nuove invenzioni[56].

Ma se l'uso dell'IA in ambito brevettuale porterà con ogni probabilità ad un ampliamento dello stato della tecnica, si può ragionevolmente ritenere che si arrivi al punto in cui quest'ultimo giunga a saturazione per interi segmenti di mercato, con una perdita di valore anche dell'ulteriore requisito di brevettabilità della "novità" dell'invenzione[57].

6. *Riflessioni conclusive*

Il rapido sviluppo tecnologico dell'IA e il suo crescente utilizzo in settori di cruciale rilevanza sociale ed economica pone all'attenzione delle istituzioni e del legislatore europei questioni giuridiche inedite e sfide senza precedenti.

Sebbene numerosi siano i benefici e le potenzialità derivanti dall'impiego dell'IA nella vita quotidiana, qualora questo non si accompagni a *policy* che garantiscano la tutela dell'interesse pubblico e dei diritti fondamentali, gli effetti sullo stato di diritto europeo potrebbero essere dirompenti, compromettendone i principi fondanti di equità, uguaglianza, trasparenza, rispetto della *privacy*, autonomia degli individui e di certezza del diritto[58].

Le caratteristiche tecniche dell'IA mettono a dura prova l'adattabilità della disciplina dei brevetti, mentre la risposta normativa non riesce a tenere il passo con la rapidità con cui la tecnologia si evolve. Ci si potrebbe quindi chiedere se, sotto la

[56] L. ZOBOLI, *op. cit*.

[57] I. DE GASPERIS, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza dell'ufficio europeo dei brevetti*, cit.; G. DE RASSENFOSSE, A. B. JAFFE, M. F. WASSERMAN, *AI-Generated Inventions: Implications for the Patent System*, in *Southern California Law Review*, 2023, p. 122 ss.

[58] In ragione dei possibili effetti dirompenti dell'IA sui valori dello stato di diritto europeo, Comitato sull'intelligenza artificiale del Consiglio d'Europa ha adottato, il 17 maggio 2024, la Convenzione Quadro sull'Intelligenza Artificiale e i Diritti Umani, la Democrazia e lo stato di diritto.

spinta della continua espansione dello stato della tecnica e dell'ampliamento dei confini della "novità" e dell'"ovvietà" delle invenzioni, che l'IA ha accelerato, il sistema brevettuale non sia inevitabilmente destinato ad una implosione.

Tuttavia, storicamente l'istituto del brevetto si è caratterizzato, più di altri strumenti giuridici, per una spiccata capacità adattiva alle esigenze economiche e sociali di volta in volta ritenute maggiormente meritevoli di tutela in un dato ordinamento. A mente di chi scrive, si potrebbe quindi ritenere che, anche grazie alla propria posizione ancillare nei confronti del progresso scientifico, lo strumento brevettuale possa continuare ad evolvere, mediante l'adozione di opportuni correttivi tecnici e normativi, così da mantenere la propria funzione di incentivo all'innovazione.

Del resto, l'adozione di correttivi alla disciplina dei brevetti è anche la soluzione percorsa dalla stessa Unione, la quale interviene in tale ambito per armonizzare le normative degli Stati membri, ovvero per correggere asimmetrie che possano pregiudicare il mercato interno. L'adattamento normativo appare, dunque, un processo inevitabilmente connesso al rapporto di mutua interdipendenza tra la tecnica e la norma che la regola, per cui non sarebbe nemmeno pensabile che l'evoluzione tecnologica non influisca in alcun modo sulla legislazione.

Come avvenuto per i brevetti biotecnologici, si può ritenere che anche per le invenzioni generate dall'IA, o realizzate con la sua preponderante assistenza, verranno individuate delle misure normative atte a bilanciare gli interessi privati con quelli di natura pubblica.

Tuttavia, l'IA si differenzia dalle altre tecnologie innovative, comprese quelle riconducibili alle biotecnologie, per la sua interdisciplinarità, la mancanza di predicibilità dei risultati degli algoritmi, nonché la rapidità con cui questa si evolve, tutti elementi che impongono un continuo ripensamento dei contorni della disciplina dell'IA e dei limiti al suo utilizzo.

Allo stesso tempo, è innegabile che il permanere della centralità dell'uomo nel sistema brevettuale dell'Unione rappresenti la scelta più coerente con il quadro giuridico complessivo e i valori dello stato di diritto europeo. Ciò anche in ragione del fatto che sussistono ad oggi dubbi sulla completa autonomia dell'IA nel raggiungere risultati brevettabili, dovendosi invece ritenere che il ruolo dell'uomo sia ancora determinante e imprescindibile[59].

[59] L. ZOBOLI, *op. cit.*, p. 69 ss.

Al contrario, il riconoscimento della paternità dell'invenzione in capo alla macchina, oltre a non essere attualmente percorribile secondo la giurisprudenza e le decisioni degli uffici brevettuali prevalenti, non appare nemmeno proficuo, giacché il paradigma incentivante alla base del brevetto è congegnato sul modello cognitivo umano. Inoltre, tale soluzione lascerebbe aperta la questione della non imputabilità della responsabilità civile e penale alla macchina, da cui discenderebbe la non punibilità di atti contrari alla legge[60].

Non può parimenti negarsi che, al di là degli aspetti sfidanti dell'*Artificial Inventor Project*, quest'ultimo abbia avuto il pregio di richiamare l'attenzione della comunità internazionale sulla necessità di valorizzare gli sforzi dell'industria dell'IA generativa tutelandone giuridicamente i risultati.

A mente di chi scrive accordare la tutela brevettuale a tali invenzioni sembrerebbe la scelta più opportuna per due ordini di ragioni. La prima risiede nel fatto che se le invenzioni delle macchine creative non venissero affatto protette, si potrebbero irreparabilmente sottrarre delle tecnologie utili alla collettività[61]. La seconda motivazione risiede nella circostanza, molto probabile, che tali invenzioni verrebbero tutelate tramite segreto industriale, il quale determina una circolazione e il trasferimento di *know how* inferiori rispetto a quanto avviene con il brevetto[62].

Pertanto, nella evidenziata prospettiva di favorire l'innovazione e il mercato dell'IA, pur mantenendo fermo il principio antropocentrico che informa i sistemi brevettuali contemporanei, sembrerebbe opportuno attribuire la paternità delle invenzioni realizzate dall'IA ed il diritto di sfruttarle economicamente ad uno o più esseri umani, che possano quindi essere designati quali "inventori" nella domanda di brevetto.

Quanto all'individuazione di tali soggetti, un criterio che potrebbe essere adottato è quello di riconoscere la qualità di inventore ai soggetti che abbiano concorso alla realizzazione dell'invenzione, i quali si sono serviti dell'IA alla stregua di un qualsiasi altro strumento tecnologico utile per raggiungere risultati innovativi. Il contributo umano potrebbe quindi essere ricercato nel necessario apporto dell'uomo alla programmazione della macchina, inclusa la fissazione dei

[60] C. GRIECO, *op. cit.*, p. 239 ss.

[61] G. SENA, *Invenzioni brevettabili e intelligenza artificiale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, n. 2, 2020, p. 151 ss.

[62] D. J. GERVAIS, *op. cit*.

parametri e dei problemi da risolvere, ovvero al *training* dell'IA, nonché al collaudo finale e alla validazione dei risultati ottenuti, in quanto trattasi di passaggi cruciali al fine della buona riuscita di un'invenzione. La scelta potrebbe quindi riguardare, anche riconoscendone la qualità di co-inventori, i seguenti individui: il programmatore, colui che ha effettuato il *training*, l'utilizzatore dell'IA, nonché colui che abbia compreso per primo l'innovatività del risultato (qualora non coincidente con gli altri soggetti menzionati)[63].

Tale soluzione, tuttavia, potrebbe di fatto abbassare oltre misura il livello del contributo umano all'invenzione, discriminare e pregiudicare gli inventori che non si servano dell'IA e determinare un generale depauperamento delle competenze e conoscenze professionali (*deskilling*). Inoltre, l'individuazione dell'inventore o di un gruppo di inventori potrebbe variare a seconda delle circostanze del caso concreto, dovendosi esaminare di volta in volta il contributo effettivamente prestato dai vari soggetti. Ciò, tuttavia, aprirebbe la strada a difformità delle prassi degli uffici brevettuali nazionali, le quali con ogni probabilità finirebbero per divergere consistentemente tra di loro, determinando asimmetrie nel mercato e pregiudicando il *level playing field*.

Diversamente, si potrebbe invece attribuire la qualità di inventore dell'invenzione generata dall'IA al proprietario della macchina che abbia finanziato le ricerche e che presenti la domanda di brevetto, ricorrendo ad una *fictio iuris*[64].

In tale prospettiva, la soluzione adottata dall'ufficio brevettuale tedesco nel caso *DABUS* può rappresentare un utile modello atto a realizzare un pragmatico bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, da un lato, quello di incentivare l'innovazione e remunerare gli sforzi inventivi nel contesto dell'IA e, dall'altro, mantenere fermo il principio cardine per cui l'inventore coincide con l'essere umano. Tale soluzione sembrerebbe, altresì, coerente con la CBE (art. 52) e con l'Accordo sui *TRIPS* (artt. 27-28), in base ai quali la concessione di un brevetto è subordinata all'accertamento della presenza oggettiva dei requisiti di brevettabilità, a nulla rilevando il modo attraverso cui un'invenzione è stata ottenuta[65].

Sotto altro profilo, attinente all'ottemperanza degli obblighi descrittivi

[63] L. ZOBOLI, *op. cit.*, p. 82 ss.

[64] C. GRIECO, *op. cit.*, p. 266 ss.

[65] N. LUCCHI, *Intelligenza Artificiale, creatività e brevetti: sfide attuali e prospettive pro futuro*, in *DPCE online*, vol. 51, n. 1, 2022, p. 285 ss.

dell'invenzione, si ravvisa l'utilità dell'elaborazione di linee guida per gli operatori economici, che forniscano indicazioni sulla redazione di rivendicazioni che tengano conto del funzionamento e dell'impatto degli algoritmi, ovvero dei metodi di *ML* impiegati. Del pari, analoghi strumenti di *soft law* rivolti agli esaminatori, potrebbero uniformare la valutazione delle domande di brevetto e scongiurare l'ingresso di invenzioni che non ottemperino agli obblighi descrittivi o che non siano effettivamente inventive[66]. Al contempo, dovrebbe incoraggiarsi l'adozione di modelli il più possibile trasparenti ed affidabili, da affiancare a sistemi di certificazione delle macchine e alla supervisione di autorità indipendenti di controllo[67].

[66] R. B. SHNEIDERMAN, *Human-Centered Artificial Intelligence: Reliable, Safe & Trustworthy*, in *International Journal of Human-Computer Interaction*, 2020, p. 495 ss.

[67] C. RUDIN, *op. cit.*

Abstract (ita)

Gli sviluppi tecnologici dell'Intelligenza Artificiale (IA) offrono prospettive particolarmente promettenti in una pluralità di ambiti socialmente ed economicamente rilevanti quali, per fare solo alcuni esempi, la chirurgia e la diagnostica, l'energia e i materiali sostenibili, la finanza, nonché l'amministrazione pubblica, inclusa la giustizia. Non stupisce quindi il crescente interesse dell'industria per lo sfruttamento commerciale dell'IA anche attraverso la tutela offerta dai brevetti, le cui domande sono cresciute sensibilmente nell'ultimo decennio. Al tempo stesso, a fronte dei benefici prospettati dallo sfruttamento dell'IA emerge sempre più la consapevolezza che quest'ultimo debba accompagnarsi a *policy* che, pur sostenendo le iniziative industriali, ne garantiscano l'equità, la sostenibilità e l'eticità. Sotto il profilo giuridico, la rapidità con cui la tecnologica evolve si pone indubbiamente in contrasto con i tempi del procedimento legislativo, mentre le caratteristiche tecniche dell'IA sollevano complesse questioni di adattamento normativo e compliance. Quanto alla disciplina dei brevetti, l'avvento delle invenzioni generate autonomamente dall'IA ha determinato innanzitutto criticità nell'attribuzione della paternità dell'invenzione (*inventorship*), oltre che degli assetti proprietari (*ownership*) e dello sfruttamento commerciale dei diritti derivanti dal brevetto. Nella quasi totalità dei sistemi brevettuali contemporanei, compreso quello europeo, la qualità di inventore può riconoscersi esclusivamente alle persone fisiche, intese come esseri umani, suscettibili di assumere la titolarità di rapporti giuridici. Dubbi sulla compatibilità dei sistemi brevettuali con l'IA sono ulteriormente alimentati dalle caratteristiche tecnologiche su cui riposa il suo funzionamento e la natura degli output da questa prodotti, soprattutto con riguardo all'assolvimento degli obblighi descrittivi dell'invenzione e ai parametri di riferimento per la valutazione dei requisiti di brevettabilità, tra cui la definizione della persona esperta nel settore di riferimento e la latitudine dello stato dell'arte. Passate in rassegna le questioni giuridiche sollevate dall'IA generativa nel sistema brevettuale, anche tenendo conto dei precedenti giurisprudenziali maggiormente significativi, l'intervento affronterà le prospettive della disciplina europea dei brevetti alla luce del mutato contesto tecnologico di riferimento e dell'esigenza di garantire la certezza del diritto e la tutela dei diritti fondamentali.

Abstract (eng)

Technological advancements in Artificial Intelligence (AI) offer promising prospects in a variety of fundamental sectors, such as surgery and diagnostics, energy and sustainable materials, finance, as well as public administration, including justice. It is therefore not surprising that industry and governments are showing growing interest in the commercial exploitation of AI, including through the protection offered by patents, the number of applications for which has increased significantly over the last decade. At the same time, given the benefits expected from the exploitation of AI, there is a surging awareness that the latter should be accompanied by policies that, while supporting industrial initiatives, guarantee their fairness, sustainability and ethics. From a legal standpoint, the speed with which technology evolves conflicts with the slower response of the legislative process, whilst the technical characteristics of AI raise complex issues of regulatory adaptation and compliance. As for patent regulation, the advent of inventions generated by AI poses issues in the attribution of the inventorship, as well as of the ownership of the patent. In fact, in nearly all contemporary patent systems, including the European regional system, the quality of inventor can be recognized exclusively to natural persons, understood as human beings having legal personhood. The peculiar technological characteristics of the AI further challenge the current European patent system with regards to the fulfillment of the duty of disclosure of the invention and the examination of patentability requirements, including the definition of the "person skilled in the art". After outlining the issues raised by generative AI in the patent system and reviewing significant judicial precedents, the paper aims at assessing the prospects of the European patent legal framework in the light of the changing technological context and the need to guarantee the rule of law and the protection of fundamental rights.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E NUOVE VULNERABILITÀ. IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA INNOVAZIONE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sveva Del Gatto[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il bilanciamento tra certezza del diritto e flessibilità nell'approccio regolatorio. – L'efficacia delle soluzioni adottate dall'AI Act per la tutela dei diritti fondamentali. – L'effettiva utilità del coinvolgimento umano: il dibattito sulla riserva di umanità. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Vorrei ringraziare gli organizzatori di questo interessante Convegno per la squisita ospitalità. Un ringraziamento particolare ai Colleghi e Amici Gianluca Contaldi e Cristina Grieco per avermi invitato consentendomi di svolgere alcune riflessioni, a partire dai *papers* in discussione, sull'impatto dell'intelligenza artificiale sui diritti fondamentali.

Discutere i molti punti trattati nei *papers* al centro di questo primo *Panel* non è cosa facile anche perché trattano, come avete ascoltato dall'introduzione della Presidente, di temi molto diversi tra loro, seppur con alcuni minimi comun denominatori. Per questo ho scelto di concentrare il mio intervento su alcune questioni che mi sembra siano di particolare rilevanza quando si discute di tutela dei diritti fondamentali e intelligenza artificiale (tema oggetto di questo *panel* che mi vede come *discussant*) e che attraversano trasversalmente gli scritti qui in discussione. Svolgerò, poi, nella parte finale ulteriori osservazioni, questa volta

[*] Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università di Macerata. Il presente contributo è tratto dalla Relazione svolta in qualità di *discussant* del *Panel 1 – IA e tutela dei diritti* nell'ambito del Convegno "Intelligenza artificiale e nuove vulnerabilità: dal diritto europeo della concorrenza e della proprietà intellettuale alla tutela dei diritti fondamentali", Macerata, 8-9 maggio 2025, e si inserisce nell'ambito del progetto "Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (finanziamento MUR, programma: Dipartimenti di Eccellenza 2023-2027).

più specifiche per alcuni lavori che spero possano essere d'aiuto per il loro successivo sviluppo.

Peraltro io porto in questo autorevole consesso un punto di vista specifico, quello dello studioso del diritto amministrativo, branca che come molte qui rappresentate è stata fortemente interessata (per non dire travolta) dalla rivoluzione digitale[1].

Le riflessioni che mi accingo a fare riguardano la *governance* dell'intelligenza artificiale e il rapporto con i pubblici poteri e, più nel dettaglio, mirano a indagare se e come sia possibile conciliare la promozione dello sviluppo e dell'innovazione con la tutela dei diritti attraverso forme di regolazione tradizionale; e se sia (possa) essere possibile (preferibile) il ricorso a una *regulatory toolbox* diversa e innovativa. Mi interesserò dunque, al tema della regolazione: il potere pubblico che interviene decidendo *se* regolare, *quando* regolare e *come* regolare[2]. Ma anche a quello delle garanzie previste di fronte al potere pubblico che utilizza l'intelligenza e alla concreta efficacia delle stesse. Partiamo dal tema della regolazione guardando al contesto di partenza, al dilemma di base e alle scelte svolte dal legislatore.

Nella scelta se regolare o meno si sono contrapposte, sintetizzando al massimo perché si tratta di argomenti noti, due visioni a cui corrispondono essenzialmente due linee di azione in campo regolatorio riconducibili all'impostazione statunitense (in parte rivista con l'*executive order* di Biden[3]) e a quella dell'Unione europea[4].

[1] A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, voll. I-III, Bologna, 2022.

[2] In argomento, G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, p. 1085 ss.; B. MARCHETTI, L. PARONA, *La regolazione dell'intelligenza artificiale: Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un possibile equilibrio*, in *DPCE online*, 2022, p. 237 ss.; sia consentito anche il rinvio a S. DEL GATTO, *La "governance" delle nuove tecnologie tra tentativi di regolazione e istanze di "self regulation". Il caso del riconoscimento facciale*, in *RIDPC*, 2023, p. 37 ss.

[3] Il 30 ottobre 2023, il Presidente Biden ha emesso un *Executive Order* ("EO") in materia di Intelligenza Artificiale (AI) con l'obiettivo di promuovere lo sviluppo e l'uso sicuro, protetto e affidabile delle tecnologie di Intelligenza Artificiale. L'EO stabilisce, sulla base di otto principi e priorità, una serie di raccomandazioni e obblighi rivolti tanto ai fornitori dei sistemi di intelligenza artificiale quanto agli utenti (in modo particolare all'amministrazione federale). In argomento le riflessioni di E. CARLONI, *Il sentiero si fa camminando: la strategia statunitense per intelligenze artificiali sicure ed affidabili*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, p. 135 ss.

[4] Tre, in verità, sono gli approcci regolatori, essendosi successivamente aggiunta anche

Da un lato, la tesi di coloro che ritengono che la regolazione freni l'innovazione, diffuse prevalentemente negli USA anche in ragione delle pressioni delle *big tech* e del mondo degli imprenditori[5] e che hanno portato (e incoraggiato) a fenomeni di *self regulation* da parte delle *big tech*. Dall'altra parte, coloro che invece ritengono che l'innovazione debba essere necessariamente regolata per le implicazioni che ha e che può avere sulla sfera giuridica delle persone, posizione su cui, come tornerò a dire a breve si è da subito attestata l'Unione europea.

Personalmente ritengo che la tutela dei diritti non possa essere mai catalogata come ostacolo allo sviluppo tecnologico. La tutela dei diritti di fronte a poteri tecnologici di elevatissima capacità è piuttosto un *dovere* della società organizzata, per non lasciare il singolo da solo in una lotta impari.

Non si può tentare di incrinare la tutela dei diritti fondamentali (come la *privacy,* ma non solo) di fronte alla necessità di sviluppo: è un non argomento, un falso *trade-off*, che può celare interessi di natura diversa (non a caso sono gli imprenditori a sostenerla in maggior misura). Di contro, come in più occasioni ricordato dal Garante europeo, il rispetto del diritto alla *privacy* (e direi in generale il rispetto dei diritti fondamentali) è l'unico modo per giungere all'uso civilizzato di tali strumenti[6].

La strada della regolazione per tutelare i diritti fondamentali, lo ricordavo poc'anzi, è stata la strada che da subito ha voluto seguire l'Unione europea come è emerso con evidenza sin dal Libro bianco sull'intelligenza artificiale del 2019[7].

l'impostazione cinese. Si vedano al riguardo G. RESTA, *Cosa c'è di "europeo" nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, p. 323 ss.; D. CLEMENTI, *Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea*, in *RDC*, 2024, p. 371 ss.; L. PARONA, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, "soft law" e "self regulation"*, in *RRM*, 2020, p. 70 ss.

[5] É di recente pubblicazione, il libro di Alexander Karp, imprenditore dell'AI, in cui gli autori riaffermano l'idea che l'intelligenza artificiale è un'attività privata che lo Stato non deve intromettersi pena perdere la battaglia con la Cina. A. C. KARP, N. W. ZAMISKA, *The Technological Republic, Hard Power, Soft Belief, and the Future of the West*, New York, 2025.

[6] Osservatorio sullo Stato digitale, B. CAROTTI, *Nulla di nuovo sul fronte artificiale: ChatGPT e gli altri*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 10 maggio 2023.

[7] Commissione europea, Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, comunicazione COM (2020) 65final. In argomento sia consentito il rinvio a S. DEL GATTO, *Una regolazione*

Va detto, per inciso, che l'obiettivo di garantire la tutela dei diritti degli individui e dunque, regolare l'intelligenza artificiale affinché questa potesse essere affidabile non è stato l'unico (seppur è stato il principale) motore per una regolazione europea.

La rincorsa a un nuovo "*Brussels effect*" [8] è stata mossa dalla volontà dell'Unione di posizionarsi nello scenario internazionale dell'intelligenza artificiale, dove gli interessi economici sono fortissimi, ma dove l'Unione europea è in difficoltà a raggiungere una posizione di supremazia per quanto riguarda gli avanzamenti scientifici e la produzione. La scelta è stata quindi di puntare ad una sovranità digitale *regolatoria*. Ne è nato, dopo una lunga gestazione, l'*AI Act*[9]*,* avendo a mente il quale vorrei soffermarmi su tre profili che mi pare intersechino il tema oggetto di questa prima sessione. In primo luogo, l'efficacia delle soluzioni adottate dal regolamento sull'intelligenza artificiale per gestire il problema "tempo" e garantire la certezza del diritto senza sacrificare la necessaria flessibilità della regolazione; in secondo luogo, l'efficacia delle soluzioni adottate dall'*AI Act* per tutelare i diritti fondamentali. In terzo e ultimo luogo, l'effettiva utilità del coinvolgimento umano: è davvero possibile un'IA antropocentrica?

2. *Il bilanciamento tra certezza del diritto e flessibilità nell'approccio regolatorio*

Partiamo dal primo problema che tocca il bilanciamento tra certezza del diritto e flessibilità, ma anche si aggiunge, tra strumenti regolatori tradizionali e strumenti di regolazione innovativi c.d. flessibili capaci di dar vita a regole *future proof*. Perché questo problema? Per una questione di tempo. Il tempo è centrale

europea dell'AI come veicolo di eccellenza e affidabilità. Gli obiettivi del Libro bianco della Commissione europea sull'intelligenza artificiale, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 28 aprile 2020.

[8] A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, New York, 2020.

[9] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale, *AI Act*). In argomento la dottrina è ormai molto vasta. Senza pretesa di completezza, si rinvia a B. CAROTTI, *Le finzioni dell'intelligenza senza corpo, o dell'"AI Act"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2025, p. 31 ss.

nel dilemma sul regolare o meno l'IA e sul come regolarla. Quando si tratta di regolare le nuove tecnologie l'estrema velocità dei cambiamenti spariglia le carte della regolazione tradizionale. Non è chiaro a monte *quando* intervenire: mentre all'inizio del processo di evoluzione di un fenomeno tecnologico non sono esattamente conosciuti i suoi effettivi impatti, in termini di rischi e opportunità, cosicché regole nuove sarebbero espressione di approssimazione e inconsapevolezza, all'opposto, quando la tecnologia già si è diffusa l'introduzione di discipline più o meno vincolanti, può diventare molto oneroso per le imprese che devono adeguarvisi "in corsa", e persino inefficace[10].

Vi è un "divario di ritmo" tra la natura lenta della regolamentazione e la velocità del cambiamento tecnologico. Sussiste inoltre, una rilevante asimmetria informativa tra regolatori e regolati aggravata alla riluttanza delle imprese a divulgare informazioni rilevanti. Ce lo ha spiegato la dottoressa Pandolfi nella sua esposizione pocanzi.

Per risolvere questi problemi nell'*AI Act* sono state introdotte le c.d. *sandboxes* regolatorie (a cui accenna Pandolfi nel suo *paper* sul *pacing problem*). La locuzione è evocativa dello spazio di sabbia protetto nel quale i bambini possono giocare e imparare in sicurezza e la metafora può dirsi effettivamente riuscita. Senza addentrarsi in una disamina delle *sandboxes* ci si limita a ricordare che la *regulatory sandbox* può essere descritta come uno spazio di "sperimentazione normativa" che consente agli operatori interessati di testare le innovazioni tecnologiche, in un ambiente reale, ma con due sostanziali peculiarità: beneficiando di deroghe temporanee alla disciplina cui sarebbero sottoposte tali attività e restando sotto la supervisione dell'autorità competente per il settore[11].

Le *regulatory sandbox* quindi, in effetti, risolvono alcuni problemi delle tradizionali forme regolatorie consentendo al regolatore di venire in possesso della conoscenza, delle informazioni e dei dati utili a elaborare regole resilienti ed

[10] Sui profili giuridici del problematico rapporto tra diritto "tartaruga" e sviluppo tecnologico "lepre" si veda F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *OSF*, 2021, p. 1163 ss.

[11] G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *federalismi.it*, 2022, p. 88 ss.; M. TRAPANI, *L'utilizzo delle sandboxes normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali e il loro impatto sull'ordinamento*, in *OSF*, 2022, p. 215 ss.

efficaci rispetto alla specifica tecnologia in questione; d'altro canto, offrendo alle imprese la possibilità di provare le innovazioni, prima di immetterle sul mercato. Vi sono però dei profili critici su cui il *paper* poc'anzi richiamato, in particolare, dovrebbe concentrarsi, a partire dal fatto che manca una definizione univoca di tale istituto nella normativa e ciò sta generando molta confusione. Andrebbero quindi analizzate le diverse discipline ed esperienze a partire da quella italiana.

Nonostante i vantaggi, poi la stretta collaborazione tra regolatori e regolati (che ha portato a parlare di co-regolazione[12], altro profilo che suggerirei di approfondire nella versione definitiva di alcuni *paper* ora in discussione), può generare la cattura dei regolatori e creare effetti di "porta girevole".

Restando sul tema delle forme di regolazione alternative a quelle tradizionali, andrebbero poi indagate le regolazioni che spontaneamente nascono tra imprese e che determinano modifiche molto interessanti nei comportamenti delle grandi piattaforme (pensiamo all'acquisizione dei dati per l'addestramento. Sempre più frequentemente, anche in assenza di obblighi legali, le piattaforme stanno stringendo accordi e contratti con organizzazione ed aziende – ad esempio Bloomberg e Reuters – che prevedono l'accesso ai dati e agli archivi dietro pagamento)[13]. Come cambiano i comportamenti delle piattaforme di fronte alle lacune normative o alla lentezza normativa?

3. *L'efficacia delle soluzioni adottate dall'AI Act per la tutela dei diritti fondamentali*

Passiamo al secondo profilo, quello dell'efficacia dell'*AI Act* nel tutelare i diritti fondamentali. L'*AI Act* a ben vedere presenta una doppia anima: innovativa e allo stesso tempo tradizionale. Come osservato, la sfida di governare l'ultimo ritrovato della tecnica, infatti, si inserisce nel più classico degli strumenti dell'integrazione europea: le disposizioni relative al funzionamento del mercato unico. Una scelta di peso, ma controversa; una decisione sui valori, che però poggia su basi di mercato con alcune inevitabili conseguenze in tema di tutela dei diritti[14].

[12] Su cui si rinvia a A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *RTDP*, 2022, p. 1031 ss.

[13] Su cui si rimanda alle osservazioni svolte da L. TORCHIA, *Regolazione e innovazione nel mondo digitale: un equilibrio dinamico,* in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 3 giugno 2024.

[14] B. CAROTTI, *Punti di vista: l'AI Act*, *ivi*, 25 novembre 2024.

Secondo la logica *risk-based* alla base del regolamento[15], la protezione dei diritti fondamentali sembra seguire in effetti gli stessi metodi di valutazione del rischio utilizzati per la sicurezza dei prodotti (con tutte le storture che ne derivano) piuttosto che rappresentare un limite invalicabile per l'impiego di strumenti di IA potenzialmente nocivi.

L'ottica della c.d. "accettabilità del rischio" che permea la struttura dell'*AI Act* si discosta decisamente dalle aspirazioni e dall'impostazione perseguita dal GDPR, all'interno del quale i diritti fondamentali ricoprono una posizione a mio avviso più centrale.

Un altro timore concerne poi la formulazione di alcune disposizioni che riguardano i sistemi di IA ad alto rischio, che mi pare troppo ampia e astratta, soprattutto se paragonata alla sintassi e al lessico adoperati nella stesura del GDPR. Si pensi al caso del riconoscimento facciale[16].

Sia chiaro, nel complesso, il bilancio può dirsi chiuso in positivo, vi sono però accanto a tante luci alcune ombre di cui tenere conto nelle riflessioni che condurranno alla versione definitiva di alcuni dei *paper* oggetto di questa sessione.

4. *L'effettiva utilità del coinvolgimento umano: il dibattito sulla c.d. riserva di umanità*

Terza e ultima questione. Restando in tema di garanzie per i diritti fondamentali e di tutela del cittadino-utente, mi vorrei concentrare sulla c.d. riserva di umanità o *human in the loop*[17] tema che ricorre in molti *paper*. Il necessario intervento umano è notoriamente uno dei pilastri originari e mai contestati della

[15] Per cui si veda *ex multis* L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, Bologna, 2025.

[16] Su cui sia consentito il rinvio a S. DEL GATTO, *La "governance" delle nuove tecnologie tra tentativi di regolazione e istanze di "self regulation"*, cit., 2023, p. 37 ss.

[17] Il coinvolgimento dell'essere umano, c.d. *human in the loop*, pur non sufficiente è considerato elemento necessario per la legittimità dell'utilizzo di *software* di riconoscimento facciale da parte dei pubblici poteri. Per una definizione di *human in the loop* si vedano gli orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile elaborati dal gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, pubblicati nell'aprile del 2019 e posti a fondamento prima del Libro Bianco sull'AI e poi dell'*AI Act*. In argomento ampiamente G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, 2023, *passim.*

strategia regolatoria dell'UE in materia di intelligenza artificiale. Sin dal libro bianco del 2019 prima citato si è parlato di intelligenza artificiale antropocentrica (oltre che affidabile). Ma quanto è efficace questa garanzia ad esempio, quando sono i pubblici poteri che usano gli algoritmi nell'attività decisionale (si pensi a un'amministrazione o a un giudice)?

La risposta cambia ovviamente a seconda che si faccia riferimento all'uso strumentale o all'uso decisorio dell'algoritmo, e soprattutto cambia a seconda che si tratti di algoritmi *model based*, o di algoritmi *machine learning* capaci cioè di auto apprendere e di adottare decisioni in autonomia. Mentre nel primo caso non si creano (salvo quanto si dirà) particolari problemi nel secondo caso le possibilità che l'agente possa effettivamente controllare gli esiti del funzionamento dell'algoritmo ed eventualmente individuarne gli errori sono molto ridotte per varie ragioni[18].

In primo luogo, l'opacità di questi algoritmi. Il Consiglio di Stato ha affermato che quando la p.a. utilizza *software* che influenzano la decisione, per ovviare alla mancanza di altre garanzie è necessario garantire un principio di trasparenza rafforzata[19], ma è difficile immaginare che oltre alla c.d. "*fishbowl transparency*", ovvero la capacità degli interessati di poter osservare le modalità con cui l'amministrazione agisce, ottenendo le indicazioni utili tramite l'esercizio del diritto di accesso a dati, documenti e informazioni, possa essere garantita anche la c.d. "*reasoned transparency*" che concerne invece, la comprensione della logica che muove l'azione e le decisioni dell'amministrazione. Ma solo questo tipo di trasparenza, a mio avviso, può garantire una effettiva forma di controllo sull'operato dell'amministrazione e dunque garantire la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

È stato poi osservato, richiamando alcuni studi di psicologia comportamentale, che esiste nel rapporto tra umano e macchina un *anchoring effect* dovuto al forte condizionamento esercitato dalla macchina sull'umano. Sempre dagli studi condotti da alcuni psicologi risulta che una persona sia portata nell'88% dei casi a rimanere della propria opinione se si confronta con un'altra persona, e invece a mutarla più facilmente (la percentuale scende di oltre il 20%) se a pensarla

[18] Per una maggior dettaglio si rinvia a S. DEL GATTO, *Nuove tecnologie, pubblica amministrazione e rapporto con gli amministrati. Brevi note sulle tendenze in atto*, in *Diritto pubblico*, 2025, p. 155 ss.

[19] Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato 13 dicembre 2019, n. 8472.

diversamente è un sistema di intelligenza artificiale[20]. Questi dati peraltro sollevano preoccupazioni anche con riferimento ai sistemi *model based,* oltre che rafforzare i timori nel caso di uso di algoritmi *machine learning*[21].

C'è poi un secondo problema che ha a che vedere con la circostanza che le pubbliche amministrazioni generalmente esternalizzano a soggetti privati la costruzione dei sistemi di IA utilizzati, sicché, rispetto alla macchina, occorre domandarsi chi sia – tra il funzionario amministrativo e il costruttore del codice sorgente – l'umano che deve mantenere il controllo sul funzionamento del procedimento[22].

Infine, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, quando un funzionario è chiamato a controllare la correttezza della decisione algoritmica, per il principio/garanzia dello HITL, occorre riflettere sul tipo di competenze necessarie, competenze di cui la pubblica amministrazione difetta. Bisogna quindi ripensare in primo luogo le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni e in secondo luogo investire in formazione[23].

[20] Così B. MARCHETTI, *La garanzia dello Human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biolaw Journal*, 2021, p. 367 ss.

[21] In argomento I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, p. 643 ss. Come osservato dall'A. con riferimento ai sistemi di auto-apprendimento «[i]l *machine learning* possiede tre note caratteristiche che lo distinguono da altri tipi di tecniche: è basato sull'uso di algoritmi che imparano autonomamente, questi algoritmi hanno natura di *black box* e il sistema ha la capacità di produrre risultati che potrebbero potenzialmente superare la previsione umana. La prima attiene alla "spiegabilità": se le informazioni si trasformano in predizioni attraverso una *black box* in un modo che non è pienamente conoscibile, come motivare il provvedimento? […]». Sul problema della trasparenza nei sistemi di AI e su possibili soluzioni anche alla luce dei principi del nuovo Codice dei Contratti pubblici si rimanda a E. CARLONI, *Transparency within the artificial administration, principles, paths, perspectives and problems*, in *Italian Journal of Public Law*, 2024, p. 8 ss.

[22] Su questi problemi più ampiamente quanto scritto in S. DEL GATTO, *Nuove tecnologie,* cit., p. 155 ss.

[23] Sul problema della mancanza di competenza digitali nelle pubbliche amministrazioni cfr. F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in E. CALZOLAIO (a cura di) *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, 2020, p. 137 ss.

5. *Osservazioni conclusive*

Poiché il mio tempo si sta per esaurire vorrei concludere con alcune considerazioni più puntuali su alcuni *paper*. Partiamo da quello del dott. Vaira. Il *paper* tocca diversi temi, dalle infrastrutture strategiche, alla *cybersicurezza* e nuove minacce e della relazione tra più stringenti esigenze di sicurezza e tutela del libero mercato. Mi limito a due suggerimenti, uno su *cybersecurity* e uno sul bilanciamento tra sicurezza e libero mercato. Sul tema della cybersicurezza mi limito a osservare che profili da indagare maggiormente sono quelli relativi alla collaborazione pubblico-privato e alla collaborazione tra istituzioni rispetto ai quali la normativa italiana e la direttiva europea che ne è a monte testimoniano un costante rafforzamento. Da un lato, vengono aumentate le forme di collaborazione reciproca, lo scambio di informazioni e le risposte coordinate; dall'altro, sul versante organizzativo, si introduce un sistema reticolare, che pure andrebbe studiato.

Sul profilo del rischio di effetti protezionistici conseguenti al rafforzamento delle norme sulla sicurezza *cyber,* la domanda sottesa al *paper* mi pare riguardi in sostanza come conciliare le garanzie di sicurezza con l'apertura di mercato. Qui vanno in primo luogo studiati e paragonati i diversi approcci normativi. A livello europeo, la strategia per la sicurezza informatica si basa su un equilibrio tra protezionismo strategico e apertura al mercato globale, come dimostrato dall'approccio adottato nel *Cybersecurity Act* e nelle direttive NIS2, che pongono l'accento sulla certificazione dei prodotti senza introdurre vincoli di natura protezionistica. Guardando agli ordinamenti nazionali, invece la Francia è molto chiusa mentre l'Italia con la legge 90/2024 ha adottato una soluzione di mezzo abbastanza aperta ma comunque prudente e lo ha fatto attraverso l'introduzione di criteri di premialità per le tecnologie di cybersicurezza sviluppate in Italia o in ambito europeo e NATO. Sempre con riferimento a questo profilo, in Italia è importante vedere l'esperienza del Polo Strategico Nazionale che mi pare una soluzione all'avanguardia e da assurgere a modello.

Sul profilo più strettamente legato al *golden power* e agli investimenti esteri[24]

[24] Su cui senza pretesa di completezza si rinvia a S. CASSESE, *Il controllo degli investimenti esteri*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2025, p. 11 ss.; M. CLARICH, *Concorrenza, regolazione e intervento dello Stato nell'economia*, in *Riv. interd. dir. amm. pubbl.*, 2023, p. 123 ss.; S. DI NITTO,

diretti la tendenza che si registra è senza dubbio quella, evidenziata nel *paper* del rischio di un sempre maggiore protezionismo tecnologico, con diverse implicazioni di carattere giuridico. Qui a mio avviso va fatto un ragionamento sulle linee di cambiamento: è evidente mi pare, che la centralità delle tecnologie renderà sempre più anacronistica l'originaria individuazione dei settori strategici. Un primo segnale lo si ebbe già nel 2017 del resto. Questo perché una certa tecnologia, un particolare brevetto o *know-how*, determinati patrimoni informativi, potranno essere presenti in modo trasversale nei diversi settori. Due casi recenti confermano tale rilevanza: la vicenda Pirelli e il caso Verisem-Syngenta dove la strategicità delle società è stata rinvenuta non tanto nella "produzione *core*" quanto nello sviluppo da parte delle stesse società della particolare tecnologia dei sensori *cyber* e del patrimonio informativo, del *know-how* e delle tecnologie detenute dalle due società italiane.

Veniamo infine al *paper* sul *social scoring* della dott.ssa Perlot rispetto al quale comunque rileva già quanto detto a proposito dell'intervento umano e della capacità o meno di saper individuare errori e pregiudizi nelle decisioni amministrative algoritmiche. Questi sistemi operano in base a meccanismi di punizione e di ricompensa o indici di punteggio, legati ad entrambi[25].

In Italia troviamo i secondi e sarebbe utile tenerne conto nella versione definitiva del lavoro. Si tratta di meccanismi di reputazione che si pongono come sistemi di incentivazione dei cittadini all'adozione di comportamenti virtuosi. Si viene a configurare una sorta di «cittadinanza a punti», anche qui però con conseguenze giuridiche su diritti e le libertà degli interessati, inclusi i soggetti più vulnerabili che andrebbero approfondite. L'altro profilo su cui mi concentrerei nel discutere delle garanzie per i diritti, riguarda l'efficacia del meccanismo/garanzia del consenso su cui ho molte perplessità. Due in particolare i rilievi. Primo: lasciando da parte i sistemi totalitaristici come quello cinese, i problemi sottesi al *social scoring* si pongono anche nei casi di adesione volontaria, come nei casi italiani. La prospettiva di un premio, anche modesto, favorisce la

Il "golden power" nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio, in *Diritto amministrativo*, 2022, p. 553 ss.

[25] Sul tema G. CERRINA FERONI, *Intelligenza artificiale e sistemi di "scoring" sociale. Tra distopia e realtà,* in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2023, p. 1 ss.; G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il "social scoring" tra distopia e realtà*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, p. 317 ss.

prestazione del consenso a profilazioni anche molto penetranti. Secondo: appare illusorio di fronte a sistemi che mirano a coinvolgere categorie intere di soggetti (per cui la decisione di non partecipare potrebbe essere fonte di pregiudizi, o che propongono premi ed incentivi) parlare di consenso liberamente dato. E ancor più quando il consenso è chiesto da una pubblica amministrazione, considerata l'asimmetria di posizione e lo squilibrio tra p.a. e amministrato, la richiesta del consenso appare come un'opzione *opt out* che presenta numerose criticità[26] e non può assolutamente essere vista, a mio avviso, come una garanzia efficace ed effettiva.

[26] Su questi profili e su esperienze che evidenziano siffatta problematica con riferimento al rapporto tra pubblica amministrazione e amministrati si rinvia a S. DEL GATTO, *La "governance" delle nuove tecnologie*, cit., p. 37 ss.

Abstract (ita)

Lo scritto frutto dell'elaborazione della Relazione svolta in qualità di *discussant* del *Panel 1 – IA e tutela dei diritti* nell'ambito del Convegno "Intelligenza artificiale e nuove vulnerabilità: dal diritto europeo della concorrenza e della proprietà intellettuale alla tutela dei diritti fondamentali", Macerata, 8-9 maggio 2025 mira a indagare i profili della governance dell'intelligenza artificiale e gli effetti che l'utilizzo da parte dei pubblici poteri delle nuove tecnologie e di software di IA può avere sui diritti e sulle libertà fondamentali.

Abstract (eng)

The paper is the result of the report presented at the conference "Artificial intelligence and new vulnerabilities: from European competition and intellectual property law to the protection of fundamental rights," Macerata, May 8-9, 2025. It aims to investigate the governance of artificial intelligence and the effects that the use of new technologies and AI software by public authorities can have on fundamental rights and freedoms.

TEXT AND DATA MINING (TDM) E VIOLAZIONI DEL *COPYRIGHT*: L'ADDESTRAMENTO DELLA GENAI E IL DIRITTO UMANO ALLA SCIENZA ALLA LUCE DI ALCUNI ELEMENTI DI PRASSI RECENTE

Angela Maria Gallo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le eccezioni di TDM nella direttiva CDSM e il loro recepimento nell'ordinamento giuridico tedesco. – 3. La presunta violazione della normativa tedesca sul *copyright* da parte della Large-scale Artificial Intelligence Open Network (LAION). – 4. Il fondamento giuridico delle eccezioni di TDM in alcune norme di diritto internazionale e dell'Unione europea. – 5. Alcuni ulteriori elementi di prassi in materia di TDM. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le eccezioni di *Text and Data Mining* (TDM) previste dagli articoli 3 e 4 della direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale[1] (Copyright in the Digital Single Market – CDSM), rappresentano la risposta del legislatore europeo all'esigenza di garantire, in particolare ai soggetti che svolgono attività di ricerca, la possibilità di accedere ad un'ampia quantità di informazioni senza incorrere nei limiti imposti dalla normativa sulla proprietà intellettuale. Si tratta di una tecnologia integrata di elaborazione del linguaggio naturale (NLP), di classificazione di *pattern* e di apprendimento automatico (ML), che consiste in un processo computazionale di analisi e modellazione di contenuti testuali non strutturati in linguaggio naturale[2].

Orbene, l'art. 3 della direttiva CDSM consente agli enti di ricerca e agli istituti di tutela del patrimonio culturale di effettuare attività di riproduzione

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Ordine internazionale e diritti umani presso Sapienza – Università di Roma.

[1] Per un approfondimento sugli obiettivi raggiunti e sui fallimenti della direttiva, C SGANGA, *Dall'armonizzazione alla frammentazione: obiettivi e fallimenti della Direttiva Copyright (2019/790/UE) in materia di ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2023, pp. 47-66.

[2] Per una definizione esaustiva in materia, si veda, fra gli altri, C. ZONG, R. XIA, J. ZHANG, *Text and data Mining*, Singapore, 2021, p. 2 ss.

ed estrazione di opere coperte da *copyright*; mentre, l'art. 4 consente attività analoghe a fini commerciali solo se i titolari dei diritti d'autore non hanno espresso una riserva in merito (diritto di *opt-out*). Ambedue le eccezioni si applicano esclusivamente nei casi in cui i soggetti che eseguono il TDM dispongono di un accesso legale alle opere.

Tuttavia, dal momento che l'addestramento dell'intelligenza artificiale si fonda, come il TDM, su una analisi automatizzata dei dati «avente lo scopo di generare informazioni inclusi, a titolo non esaustivo, modelli, tendenze e correlazioni»[3], alcuni fornitori di modelli di IA potrebbero invocare l'applicazione, a seconda dei casi, di una delle due eccezioni previste dalla direttiva 2019/790, per giustificare l'utilizzo, senza licenza o autorizzazione, di opere protette da *copyright* ai fini dell'addestramento[4].

Una fattispecie di questo tipo è stata di recente decisa dal Tribunale di Amburgo nella causa *R. Kneschke c. Large-scale Artificial Intelligence Open Network (LAION)*, con la sentenza n. LG Hamburg 310 O 227/23 del 27 settembre 2024[5].

Nello specifico, i giudici tedeschi erano chiamati a stabilire se le attività di estrazione ed analisi dei dati, poste in essere a fini di ricerca, potessero integrare una violazione del diritto d'autore qualora tra i dati utilizzati per addestrare l'IA fosse compresa un'opera coperta da *copyright*.

Sebbene la pronuncia non abbia risolto tutte le questioni emerse nel corso del procedimento, ha chiarito alcuni profili relativi all'applicabilità delle eccezioni di TDM all'addestramento dell'IA, offrendo al contempo spunti di riflessione sulla nozione stessa di attività di ricerca.

Di seguito, dopo una breve ricognizione del quadro normativo sovranazionale e tedesco in materia, si analizzeranno la sentenza e altri elementi di prassi rilevanti, tenendo conto delle linee di tendenza attualmente seguite

[3] 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, art. 2.

[4] Per un approfondimento sul tema dell'addestramento della GenAI attraverso il TDM: C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU (October 17, 2019)*, in C. SAIZ GARCÍA, R. EVANGELIO LLORCA (dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Valencia, 2019, pp. 27-71; C. GEIGER, *The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Fundamental Right to Research and the Failed Text and Data Mining Limitations in the CSDM Directive*, in *Research Paper Series*, n. 66, 2021, pp. 383-394.

[5] Tribunale di Amburgo 27 settembre 2024, n. LG Hamburg 310 O 227/23, disponibile sul sito www.openfuture.eu.

dagli Stati e delle norme di diritto internazionale e dell'Unione europea in proposito. L'obiettivo è verificare se le eccezioni di *text and data mining* – in quanto strumenti funzionali alla ricerca scientifica e, al contempo, tecnologia alla base dell'addestramento dell'IA, oggi impiegata come mezzo di informazione – possano trovare fondamento nel diritto alla scienza, inteso quale diritto alla diffusione della conoscenza.

A tal fine, si rifletterà anche sulla possibilità che tale diritto costituisca un limite ai diritti di proprietà intellettuale riconosciuti e tutelati a livello internazionale.

2. *Le eccezioni di TDM nella direttiva CDSM e il loro recepimento nell'ordinamento giuridico tedesco*

Come noto, prima della direttiva UE 2019/790 sul diritto d'autore, il quadro giuridico europeo in materia di riproduzioni di opere coperte da *copyright* era piuttosto rigido, in quanto la tutela autoriale era estesa anche a banche dati e software, imponendo divieti di riproduzione, temporanei o permanenti, che di fatto escludevano le attività di *text and data mining*[6].

Successivamente, a seguito dell'evoluzione della tecnologia e della crescente possibilità di utilizzare il materiale pubblicato *online*, il legislatore europeo ha riconosciuto la necessità di introdurre eccezioni specifiche per il TDM, chiarendo i casi in cui tale attività sia lecita e quando, invece, possa integrare una violazione del diritto d'autore[7].

Orbene, come abbiamo visto, gli articoli 3 e 4 della direttiva CDSM disciplinano due distinte eccezioni: la prima riguarda l'uso di dati estratti a fini di ricerca scientifica; la seconda, invece, consente il TDM per fini generali,

[6] M. ZANCAN, *La nuova direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale*, *in MediaLaws*, disponibile sul sito www.medialaws.eu; V. BOCCHETTI, *La direttiva dell'Unione europea sul diritto d'autore*, in *DUE*, 2019; R. DUCATO, A. STROWEL, *Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues With the EU* Copyright *Exceptions and Possible Ways Out*, disponibile sul sito www.uclouvain.be. Per un quadro giuridico UE sul *text and data mining*, M. BOTTIS, M. PAPADOPOULOS, C. ZAMPAKOLAS, P. GANATSIOU, *Text and Data Mining in the EU 'Acquis Communautaire' Tinkering with TDM & Digital Legal Deposit*, in *Erasmus Law Review*, 2019, p. 190 ss.

[7] Per un'analisi sulla previsione delle eccezioni di TDM nella direttiva *Copyright*, C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *The Exception for Text And Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in The Digital Single Market – Legal Aspects*, disponibile sul sito www.europarl.europa.eu.

inclusi quelli commerciali, in deroga alla normativa sul diritto d'autore. Tuttavia, di recente, l'Unione europea nel fornire un'interpretazione sistematica delle due eccezioni[8], ha sottolineato che quelle previste dall'art. 3 sono incondizionate: i titolari dei diritti non possono opporsi al loro utilizzo, neppure esercitando il diritto di *opt-out*. Va detto, però, che esse sono riservate agli organismi di ricerca e agli istituti di tutela del patrimonio culturale[9] che operano per finalità di interesse pubblico, anche nell'ambito di partenariati con soggetti privati, purché questi ultimi non godano di un accesso preferenziale ai risultati.

Ancora, l'art. 3 consente l'archiviazione e la conservazione di copie delle opere e di altri materiali estratti, a condizione che sia garantito un livello di sicurezza adeguato in fase di memorizzazione, in modo da rendere possibile, in un secondo momento, la verifica dei risultati della ricerca. Ciò è importante, poiché la ricerca scientifica empirica richiede generalmente che i dati di ricerca restino disponibili a fini di corroborazione[10]. Inoltre, i titolari dei diritti, ossia quelli individuati dagli artt. 5, lettera a), e 7, par. 1, della direttiva 96/9/CE, dall'art. 2 della direttiva 2001/29/CE, e dall'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2019/790[11], possono applicare misure idonee a garantire la sicurezza e l'integrità delle reti e delle banche dati contenenti le opere o altri materiali oggetto di analisi ed estrazione dei dati. A tal proposito, come specificato nel considerando n. 16 della direttiva CDSM, tali misure intendono evitare che richieste massive di accesso e di scaricamento delle opere compromettano la sicurezza e l'integrità dei sistemi. Tra gli strumenti di controllo che i titolari dei diritti d'autore possono adottare rientrano la verifica dell'indirizzo IP e le procedure di autenticazione degli utenti.

Le eccezioni previste dall'art. 4, invece, consentono attività di TDM a

[8] UE, Commissione per la Giustizia, le Libertà civili e gli Affari interni, *Generative AI and Copyright. Training, Creation, Regulation*, p. 35, disponibile sul sito www.europarl.europa.eu

[9] Ai sensi dell'art. 2, par. 1 e 3 della direttiva CDSM un istituto di tutela del patrimonio culturale può essere una biblioteca o un museo accessibili al pubblico, un archivio o un istituto di tutela del patrimonio cinematografico o sonoro, mentre un organismo di ricerca può essere un ente senza scopo di lucro o un ente incaricato da uno Stato membro di svolgere una missione di ricerca di servizio pubblico.

[10] P. BERNT HUGENHOLTZ, *The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)*, in *Kluwer Copyright Blog*, 24 July 2019, disponibile sul sito www. legalblogs.wolterskluwer.com

[11] Si tratta, rispettivamente, del diritto di riproduzione delle banche dati, del diritto di estrazione e/o reimpiego del costitutore della banca dati, del diritto di riproduzione della direttiva *InfoSoc* e del diritto sulle pubblicazioni di carattere giornalistico.

fini generali, inclusi quelli commerciali, e possono essere esercitate da qualsiasi soggetto, purché i titolari dei diritti d'autore non si siano avvalsi di una riserva di *opt-out*, condizione inserita su proposta della delegazione olandese in fase di discussione in seno al Gruppo di Lavoro del Consiglio.

Tale riserva deve essere espressa in modo appropriato, ossia mediante l'uso di strumenti leggibili da una macchina, compresi metadati e termini e condizioni di un sito web o di un servizio. Tuttavia, i servizi possono essere opportunamente riservati in altro modo, attraverso, ad esempio, accordi contrattuali o dichiarazioni unilaterali o, ancora, aggiungendo metadati di tipo robot.txt ai loro contenuti *online*[12].

In ogni caso, ambedue le eccezioni presuppongono un accesso legittimo alle opere protette da *copyright*, come chiarito dal considerando n. 14 della direttiva, secondo cui è legittimo l'accesso derivante da accordi commerciali o dalla libera pubblicazione *online* dei contenuti.

Orbene, le eccezioni in parola sono contemplate dagli artt. 60d e 44b del *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*[13] (UrhG, la legge tedesca sul *copyright*). Non si tratta propriamente di un recepimento "totale" della direttiva CDSM, almeno per quanto concerne le eccezioni di TDM a fini di ricerca scientifica, in quanto esse erano già state previste dall'ordinamento giuridico tedesco nel 2017, a seguito della decisione del legislatore di non attendere l'emanazione della direttiva 2019/790, al tempo incerta[14]; tuttavia l'art. 60d è stato in parte modificato per adattarlo ai nuovi requisiti previsti dalla direttiva. Al contrario, le eccezioni di TDM a fini commerciali rappresentano una previsione normativa di nuovo conio per l'ordinamento giuridico tedesco, in quanto frutto del recepimento della direttiva CDSM, avvenuta nel 2021[15].

Ora, l'articolo 44b (1) dell'UrhG contiene la definizione giuridica di *text and data mining*, a cui si fa riferimento anche nell'articolo 60d della predetta legge, e adotta, in forma lievemente modificata, la definizione dell'articolo 2

[12] Considerando n. 18, direttiva (UE) 2019/790, cit.

[13] Il testo del codice è interamente disponibile sul sito www.gesetze-im-internet.de.

[14] G. SPINDLER, *Text- und Datamining im neuen Urheberrecht und in der europäischen Diskussion*, p. 273, disponibile sul sito www.mohrsiebeck.com; B. RAUE, *Free Flow of Data? The Friction Between the Commission's European Data Economy Initiative and the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market*, in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2017, p. 656.

[15] Universität Bremen, *Sonderfall: Text und Data Mining*, disponibile sul sito www.uni-bremen.de.

(2) della direttiva CDSM[16]. In questo contesto, il *text and data mining* è inteso come «l'analisi automatizzata di singole o multiple opere digitali o digitalizzate al fine di estrarre informazioni, in particolare su modelli, tendenze e correlazioni[17]».

Sia l'art. 44b che l'art. 60d dell'UrhG ammettono la digitalizzazione di informazioni analogiche a fini di text e data mining, tanto per i ricercatori quanto per i privati, ma escludono da queste eccezioni le attività poste in essere esclusivamente per la creazione di un archivio digitale.

Orbene, l'art. 44b consente le riproduzioni di opere ai fini di *text e data mining* eseguito a scopi commerciali, purché esse siano legalmente accessibili e l'autore non abbia espresso una riserva in proposito, che deve essere effettuata in un linguaggio leggibile dalla macchina. Inoltre, le predette attività sono consentite solo a condizione che siano richieste riproduzioni meramente temporanee nella memoria del computer.

La permanenza delle copie oltre il tempo necessario richiede la stipula di accordi di licenza con i titolari dei diritti, offrendo loro così una forma di remunerazione per l'uso[18].

Infine, l'art. 44b autorizza le attività di *text and data mining* anche in relazione ai programmi per computer[19].

L'art. 60d UrhG, invece, consente le attività di TDM di opere coperte da *copyright* per la ricerca scientifica, purché l'ente che effettua la ricerca *a)* persegua scopi non commerciali, *b)* reinvesta tutti i profitti nella ricerca scientifica; *c)* operi nell'ambito di un contratto riconosciuto dallo Stato.

L'analisi della normativa tedesca rivela alcuni profili interessanti.

Anzitutto, gli organismi di ricerca che collaborano con imprese private, le quali, però devono esercitare un'influenza determinante sull'ente di ricerca o possedere un accesso preferenziale ai risultati della ricerca scientifica, sono esclusi dalla lista dei beneficiari delle eccezioni di TDM, in antitesi con quanto disposto dal considerando n. 11 della direttiva CDSM, che prevede che gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio beneficino delle eccezioni di TDM anche quando le loro attività di ricerca siano svolte nel quadro di partenariati pubblico-privato. In questo modo, si riconosce la necessità avvertita dai predetti organismi ed istituti, spesso dettata dalla mancanza di fondi pubblici per finanziare l'uso di nuove tecnologie, di

[16] B. RAUE, *Die Freistellung von Datenanalysen durch die neuen Text und Data Mining-Schranken (§§ 44b, 60d UrhG)*, in *Journal of Copyright and Media Law*, 2021, p. 797.

[17] Art. 44b (1) del Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

[18] B. RAUE, *Die Freistellung*, cit., p. 798.

[19] Art. 69a (4) del Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

effettuare l'estrazione di testo e di dati utilizzando strumenti tecnologici all'avanguardia, messi a loro disposizione dai privati[20]. Ancora, molto interessante risulta la scelta del legislatore tedesco di interrompere l'accesso al pubblico ai risultati della ricerca una volta completata la fase di revisione della qualità della stessa, nonché di cancellare le copie quando non sono più necessarie per l'estrazione di testo e dati[21]. Ciò si discosta dal considerando n. 15 della direttiva CDSM, che ammette la possibilità di conservare le copie in un ambiente sicuro per consentire la corroborazione dei risultati anche al termine delle attività di TDM[22].

3. *La presunta violazione della normativa tedesca sul* copyright *da parte della Large-scale Artificial Intelligence Open Network (LAION)*

Orbene, le norme fin qui illustrate trovano applicazione concreta nella sentenza *Kneschke c. LAION*, di cui di seguito riportiamo brevemente i fatti occorsi.

Un fotografo tedesco, Robert Kneschke, il 27 aprile 2023 ha depositato un ricorso presso il Tribunale di Amburgo in quanto sosteneva che la *Large-scale Artificial Intelligence Open Network* (LAION), un'organizzazione no profit dedita alla creazione di *dataset* utilizzati per l'addestramento dell'intelligenza artificiale, avesse violato le norme tedesche in materia di diritto d'autore, poiché aveva incluso nel dataset "LAION 5B" una fotografia da lui scattata, senza il suo consenso[23]. La fotografia, infatti, era stata affidata ad un'agenzia di foto stock, che la commercializzava per conto del fotografo sul suo sito *online*, nel quale era presente un *disclaimer* che riportava le condizioni d'uso delle fotografie ivi pubblicate. Dunque, un'anteprima della predetta fotografia, seppur in bassa risoluzione e con filigrana, era accessibile al pubblico sul sito web dell'agenzia.

In aggiunta, l'attore sosteneva che il predetto set di dati fosse stato successivamente utilizzato per l'addestramento di un'IA a fini commerciali (in particolar modo per l'addestramento di IA di proprietà di Stability AI[24]).

[20] Considerando n. 11 della direttiva (UE) 2019/790, cit. Per approfondimenti sull'argomento, E. ROSATI, *An EU Text And Data Mining Exception for the Few: Would It Make Sense?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, p. 429 ss.

[21] Art. 44b del Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

[22] Considerando n. 15 della direttiva (UE) 2019/790, cit.

[23] *R. Kneschke c. Large-scale Artificial Intelligence Open Network (LAION)*, sopra citata.

[24] Stability AI è un'impresa che si occupa della creazione di modelli di intelligenza

La convenuta, invece, asseriva che la fotografia fosse già presente in un *dataset* formato da oltre 5 miliardi di coppie immagine-testo, disponibile online sin dal 2008[25], dal quale aveva estratto i dati per la creazione di LAION 5B, nell'ambito di una ricerca scientifica il cui oggetto di studio era la correlazione tra il contenuto dell'immagine e la descrizione di testo corrispondente. Infatti, il *dataset* da essa creato non includeva copie di opere, ma consisteva in una tabella contenente collegamenti ipertestuali a immagini o file immagine, pubblicamente disponibili su Internet, nonché un "testo alternativo" concernente informazioni sul contenuto dell'immagine[26].

Dunque, l'attore, invocando la normativa tedesca sul diritto d'autore, chiedeva la cancellazione della fotografia dal *dataset* LAION 5B, nonché un risarcimento per il danno patito.

La pronuncia del Tribunale di Amburgo assume rilievo poiché chiarisce diversi aspetti giuridici centrali relativi alla relazione tra TDM e l'addestramento dell'IA. In primo luogo, i giudici hanno stabilito che *a)* le attività di TDM condotte ai fini dell'addestramento dell'intelligenza artificiale – quando utilizzano i dati come strumenti di apprendimento e non come forme di espressione artistica – non violano il diritto d'autore.

Infatti, l'estrazione e l'analisi dei dati mirano alla creazione di dataset destinati alla fase successiva di *training* dei modelli, senza determinare la produzione di opere concorrenti. Poiché l'*output* dell'IA non è prevedibile *ex ante*, non è possibile stabilire se e in quale misura possa riprodurre opere protette, né se arrechi un danno economico agli autori originari, dunque non è detto che sia idoneo a concorrere sul mercato con le opere utilizzate in fase di addestramento.

Ne consegue che l'attività di TDM, limitandosi alla fase di analisi e raccolta dei dati, non configura una violazione del *copyright*, in quanto non utilizza i dati raccolti come "opere espressive"[27].

artificiale, nota soprattutto per aver sviluppato *Stable Diffusion*, uno dei modelli *open source* più popolari per la generazione di immagini a partire da descrizioni testuali. Oltre alla generazione di immagini, l'azienda sviluppa altri modelli per generare diversi tipi di contenuti, tra cui video, musica e oggetti 3D.

[25] Si tratta del database creato dalla *Common Crawl Foundation*, disponibile sul sito www.commoncrawl.org/overview

[26] *R. Kneschke c. Large-scale Artificial Intelligence Open Network (LAION)*, sopra citata.

[27] *Ivi*. Traduzione a nostra cura. In questo senso, T. W. DORNIS, S. STOBER, *Copyright Law and Generative AI Training - Technological and Legal Foundations (Urheberrecht und Training generativer KI-Modelle - Technologische und juristische Grundlagen)*, Baden-Baden, 2024, p. 67 ss.

Il Tribunale ha poi affrontato *b)* il tema delle misure tecnologiche di protezione (*Technological Protection Measures* – TPM), previste dall'art. 44b UrhG, le quali consentono ai titolari di diritti d'autore di limitare l'uso delle proprie opere a fini commerciali, purché espresse in un linguaggio intellegibile per la macchina. Tradizionalmente, tale linguaggio è quello dei metadati o di specifici codici informatici (Java, SQL, XML[28]). Tuttavia, i giudici hanno osservato che l'evoluzione tecnologica dell'IA consente oggi la lettura di linguaggi naturali, che devono quindi ritenersi inclusi tra i "formati leggibili dalla macchina[29]".

A sostegno di questa interpretazione, il Tribunale richiama l'art. 53, par. 1, lett. c), del regolamento (UE) 1689/2024 (AI Act), che impone ai fornitori di modelli per finalità generali di adottare una politica conforme alla normativa UE in materia di diritto d'autore, e di individuare e rispettare, anche attraverso tecnologie all'avanguardia, una riserva di diritti espressa a norma dell'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva (UE) 2019/790. Ebbene, secondo i giuridici, la locuzione "tecnologia all'avanguardia" include inequivocabilmente le applicazioni di IA, che sono in grado di catturare il contenuto di un testo scritto in linguaggio naturale.

A tal proposito, riteniamo di poter concordare con il Tribunale, anche in ragione del fatto che l'IA esegue comandi che gli esseri umani scrivono in un linguaggio naturale. Inoltre, riprendendo *mutatis mutandis* quanto affermato altrove sul principio di neutralità tecnologica[30], la norma parla di "formato leggibile alla macchina", tuttavia, essendo mutata "la macchina" che deve leggere il linguaggio, la quale attualmente è dotata di una tecnologia più avanzata, la predetta locuzione, di cui all'art. 44b UrhG, ben può includere il linguaggio naturale tra quelli intelligibili dai sistemi di IA.

Un altro punto focale della sentenza è quello relativo alla correlazione tra l'attività di TDM e la ricerca scientifica. A tal proposito, i giudici hanno chiarito che c) una ricerca scientifica aspira ad acquisire nuove conoscenze e, per farlo, la fase di lavoro antecedente all'acquisizione assume grande

[28] M. D. PAPADOPOULOU, K. KOLOTOUROU, M. BOTTIS, *The Exception of Text and Data Mining from the Academic Libraries Standpoint*, in *Open Journal of Social Sciences*, vol. 9, n. 5, 2021, p. 514.

[29] *R. Kneschke c. Large-scale Artificial Intelligence Open Network (LAION)*, sopra citata, punto 4. Traduzione a nostra cura.

[30] G. M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari, 2021, p. 66 ss. Sul principio di neutralità tecnologica si veda anche V. SHADIKHODJAEV, *Technological Neutrality and Regulation of Digital Trade: How Far Can We Go?*, in *EJIL*, vol. 32, n. 4, 2021, p. 1221 ss.

importanza. Infatti, per la formulazione di conclusioni empiriche, è necessario partire da una raccolta di dati ed informazioni ben strutturata; analogamente, le attività di TDM sono prodromiche all'addestramento dell'IA per fini di ricerca e rientrano, quindi, nell'eccezione di cui all'art. 3 della direttiva CDSM.

In questo senso, i giudici chiariscono che anche la creazione di un set di dati come quello oggetto della fattispecie può essere considerata ricerca scientifica, in quanto, sebbene l'acquisizione di nuove conoscenze non sia ancora tangibile, essa rappresenta una fase di lavoro prodromica all'acquisizione successiva di nuove nozioni. Peraltro, il fatto che la LAION stesse conducendo una ricerca scientifica è pure confermato dalla pubblicazione gratuita del set di dati, reso disponibile ai ricercatori. Inoltre, va detto, che per i giudici tedeschi l'utilizzo del set di dati da parte di aziende commerciali per l'addestramento o l'ulteriore sviluppo dei loro sistemi di IA è irrilevante, perché anche la ricerca delle aziende commerciali, seppur privata e condotta per altri scopi, è ancora ricerca, pur non rientrando nelle eccezioni di cui all'art. 60d UrhG[31]. Infine, riprendendo quanto esplicitamente previsto nel considerando 42 della direttiva *InfoSoc* e il considerando n. 11 della direttiva CDSM, i giudici hanno chiarito che, per verificare «se la ricerca sia non commerciale, è rilevante solo il tipo concreto di attività scientifica, mentre l'organizzazione e il finanziamento dell'istituzione in cui si svolge la ricerca sono irrilevanti»[32].

Orbene, riteniamo che una siffatta interpretazione della normativa UE in materia di *copyright* sia effettivamente conforme alla *ratio legis* sottesa alle norme sul *text and data mining*, che da ultimo è stata esplicata anche in uno studio condotto dalla Commissione per la Giustizia, le Libertà civili e gli Affari interni, su richiesta della Commissione JURI del Parlamento europeo, nel quale si sottolinea che il *text and data mining* è una tecnica di analisi automatizzata necessaria per estrarre informazioni da grandi volumi di testo e dati, spesso a supporto della ricerca scientifica o dell'analisi empirica[33].

Non si tratta, quindi, di una rielaborazione dei dati ma solo di osservazione e confronto degli stessi; dunque, fino a quando le attività poste in essere tanto da ricercatori quanto da privati si fermino all'analisi dei dati e alla loro riproduzione per identificare delle corrispondenze, non siamo in

[31] *R. Kneschke c. Large-scale Artificial Intelligence Open Network (LAION)*, sopra citata., punto 3. Traduzione a nostra cura.

[32] *Ibidem*.

[33] *Generative AI and Copyright. Training, Creation, Regulation*, cit., p. 43.

presenza di una violazione delle norme sul *copyright*, in quanto le predette attività non risultano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera e non arrecano un ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare.

4. *Il fondamento giuridico delle eccezioni di TDM in alcune norme di diritto internazionale e dell'Unione europea*

Ora, a noi pare che le eccezioni di TDM trovino fondamento giuridico in alcune norme programmatiche di diritto internazionale che tutelano il diritto alla scienza, e in particolare, l'art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (ICESCR), nonché in altri strumenti di *soft law*.

Esso è inteso come il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni, come chiarito dal Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali nel *General Comment* n. 21 del 2009[34]. In particolare, il predetto Comitato sostiene che il diritto alla scienza sia indissolubilmente legato a quello all'istruzione, in quanto ambedue sono prodromici alla partecipazione degli individui alla vita culturale. Inoltre, poiché nel predetto *General Comment*, il Comitato afferma che tutti i diritti relativi alla sfera culturale e intellettuale dell'individuo sono indissolubilmente intrecciati, riteniamo che la piena realizzazione di uno di questi diritti possa avvenire solo in un contesto in cui anche gli altri vengono parimenti tutelati. Dunque, gli Stati non possono esimersi dal tutelare il diritto alla scienza se tutelano quello all'istruzione, e, di conseguenza, non possono vietare l'uso di nuove tecnologie che faciliterebbero la piena realizzazione dei predetti diritti. Ancora, nel successivo *General Comment* n. 25 su "Science and Economic, Social and Cultural Rights"[35], rilasciato dal Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali nel 2020, relativo all'art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, si precisa che i benefici della scienza cui fa riferimento il predetto articolo attengono sia ai risultati materiali delle

[34] United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 21, *Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, p. 1, disponibile sul sito www.refworld.org.

[35] United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), p. 2, disponibile sul sito www.digitallibrary.un.org.

ricerche scientifiche e delle loro applicazioni, sia alla diffusione delle conoscenze scientifiche. Tra questi benefici rientra anche il ruolo della scienza nell'educare gli individui a sviluppare le loro capacità critiche, al fine di renderli pienamente partecipi di una società democratica[36].

Anche nel diritto dell'Unione europea è possibile individuare il fondamento giuridico delle eccezioni di TDM, a prescindere dalle disposizioni di diritto derivato fin qui analizzate. Infatti, l'art. 13 CDFUE sancisce la libertà delle arti e della scienza, compresa quella accademica, che derivano dalla libertà di pensiero ed espressione, parimenti tutelate dalla Carta[37]. Si tratta di un *unicum* nel contesto normativo di riferimento, in quanto il diritto alla scienza non è contemplato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[38] (CEDU), a cui, come noto, il catalogo di diritti della CDFUE si allinea, così come si evince anche dalle Dichiarazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contenute all'interno del Trattato di Lisbona del 2009[39]. Tuttavia, sebbene solo indirettamente, poiché non esplicitamente contemplato dalla norma, riteniamo che, nella tutela prevista dall'art. 13 CDFUE sia ricompreso anche il diritto di diffondere la conoscenza. Ciò è deducibile dal fatto che, in alcuni strumenti giuridici adottati dall'UE in materia di ricerca scientifica, si fa spesso riferimento ai concetti di scienza aperta e di libertà della ricerca scientifica. In particolar modo, nel reg. 2021/695, che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione Horizon Europe, oltre ad un esplicito riferimento al rispetto dei diritti e delle libertà riconosciute dalla CDFUE, (art 13 compreso), si chiarisce che «l'accesso aperto alle pubblicazioni scientifiche e ai dati della ricerca, nonché la diffusione e lo sfruttamento ottimali delle conoscenze, offrono la possibilità di migliorare la qualità, l'impatto e i benefici della scienza. Sono anche in grado di accelerare il progresso delle conoscenze rendendole più attendibili, efficienti e accurate, più facilmente comprese dalla società e idonee a rispondere alle sfide sociali[40]».

[36] V. ZAMBRANO, *Il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico: profili problematici di un diritto ancora in cerca di effettività*, in *CI*, n. 3, 2020, p. 220.

[37] Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2006, p. 132, disponibile sul sito www.sites.uclouvain.be.

[38] C. P. R. ROMANO, A. BOGGIO, *The human right to science*, New York, 2004, p. 385.

[39] Per ulteriori approfondimenti sui rapporti tra CEDU e CDFUE, E. CANNIZZARO, *La cornice europea*, in AA.VV., *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale: atti del 32° Convegno nazionale, Salerno, 25-27 ottobre 2018*, Milano, 2019, p. 38; G. BRONZINI, *La CEDU e la Carta dei diritti fondamentali: overlap e distinzioni*, in *Questione giustizia*, 2019.

[40] Regolamento (UE) 2021/695 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 aprile

Ancora, nella risoluzione del Parlamento europeo del 17 gennaio 2024, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la promozione della libertà della ricerca scientifica nell'UE[41], al punto 5, si specifica che «la libertà della ricerca scientifica implica il diritto dei singoli ricercatori […] di raccogliere materiale empirico e di utilizzare metodi di ricerca scientifica validi, […] di proporre nuove idee e teorie e diffonderle liberamente». Peraltro, al punto 7, lettera *d)*, si sottolinea che, tra i diritti dei ricercatori è incluso «il diritto di pubblicare, condividere, diffondere e comunicare apertamente, a livello sia interno che esterno, i risultati e i dati delle loro ricerche». Dunque, da quanto appena affermato deduciamo che anche nel quadro giuridico UE il diritto alla scienza implica la diffusione della conoscenza, poiché essa contribuisce «allo sviluppo e al miglioramento delle condizioni di vita delle persone»[42].

Tuttavia, come noto, la CFUE contempla tra i diritti fondamentali anche quello alla proprietà, dal quale deriva la protezione della proprietà intellettuale[43]. Dunque, una previsione di siffatta portata suggerisce che il diritto alla scienza e quello alla proprietà intellettuale vadano necessariamente bilanciati. A tal proposito, la Corte di giustizia dell'UE ha più volte sottolineato come, sebbene il diritto di proprietà intellettuale rientri nel catalogo di diritti sanciti dalla CEDU, in particolar modo dall'art. 1 del relativo Protocollo addizionale, cui la CDFUE si allinea, è pure vero che i diritti di proprietà intellettuale non vanno concepiti come assoluti e che, quindi, vanno bilanciati tenendo conto dei diritti altrui, che, nella fattispecie, potrebbero

2021, che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione Orizzonte Europa e ne stabilisce le norme di partecipazione e diffusione, e che abroga i regolamenti (UE) n. 1290/2013 e (UE) n. 1291/2013, considerando n. 8.

[41] Risoluzione del Parlamento europeo, del 17 gennaio 2024, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la promozione della libertà della ricerca scientifica nell'UE, disponibile sul sito www. eur-lex.europa.eu.

[42] *Ivi*, considerando F.

[43] CDFUE, art. 17: «Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità […] 2. La proprietà intellettuale è protetta». Per approfondimenti, C. GEIGER, *Intellectual Property Shall Be Protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope*, in *European Intellectual Property Review (EIPR)*, 2009, p. 113; M. HUSOVEC, *The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter*, in *GLJ*, 2019, pp. 840-863; J. GRIFFITHS, L. MCDONAGH, *Fundamental Rights and European IP Law – the case of Art 17(2) of the EU Charter*, in C. GEIGER (ed.), *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives*, Cheltenham, 2013, pp. 75-93.

subire lesioni[44]. In particolar modo, la Corte, dinanzi ad un conflitto fra due diritti fondamentali, nessuno dei quali di natura sottordinata al restante, effettua un bilanciamento tenendo conto degli obblighi derivanti dalla tutela degli stessi e dell'interesse sotteso alla necessità di limitare l'uno o l'altro diritto[45]. Quanto appena affermato non è rinvenibile in una sola pronuncia della Corte di giustizia, bensì nel suo orientamento giurisprudenziale, ricostruibile attraverso l'analisi di molteplici sentenze in cui la Corte ha dovuto affrontare il tema del bilanciamento tra il diritto alla proprietà intellettuale e gli altri diritti fondamentali[46].

Ora, appurato il fondamento giuridico internazionale ed europeo del diritto alla scienza, e volendo aderire a un'impostazione secondo cui il diritto alla scienza persegue il fine ultimo della diffusione della conoscenza, intesa come bene pubblico[47], riteniamo che questo approccio comporti inevitabilmente una limitazione del diritto internazionale della proprietà intellettuale[48].

Inoltre, consapevoli del fatto che le tecnologie dell'informazione mutano repentinamente e che non di rado nuovi strumenti tecnologici diventino il mezzo attraverso il quale la conoscenza è veicolata, riteniamo di poter affermare che anche l'intelligenza artificiale sia attualmente diventata un mezzo veicolare di conoscenza.

Dunque, poiché la ricerca scientifica mira all'acquisizione di nuove conoscenze, e l'intelligenza artificiale può essere un mezzo attraverso il quale

[44] Corte giust. 12 settembre 2006, C-479/04*, Laserdisken/Kulturministeriet*, punto 65; 29 gennaio 2008, C-275/06, *Promusicae/Telefónica*, punti 62-68. Per un approfondimento sul bilanciamento tra diritti di proprietà intellettuale e diritti fondamentali, A. SCENNA, *Il bilanciamento tra i diritti d'autore e i diritti fondamentali alla luce della direttiva UE 2019/790. Note alla sentenza della Corte di giustizia europe*a, in *DPCE online*, 2022.

[45] Corte giust. 27 marzo 2014, C-314/12, *Telekabel/Constantin e Wega*, punti 46 e 63; 16 febbraio 2012, C-360/10, *SABAM/Netlog*, punti 42-43; 19 aprile 2012, C-461/10, *Bonnier Audio/Perfect Communication Sweden*, punto 56.

[46] Per un approfondimento in tema di orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia e diritti di proprietà intellettuale, M. RICOLFI, *L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi*, disponibile sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it.

[47] Per un approfondimento della scienza come bene pubblico globale, International Science Council, *Science as a global public good*, disponibile sul sito www. it.council.science.com.

[48] G. M. RUOTOLO, *Right to Science and Open Access to Legal Knowledge in International and European Law*, in G. PERUGINELLI, S. FARO, (eds.), *Knowledge of The Law in The Big Data Age*, Amsterdam, 2019, p. 105.

acquisirle, le attività di TDM – in quanto collaterali alla creazione di *dataset* per l'apprendimento dell'IA – quando fatte oggetto di eccezioni nella prassi statale, previste a discapito della tutela della proprietà intellettuale, potrebbero esser ritenute misure positive volte ad ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali.

Infine, sempre in ordine alle limitazioni della proprietà intellettuale, giova ricordare, che anche la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, all'art. 9, prevede eccezioni ai diritti esclusivi, e quindi riserva agli Stati parte la facoltà di permettere la riproduzione delle opere coperte dal diritto d'autore *a)* in casi speciali; *b)* purché non arrechi alcun tipo di danno allo sfruttamento normale dell'opera; e *c)* non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore.

Questo test, noto con il nome di "Berne Three Step Test" è stato ripreso sia da strumenti di diritto internazionale (TRIPs, Trattato sul *Copyright* WIPO e Trattato sulle Esecuzioni e sui Fonogrammi) sia da strumenti regionali[49]; si tratta di un aspetto che non è sfuggito ai giudici tedeschi, i quali hanno effettuato il test, così come previsto dall'art. 7, par. 2 della direttiva CDSM, giungendo alla conclusione che l'utilizzo della fotografia da parte della LAION non pregiudica lo sfruttamento dell'opera da parte dell'autore[50].

Il Tribunale, peraltro, ha letto le eccezioni di TDM come espressione della volontà del legislatore europeo di diffondere la conoscenza attraverso i dati estraibili dalle opere coperte da *copyright*, facendo presente che «poiché l'uso di conoscenze ottenute mediante l'estrazione di testi e dati per addestrare reti neurali artificiali, che possono poi competere con gli autori, non può mai essere escluso in caso di dubbio sulla base degli attuali sviluppi tecnologici, la tesi opposta richiederebbe in ultima analisi addirittura che l'estrazione di testi e dati ai sensi dell'articolo 44b UrhG sia vietata in toto; tuttavia, un tale completo superamento della disposizione di limitazione sarebbe ovviamente contrario all'intenzione legislativa e non può quindi rappresentare un risultato interpretativo praticabile»[51].

[49] Sull'argomento, fra gli altri, si vedano: C. GEIGER, D. GERVAIS, M. R. F SENFTLEBEN, *The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, in *American University International Law Review*, 2014 p. 583 ss.

[50] P. WYMEERSCH, *EU Copyright Exceptions and Limitations and the Three-Step Test: One Step Forward, Two Steps Back*, in *GRUR International*, vol. 72, 2023, pp. 631-642.

[51] *R. Kneschke c. Large-scale Artificial Intelligence Open Network (LAION)*, sopra citata, punto 2, lettera c. Traduzione a nostra cura.

5. *Alcuni ulteriori elementi di prassi in materia di TDM*

Dunque, le eccezioni di TDM alimentano ulteriormente il dibattito sulla questione della diffusione della conoscenza a scapito della tutela della proprietà intellettuale, un problema che negli ultimi tempi è diventato ancora più evidente a seguito della diffusione dell'IA. Di seguito faremo cenno ad alcuni ulteriori elementi di prassi, mettendo a confronto diversi ordinamenti giuridici in cui è consentita la fruizione di opere protette attraverso le attività di TDM anche a fini commerciali, come il Giappone, e ordinamenti in cui le predette attività possono essere eseguite solo in presenza di determinate condizioni, come gli Stati Uniti e l'Unione europea, così da verificare se l'ordinamento giuridico UE stia facendo registrare un mutamento di paradigma riguardo ai limiti imposti alla tutela della proprietà intellettuale.

Le attività di TDM, come noto, sono diventate di grande rilevanza nella prassi degli Stati: ne è un esempio il Giappone, che ha introdotto, nella legge di riforma sul *copyright*, entrata in vigore il 1° gennaio 2019, l'art. 30-4, che consente l'uso e lo sfruttamento di un'opera protetta dal diritto d'autore, fatta salva l'ipotesi in cui ciò non comporti un danno ingiusto per l'autore. In particolar modo, la norma consente l'uso di opere coperte da *copyright* nei casi in cui: «(i) l'azione viene effettuata per testare o mettere in pratica una tecnologia connessa alla registrazione di suoni, immagini di un'opera o ad altri tipi di sfruttamento; (ii) se viene utilizzata per l'analisi dei dati (vale a dire l'estrazione, il confronto, la classificazione o altre analisi statistiche della lingua, dei suoni, delle immagini o di altri dati elementari di un gran numero di opere o di un grande volume di altri dati di questo tipo; (iii) se è sfruttata nel corso dell'elaborazione di dati informatici o altrimenti sfruttata in un modo che non implica che ciò che è espresso nell'opera sia percepito dai sensi umani (per le opere di programmazione informatica, tale sfruttamento esclude l'esecuzione dell'opera su un computer), al di là di quanto stabilito nei due punti precedenti»[52]. Dunque, il Giappone consente l'estrazione e l'analisi dei dati di opere coperte dal *copyright* senza il consenso dei titolari del diritto d'autore, purché non siano violati i loro interessi. A tal proposito, l'Agenzia giapponese per gli Affari Culturali (ACA) ha ulteriormente chiarito nel suo *Approach to AI and Copyright Report*, adottato il 23 gennaio 2024, che la norma va interpretata tenendo in considerazione le finalità per le quali è effettuata l'attività di TDM: se essa consiste

[52] CRIC, *Copyright Law of Japan*, disponibile sul sito www.cric.or.jp. Traduzione a nostra cura.

esclusivamente nella raccolta e nell'analisi dei dati, utili ai fini del training dell'IA, allora sarà considerata legittima ai sensi dell'art 30-4 del *Copyright* Law of Japan; al contrario, se si pone come obiettivo l'uso dell'espressione artistica dell'autore per generare, a sua volta, attraverso l'IA, un *output* similare, allora il suo utilizzo non sarà consentito, a meno che il fornitore del modello di IA non abbia ottenuto una licenza a tal fine[53].

Ciò che risulta interessante dall'analisi di questa prassi è che i titolari di diritti d'autore non possono opporre riserve di *opt-out* per evitare che le proprie opere siano oggetto di attività di TDM, né è richiesto un accesso legittimo alle opere per procedere alle suddette attività.

Questa scelta del governo giapponese di aprire il più possibile alle attività di *text and data mining* anche nel contesto del *training* dell'intelligenza artificiale, è dettato dall'idea di fondo per cui un'opera

protetta da rappresenti un mezzo attraverso il quale soddisfare un'esigenza intellettuale o emotiva di un soggetto, che è disposto a corrispondere una somma in denaro per appagare la propria esigenza. Dunque, il motivo per cui esiste una legge sul diritto d'autore è rinvenibile nella necessità di garantire all'autore di un'opera una remunerazione adeguata per averla creata. Di conseguenza, se lo sfruttamento di un'opera non è finalizzato né a goderne né a far sì che un altro soggetto ne goda per appagare un proprio desiderio intellettuale, non è necessario garantire all'autore la ricezione di un compenso per essa; pertanto, il diritto d'autore non deve coprire tale sfruttamento[54]. Questa percezione del diritto d'autore è attualmente unica a livello globale, ragion per cui il Giappone è considerato il paradiso dell'intelligenza artificiale, dove l'IA può essere addestrata senza incorrere in violazioni delle norme sul *copyright*.

A questa visione aperta del diritto d'autore e del conseguente sfruttamento delle opere da esso tutelate anche senza l'autorizzazione del loro creatore, si contrappone quella statunitense, più restrittiva di quella giapponese ma comunque più ampia di quella europea.

Infatti, gli USA, come noto, hanno da tempo consolidato, attraverso un precedente giurisprudenziale basato sulla libertà di espressione, sancita dal Primo Emendamento della Costituzione, il *fair use*, una dottrina volta a limitare i diritti d'autore in favore del libero sfruttamento delle opere coperte

[53] K. TOSAKI, H. TAJIMA, C. KOMIYA, *Report on AI and Copyright Issues by Japanese Government*, April 2024, disponibile sul sito www.noandt.com.

[54] T. UENO, *The Flexible Copyright Exception for 'Non-Enjoyment' Purposes – Recent Amendment in Japan and Its Implication*, in *GRUR International*, 2021, p. 150.

da *copyright* per attività di ricerca, d'insegnamento, di studio, d'informazione, di commento e di critica[55]. La predetta clausola può essere invocata solo a seguito della verifica della finalità dell'uso, della natura dell'opera, della quantità di materiale coperto da *copyright* utilizzato e dell'impatto dell'opera trasformativa sul mercato dell'originale. Ebbene, è proprio grazie a questa dottrina che, negli ultimi anni, gli Stati Uniti stanno sperimentando la legalizzazione delle attività di TDM.

A tal proposito, i giudici della Court of Appeals for the Second Circuit, nella causa n. 13-4829cv del 16 ottobre 2015, *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*[56], hanno statuito che le attività di TDM poste in essere da Google per realizzare il progetto *Google Books*, rientrassero nel *fair use*, in quanto trasformative di opere già esistenti, delle quali venivano forniti frammenti, che potevano altresì indurre il lettore ad acquistare l'opera. Questa interpretazione è stata di recente confermata anche dalla Corte distrettuale della California del Nord, che, nell'ordinanza del 23 giugno 2025, emessa a seguito della decisione del caso *Bartz et al. v. Anthropic PBC*, ha statuito che la creazione di set di dati, composti da oltre 7 milioni di opere, necessarie per addestrare l'intelligenza artificiale Claude, rientra nel *fair use* in quanto rappresenta un uso trasformativo di opere coperte da *copyright*, oltre che un utilizzo volto alla diffusione di conoscenza e informazione. Il giudice paragona Claude a uno studente che legge libri per apprendere, ma dai quali non copia, in quanto restituisce *output* in cui non vi è traccia delle opere utilizzate per il suo apprendimento automatico. Infine, la stessa Corte ha recentemente deciso anche il caso *Kadrey et al. v. Meta Platforms* con un'ordinanza del 25 giugno 2025, nella quale ribadisce che l'addestramento del modello LLama di Meta, avvenuto a seguito di attività di *text and data mining*, poste in essere per la creazione di *dataset,* rientra nel *fair use* in quanto altamente trasformativo delle opere originali.

Insomma, i giudici statunitensi individuano nel *text and data mining* un'attività prodromica alla creazione di banche dati, che rientrano nel *fair use* in quanto rappresentano un uso trasformativo di opere coperte da *copyright* e agevolano la diffusione dell'informazione e della conoscenza.

Diversamente dagli Stati Uniti e dal Giappone, l'Unione europea mantiene un approccio più prudente e orientato all'equilibrio tra innovazione e

[55] Copyright Act of USA, Section 107, *Limitations on exclusive rights: Fair use*, www.copyright.gov.

[56] United States Court of Appeals for the Second Circuit, sentenza del 16 ottobre 2015, n. 13-4829-cv, www.copyright.gov.

diritti d'autore. Infatti, il 23 gennaio 2025 l'Unione europea ha pubblicato un invito a presentare offerte per uno studio di fattibilità su un registro centrale delle deroghe, nell'ambito delle eccezione di *text and data mining*, attraverso il quale vorrebbe cercare, assieme ai portatori di interessi, quali i titolari dei diritti dei vari settori creativi e gli sviluppatori di IA, una soluzione che concili il rispetto dei diritti dei creatori di contenuti e lo sviluppo tecnologico dell' IA (per il quale, lo ricordiamo, la stessa UE ha lanciato l'iniziativa InvestAI al fine di mobilitare 200 miliardi di euro di investimenti[57]). Un registro simile consentirebbe di monitorare le riserve espresse dagli autori, impedendo l'utilizzo non autorizzato delle loro opere per il *training* dell'IA a fini commerciali. Si tratta, tuttavia, di una misura che introduce un freno alle attività di TDM, limitandone la libertà d'uso a meno che non sia verificata l'assenza di una riserva.

Tuttavia, è ormai riconosciuto tanto dalle organizzazioni internazionali quanto dagli Stati che il TDM costituisce uno strumento essenziale per la ricerca scientifica, poiché il suo esercizio è prodromico e di grande importanza per il progresso scientifico. A tal proposito, l'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI), una delle agenzie dell'ONU, che nel 2023 ha lanciato un "Progetto pilota sul Text and Data Mining (TDM) a supporto della ricerca e dell'innovazione nelle università e in altre istituzioni orientate alla ricerca in Africa[58]", con il quale mira ad istruire le università e gli istituti di ricerca africani circa un uso consapevole del TDM, nel rispetto dei trattati sulla proprietà intellettuale, in modo da favorire anche l'uso di strumenti di IA e rafforzare le capacità del personale di università e istituti di ricerca in Africa.

Dunque, la prassi comparata mostra che, mentre l'Unione europea privilegia un equilibrio tra libertà di ricerca e tutela del diritto d'autore, Giappone e Stati Uniti adottano un approccio più aperto, valorizzando la funzione del TDM come motore di diffusione della conoscenza.

Tuttavia, la recente giurisprudenza tedesca *Kneschke c. LAION* mostra una crescente apertura verso un'interpretazione evolutiva del diritto d'autore, che si avvicina ai modelli più flessibili di matrice extraeuropea.

In prospettiva, questo potrebbe condurre a un graduale allineamento dell'Europa con le esperienze degli Stati Uniti e del Giappone, in cui il TDM

[57] Commissione europea, *L'UE lancia l'iniziativa InvestAI per mobilitare 200 miliardi di euro di investimenti nell'intelligenza artificiale*, www.digital-strategy.ec.europa.eu.

[58] WIPO, *Pilot Project on Text and Data Mining (TDM) to Support Research and Innovation in Universities and Other Research-Oriented Institutions in Africa*, disponibile sul sito www.dacatalogue.wipo.int.

è legittimo purché non arrechi un pregiudizio concreto all'autore né utilizzi l'opera per riprodurne il contenuto intellettuale o artistico.

Attualmente, però, si assiste a un differente approccio di Europa e Stati Uniti per quanto concerne la regolamentazione delle fattispecie collegate alle nuove tecnologie, con la particolarità che, mentre in genere gli Stati Uniti si assestano su posizioni di minore eteroregolamentazione e maggiore attenzione ai diritti individuali, in questo caso l'interesse alla diffusione della conoscenza, di rilevanza pubblicistica, assume maggiore rilievo rispetto a quanto prevedibile sulla base della prassi.

6. *Conclusioni*

Il presente contributo ha esaminato la *sentenza R. Kneschke c. LAION*, emessa dal Tribunale di Amburgo il 27 aprile 2023. La pronuncia è stata definita "storica" da molte testate giornalistiche, poiché per la prima volta un giudice europeo ha affrontato il tema delle eccezioni di TDM previste dalla direttiva CDSM, valutandone la compatibilità con il diritto d'autore in un contesto di addestramento dell'intelligenza artificiale.

I giudici, analizzando a fondo la questione, hanno concluso che le attività di *text and data mining* poste in essere dalla LAION non violavano il diritto d'autore del fotografo tedesco Kneschke, in quanto svolte ai fini di una ricerca scientifica; dunque, l'attività rientrava nell'eccezione di TDM prevista dall'art. 3 della direttiva CDSM, ovvero dall' art. 60d dell'UrhG. Tra gli aspetti più innovativi, la sentenza ha proposto un'interpretazione evolutiva della nozione di "linguaggio intellegibile dalla macchina" per l'espressione delle riserve di *opt-out*, affermando che – in considerazione dell'avanzamento tecnologico dell'IA – tale linguaggio può comprendere anche quello naturale. Ciò riflette l'adattamento del diritto ai mutamenti tecnologici, imposto dal principio di neutralità tecnologica, secondo cui l'interpretazione delle norme deve evolversi insieme agli strumenti a cui esse si applicano.

Inoltre, il Tribunale ha chiarito che le attività di *web scraping* e di estrazione di opere protette non assumono automaticamente natura commerciale solo perché la GenAI è in grado di generare contenuti simili o potenzialmente concorrenti. La valutazione deve basarsi sull'uso concreto dei dati e sugli effetti sul mercato delle opere originali, non su presunzioni. Dunque, i giudici tedeschi si sono dimostrati aperti a nuove forme di interpretazione del diritto d'autore, proprio come già accade in Giappone e negli Stati Uniti,

dove le attività di TDM sono sempre ritenute legali, purché non arrechino un pregiudizio all'autore dell'opera e non mirino a utilizzare il significato intellettuale della stessa.

Infine, riteniamo che le attività di TDM trovino fondamento giuridico anche nel diritto alla scienza, tutelato dal diritto internazionale, in particolare attraverso l'art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, inteso come il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni. Dunque, il diritto alla scienza è sinonimo di divulgazione della conoscenza, attualmente veicolata anche attraverso l'IA, che rientra tra le tecnologie dell'informazione (TIC), ossia strumenti a mezzo dei quali gli individui si informano. Ebbene, se l'IA è uno strumento veicolare della conoscenza, allora le attività di TDM, prodromiche all'addestramento dell'IA, sono parte del processo attraverso il quale si garantisce la divulgazione della stessa; quindi, nel momento in cui gli Stati prevedono eccezioni di TDM all'interno dei loro ordinamenti giuridici, stanno in realtà ottemperando agli obblighi derivanti dall'art. 15 ICESCR.

Infine, riprendendo quanto affermato dalla dottrina del *fair use*, riteniamo che non sia possibile ravvisare una violazione del *copyright* quando nell'*output* prodotto dall'intelligenza artificiale non sia riconoscibile un'opera dalla quale essa ha tratto ispirazione, proprio per lo stesso principio per cui non c'è plagio se, per la stesura di un contributo accademico, l'autore si avvale di molteplici fonti, che rielabora e trasforma aggiungendovi il suo pensiero critico.

Abstract (ita)

Le eccezioni di *Text and Data Mining* (TDM) previste dagli articoli 3 e 4 della direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale consentono di effettuare attività di riproduzione ed estrazione di opere coperte da *copyright* sia per finalità di ricerca che per scopi commerciali. Tuttavia, poiché anche l'addestramento dell'intelligenza artificiale si fonda, come il TDM, su un'analisi automatizzata dei dati volta a generare informazioni – tra cui modelli, tendenze e correlazioni – alcuni fornitori di modelli di IA hanno iniziato a invocare le predette eccezioni per giustificare l'utilizzo, senza licenza o autorizzazione, di opere protette da *copyright* ai fini dell'addestramento. In questo contributo si analizza una fattispecie decisa recentemente dal Tribunale di Amburgo, in cui i giudici tedeschi erano chiamati a stabilire se le attività di estrazione e analisi dei dati svolte a fini di ricerca potessero integrare una violazione del diritto d'autore qualora tra i dati utilizzati per l'addestramento dell'IA fosse compresa un'opera protetta. L'analisi prosegue con l'approfondimento di ulteriori elementi di prassi, tenendo conto delle linee di tendenza emergenti negli ordinamenti statali e nelle norme internazionali e dell'Unione europea. L'obiettivo è verificare se le eccezioni di *text and data mining* – in quanto strumenti funzionali alla ricerca scientifica e, al contempo, tecnologia alla base dell'addestramento dell'IA, oggi impiegata come mezzo di informazione – possano trovare fondamento nel diritto alla scienza, inteso quale diritto alla diffusione della conoscenza. A tal fine, si riflette anche sulla possibilità che tale diritto possa costituire un limite ai diritti di proprietà intellettuale riconosciuti e tutelati a livello internazionale.

Abstract (eng)

The exceptions for text and data mining (TDM) provided for in Articles 3 and 4 of Directive 2019/790 on copyright and related rights in the digital single market allow for the reproduction and extraction of copyright-protected works for both research and commercial purposes. However, since artificial intelligence training, like TDM, is based on automated data analysis aimed at generating information – including patterns, trends and correlations – some AI model providers have begun to invoke the above exceptions to justify the use, without licence or authorisation, of copyright-protected works for training purposes. This article analyses a case recently decided by

the Hamburg Regional Court, in which German judges were called upon to determine whether data mining and analysis activities carried out for research purposes could constitute copyright infringement if the data used for AI training included a protected work. The analysis continues with an in-depth examination of other significant elements of practice, taking into account emerging trends in national legal systems and in international and European Union regulations. The aim is to verify whether text and data mining exceptions – as tools for scientific research and, at the same time, the technology underlying the training of AI now used as a means of information – can be based on the right to science, understood as the right to the dissemination of knowledge. To this end, consideration is also given to the possibility that this right may serve as a limitation on intellectual property rights recognised and protected at international level.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, PROPRIETÀ INTELLETTUALE E DIRITTO PENALE

Ana Isabel García Alfaraz[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Intelligenza artificiale generativa e proprietà intellettuale. – 3. L'uso dell'intelligenza artificiale e l'attribuzione della responsabilità penale. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Negli ultimi decenni, grazie all'emergere della cosiddetta quarta rivoluzione industriale[1], abbiamo assistito a una trasformazione senza precedenti caratterizzata dalla presenza diffusa di Internet, dell'*Internet delle cose*, della *blockchain* e dell'intelligenza artificiale. Va osservato che questa rivoluzione non si limita esclusivamente al campo delle macchine e dei sistemi intelligenti, ma si riscontra anche in altri settori come le nanotecnologie, il sequenziamento genetico, le neuroscienze, l'informatica quantistica, le energie rinnovabili, ecc. L'intelligenza artificiale non è quindi un fenomeno tecnologico isolato, ma fa parte di una fusione di tecnologie interagenti nei domini fisico, digitale e biologico. Tuttavia, vale la pena notare che l'intelligenza artificiale non è solo un'altra tecnologia, ma è in realtà uno degli sviluppi più significativi dal punto di vista sociale ed economico[2]. Davanti a noi si sta quindi sviluppando un vero e proprio cambiamento di paradigma[3], un nuovo mondo[4] che fino a poco tempo fa era considerato

[*] Professoressa di Diritto penale, Università di Salamanca - *Visiting Professor*, Università degli Studi di Palermo.

[1] K. SCHWAB, *The fourth industrial revolution*, Geneve, 2016.

[2] L. FLORIDI, *The fourth revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, 2014, p. 17.

[3] K. SCHWAB, *op. cit.*, p. 14.

[4] R. CARIA, *O caso State v. Loomis – a pessoa e a máquina na decisão judicial*, in A. MIRANDA RODRIGUES (cur.), *Inteligência artificial no direito penal*, Coimbra, 2020, p. 245; A. MIRANDA RODRIGUES, *A questão da pena e a decisão do juiz – entre a dogmática e o algoritmo*, in ID. (cur.), *Inteligência artificial*, cit., p. 219.

utopico, caratteristico della fantascienza, ma che ora fa parte della nostra vita[5] personale e professionale[6]. I sistemi di intelligenza artificiale sono presenti nei settori della logistica e dei trasporti, della comunicazione, della traduzione, dell'energia, della domotica, dei mercati finanziari e assicurativi, della gestione del rischio, della *corporate governance*, del *marketing*, della produzione, dell'agricoltura, della medicina, della difesa militare, della polizia e della giustizia predittiva o del riconoscimento biometrico[7].

L'intelligenza artificiale è un fatto sociale[8] che riguarda la società e tutte le sue istituzioni, e come tale ha cambiato e continuerà senza dubbio a cambiare le nostre vite, in diversi modi alcuni dei quali possiamo solo iniziare a immaginare[9].

I cambiamenti nel settore della proprietà intellettuale sono notevoli. L'intelligenza artificiale è in grado di generare autonomamente testi, immagini, musica e video, sollevando sfide su chi possa detenere i diritti d'autore, sulla possibilità di brevettare tali invenzioni nonché sul plagio, sulla violazione dei diritti d'autore, sulla creazione di contenuti o informazioni false (*fake news*, *deepfakes*), sulla contraffazione digitale, ecc. È chiaro che l'intelligenza artificiale presenta applicazioni e vantaggi significativi, ma il suo utilizzo può anche comportare rischi notevoli. Rischi che riguardano il potenziale impatto sui diritti fondamentali, la configurazione del mercato del lavoro, la promozione delle disuguaglianze tra cittadini, aziende e Paesi, ampliando ulteriormente il divario esistente tra *Global North and Global South*.

Nel campo della proprietà intellettuale i rischi includono la violazione del *copyright*, la disinformazione, la difficoltà di distinguere il plagio dall'originale, la pirateria e l'incertezza giuridica sulla paternità e sulla titolarità dei diritti.

[5] F. Miró Llinares, *Inteligencia artificial y justicia penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2018, p. 87 ss.

[6] G. Hallevy, *Liability for crimes involving artificial intelligence systems*, Cham, 2015.

[7] S. Aires de Sousa, "*Não fui eu, foi a máquina*": *teoría do crime, responsabilidade e inteligência artificial*, in A. Miranda Rodrigues (cur.), *Inteligência artificial*, cit., p. 60; L. Floridi, *Robots, Jobs, Taxes and Responsabilites*, in *Philosophy and Technology*, 2017, p. 1 ss.; A. Huergo Lora, *Hacia la regulación europea de la inteligencia artificial*, in E. Gamero Casado (dir.), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios*, Valencia, 2023, p. 747 ss.; A. Mangione, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, Torino, 2024, pp. 3-4.

[8] L. Floridi, *Robots, Jobs, Taxes and Responsabilites*, cit., pp. 1-4.

[9] Commissione europea, Libro Bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, COM (2020) 65final, p. 1.

Tutti questi rischi diventano sfide legali, che il diritto e il diritto penale devono affrontare stabilendo un quadro giuridico[10], trovando un equilibrio tra benefici e rischi, determinando il livello di accettazione sociale per ogni uso o la soglia di rischio consentita. In breve, il diritto dovrà conciliare l'aumento della potenza computazionale con i possibili rischi connessi, per garantire infine una coesistenza armoniosa tra sistemi di intelligenza artificiale ed esseri umani[11]. Il diritto penale, nella misura in cui è l'*extrema ratio*, l'ultimo strumento di controllo sociale dello Stato, interverrà solo contro gli abusi più gravi che colpiscono i beni giuridici più importanti per garantire una pacifica convivenza sociale.

Questo contributo si concentra sul campo della proprietà intellettuale. L'emergere dell'intelligenza artificiale ha indubbiamente rivoluzionato questo settore attraverso importanti cambiamenti nella creazione di contenuti o nell'automatizzazione del processo. Inoltre, il suo crescente utilizzo pone sfide legali di vasta portata in termini di protezione della proprietà intellettuale. In queste pagine si presterà particolare attenzione alle sfide che si pongono nell'ambito del diritto penale ed essenzialmente sulla questione dell'attribuzione di una responsabilità penale.

2. *Intelligenza artificiale generativa e proprietà intellettuale*

L'intelligenza artificiale può essere definita come la capacità dei computer di emulare le capacità umane, come l'apprendimento, il ragionamento o la creatività[12]. I sistemi di intelligenza artificiale non si limitano ad automatizzare compiti banali, ma si impegnano anche in attività che prima si pensava fossero limitate agli esseri umani. In effetti, i tentativi di produrre un comportamento intelligente nelle macchine si sono ripetuti nel corso della storia[13]. Già nel 1792 Nikolaus Simrock sviluppò un compositore artificiale di valzer in grado di

[10] A. MIRANDA RODRIGUES, *A questão da pena*, cit., p. 219 ss.

[11] M. COSTA, A. M. ABRANTES, *Os desafios da inteligência artificial da perspectiva transnacional: A jurisdição e a cooperação judiciária*, in A. MIRANDA RODRIGUES (cur.), *Inteligência artificial*, cit., p. 165.

[12] S. NAVAS NAVARRO, *Derecho e inteligencia artificial desde el diseño. Aproximaciones*, in ID. (a cura di), *Inteligencia artificial: tecnología, derecho*, Valencia, 2017, p. 24.

[13] S. DICK, *Artificial Intelligence*, in *Harvard Data Science Review*, 2019, p. 5.

produrre più di 145 trilioni di combinazioni diverse di alta qualità, sebbene il suo inventore non avesse alcuna conoscenza di musica o composizione[14]. Oggi, la capacità di accedere a grandi volumi di dati (strutturati o non strutturati), di generare nuovo materiale a partire da essi e di utilizzare il risultato per eseguire varie operazioni è una realtà inevitabile. I sistemi di intelligenza artificiale creano opere letterarie, opere d'arte, articoli di giornale, materiale musicale e audiovisivo, programmi per computer, videogiochi, ecc. Questi sistemi non solo hanno un'indiscutibile capacità generativa o creativa in diversi campi[15], ma sono anche disponibili al grande pubblico e possono essere utilizzati senza bisogno di conoscenze tecniche o informatiche, il che a sua volta favorisce l'accesso e l'uso di massa nella società.

Tali sistemi di intelligenza artificiale generativa sono un'evoluzione dell'intelligenza artificiale stessa. Si tratta di applicazioni generalmente costruite su modelli fondativi o di base, fondati su reti neurali artificiali espansive e *deep learning*[16]. Questa categoria di sistemi di intelligenza artificiale generativa comprende, fra gli altri, ChatGPT, Gemini, Copilot, Midjourney, Claude, DALL-E, Deepseek, Apple Intelligence tra gli altri.

È facile capire, quindi, come il processo di generazione intelligente attraverso il quale questi materiali vengono "gestiti" per creare nuove rappresentazioni artistiche ponga possibili violazioni del diritto d'autore, dal momento che c'è un'alta probabilità che i sistemi vengano alimentati, addestrati, appresi o operino con materiali protetti. Allo stesso modo, si verificheranno violazioni dei diritti umani, essenzialmente il diritto alla *privacy*, il diritto all'informazione, il diritto a non essere discriminati o il diritto alla libera creazione artistica, letteraria, scientifica e tecnica nonché l'esistenza di problemi relativi all'attribuzione di responsabilità in relazione alle azioni dei sistemi di intelligenza artificiale. Tutto ciò senza dimenticare l'incertezza sulla protezione legale di tali materiali generati dall'intelligenza artificiale sotto le istruzioni di un essere umano per quanto riguarda la proprietà, il contenuto e i limiti del diritto d'autore. Ciò solleva

[14] J. M. Niebla Zatarain, *Derechos de autor en Internet: Un enfoque basado en inteligencia artificial*, México, 2024, p. 137.

[15] J. M. Muñoz Vela, *Inteligencia artificial generativa. Desafíos para la propiedad intelectual*, in *Revista de Derecho UNED*, 2024, p. 24 ss.

[16] M. Chui et al., *The economic potential of generative AI. The next productivity frontier*, Chicago, 2023, p. 5.

importanti interrogativi: chi possiede i diritti su un'opera creata dall'intelligenza artificiale: nessuno, il creatore dell'algoritmo, l'utente che ha utilizzato l'intelligenza artificiale o l'intelligenza artificiale? Questa incertezza esiste perché, in generale, il diritto della proprietà intellettuale è stato concepito per un contesto economico, sociale e tecnologico molto diverso da quello attuale. Tradizionalmente, infatti, la proprietà intellettuale mirava esclusivamente a proteggere le creazioni umane (*human innovation and ingenuity*)[17]. In generale, in Europa e negli Stati Uniti d'America, il diritto d'autore è visto come una misura per incoraggiare la creatività umana, incapace di essere realizzata dalle macchine.

La proprietà intellettuale è costituita da diritti di natura personale ed economica, che derivano, nel caso spagnolo, dalla *Legge sulla Proprietà Intellettuale*[18]. I diritti personali comprendono, ad esempio, la decisione dell'autore di divulgare o meno un'opera, se farlo con il proprio nome o con uno pseudonimo, o il rispetto dell'integrità dell'opera. I diritti economici, invece, si riferiscono al diritto di sfruttare l'opera attraverso la riproduzione, la distribuzione e la comunicazione. È importante sottolineare che la tutela penale in Spagna si concentra esclusivamente sui diritti economici, ad eccezione del diritto di essere riconosciuto come autore dell'opera (plagio), poiché questo diritto personale è la base per l'esercizio dei diritti economici. La tutela penale è legittimata dall'importanza sociale ed economica di questo *business* illecito e altamente lucrativo di libri, film, canzoni, videogiochi, programmi informatici o trasmissioni sportive. Ma allo stesso tempo è anche limitata alla sfera economica, il che significa che l'autore di un'opera che, ad esempio, la vede pubblicata senza la sua autorizzazione o osserva che è stata modificata dall'editore per renderla più commerciale, può solo intraprendere un'azione civile.

3. *L'uso dell'intelligenza artificiale e l'attribuzione della responsabilità penale*

Il diritto penale, in quanto strumento di controllo sociale, non può rimanere estraneo ai progressi tecnologici e alle trasformazioni sociali che si verificano, richiedendo il suo adattamento. Questo processo di adeguamento ha

[17] A. BISOYI, *Ownership, liability, patentability, and creativity issues in artificial intelligence*, in *Information Security Journal: A Global Perspective*, vol. 31, 2022, p. 377 ss.

[18] Regio Decreto Legislativo 12 aprile 1996, n. 1.

inevitabilmente ampliato il campo d'azione del diritto penale. Inizialmente, il diritto penale nasceva per le condotte positive (azioni), compiute da una persona fisica (non tanto da una persona giuridica o e tanto meno da un'entità artificiale), finalizzate alla tutela dei beni giuridici individuali e semplicemente quando producevano un evento di danno doloso. Tuttavia, le forme di criminalità del XIX secolo e quelle di oggi hanno poco in comune, richiedendo modifiche al diritto penale per adattarsi ai cambiamenti sociali e tecnologici avvenuti. Oggi il diritto penale ha anticipato la sua tutela penale riducendo la soglia del rischio consentito, proteggendo da azioni colpose, punendo l'omissione, utilizzando reati di pericolo o semplificando l'accertamento del nesso causale. Trasformazioni in linea con la società di oggi, una società globalizzata, del rischio, intelligente e liquida[19], in quanto mutevole e incerta, dove nulla è stabile, dove gli usi e le applicazioni dell'intelligenza artificiale costituiscono un campo in costante e vertiginosa evoluzione.

E in più stiamo assistendo a un processo di adattamento del diritto penale in un contesto sfavorevole, in cui «le regole non precedono più la tecnica ma al contrario vi arrancano dietro nel tentativo di prendere posizione innanzi a conflitti sempre nuovi e sempre imprevedibili»[20]. Quindi, a differenza di un diritto penale "immobile", in cui la teoria del reato è il porto sicuro[21], è necessario che cambi il diritto penale, e che lo faccia rapidamente, al ritmo della tecnologia, che rende rapidamente obsoleti gli oggetti o i progressi, ma anche che lo faccia con certezza. Il diritto penale deve fornire certezza alla tecnologia. Questa esigenza implica anche un paradosso, poiché mette in discussione la legittimità del diritto penale. Il diritto penale è sempre più strumentalizzato e funzionalizzato a garantire la pace e la sicurezza di fronte al nuovo che avanza in termini di sviluppo e diffusione.

In questo modo, il diritto penale è necessario per stabilire la possibile responsabilità derivante dagli usi, dalle azioni e dalle omissioni dei sistemi di intelligenza artificiale. Per attribuire una responsabilità penale, è necessario verificare nella struttura del reato tre elementi principali: fatto tipico, antigiuridicità e colpevolezza. La questione che si pone è quindi se le "azioni" o l'uso improprio

[19] Z. BAUMAN, *Liquid Times. Living in an Age of Uncertainty*, Cambridge, 2007.

[20] A. MANGIONE, *op. cit.*, p. 92.

[21] MANGIONE si riferisce a «il *safe harbour* cui riparare quando il mare della vita e il vento dei fatti sociali agitano problema nuovi e annunziano burrasca», *ivi.*, p. 97.

dei sistemi di intelligenza artificiale possano essere inquadrati in questo concetto di reato o se, al contrario, sia necessario forgiare un nuovo concetto. Quindi, guardando al primo elemento della teoria del reato – il fatto tipico occorre chiedersi una decisione algoritmica è un'azione penalmente rilevante (un fatto tipico) e un algoritmo può essere un soggetto giuridico penalmente responsabile? La teoria del reato è costruita su una nozione antropomorfa di responsabilità penale, che implica la capacità di compiere azioni o attività umane[22]. Pertanto, la responsabilità penale degli animali, delle cose o delle persone giuridiche era respinta. Infatti, in virtù della massima del diritto romano *societas delinquere non potest*, l'attribuzione della responsabilità penale era limitata esclusivamente alle persone fisiche. Ma, nonostante ciò, i cambiamenti economici e sociali hanno dimostrato che le persone giuridiche (società, partiti politici, sindacati, ecc.) non solo possono commettere reati, ma li commettono, ammettendo così in alcuni ordinamenti giuridici, come quello spagnolo, la responsabilità penale delle persone giuridiche. Nonostante quanto sopra osservato, il *numerus clausus* adottato nella selezione dei reati è limitato e va sottolineato che non esiste ancora una teoria della responsabilità penale delle persone giuridiche[23].

L'ammissione della responsabilità penale delle persone giuridiche apre la porta alla possibilità di attribuire la responsabilità penale anche alle entità artificiali[24]. Secondo Posada Maya[25], non ha senso consentire l'attribuzione della responsabilità penale alle persone giuridiche e negarla a certe macchine o persone fittizie o artificiali, poiché entrambe mancherebbero del *libero arbitrio morale* (anche se, come sottolinea questo autore, non si tratta di un problema

[22] J. DANAHER, *Robots, Law and the Retribution Gap*, in *Ethics and Information Technology*, 2016, p. 299 ss.

[23] L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in M. S. GIL NOBAJAS ET AL. (dirs.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: Parte II. Personas jurídicas*, Valencia, 2025, p. 69 ss.

[24] R. POSADA MAYA, *La responsabilidad penal de los agentes de inteligencia artificial: entre la ficción y una realidad que se aproxima*, in G. PORTILLA CONTRERAS, F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid, 2019, p. 561 ss.

[25] G. QUINTERO OLIVARES, *La robótica ante el Derecho penal: El vacío de la respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, in *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2017, p. 9 ss.

giuridico, ma filosofico)[26]. In effetti, le persone giuridiche non hanno un pensiero e una volontà come gli esseri umani, ma questo non impedisce la costruzione di concetti come la volontà delle persone giuridiche e di altri concetti simili. Inoltre, il diritto penale può creare finzioni se ne ha bisogno. Si pensi, ad esempio, al concetto di uomo medio utilizzato nella colpevolezza. Posada Maya è favorevole all'abbandono della responsabilità antropocentrica o antropomorfa e alla strutturazione di una responsabilità penale isomorfa[27]. In linea di principio, sulla base della capacità autonoma delle reti neurali dei robot e dell'intelligenza artificiale, sarebbe possibile attribuire la responsabilità penale ai sistemi di intelligenza artificiale[28]. Tuttavia, è necessario affrontare prima una serie di questioni: che cos'è una persona o un'entità artificiale? Dove si colloca questa entità artificiale o intelligente? Qual è la sua natura giuridica? La risposta a queste domande richiede, a mio avviso, la considerazione di alcuni aspetti.

In primo luogo, non c'è unanimità sul concetto di intelligenza artificiale[29]. La definizione del Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza[30] riflette come l'intelligenza artificiale possa essere sia corporea sia incorporea. È una definizione limitata dal punto di vista tecnico, ma "conveniente" dal punto di vista giuridico, in quanto stabilisce che i sistemi di intelligenza artificiale sono strumenti creati dall'uomo e che non possono svolgere alcun compito che non sia stato precedentemente determinato dall'uomo[31], non sono in

[26] Cfr., C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1761 ss.

[27] R. POSADA MAYA, *op. cit.*, p. 567.

[28] G. HALLEVY, *The criminal liability of artificial intelligence entities – From science fiction to legal social control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 2010, p. 191.

[29] Comitato economico e sociale europeo, L'intelligenza artificiale – Le ricadute dell'intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società, parere 2017/C 288/01; G. HALLEVY, *Liability for crimes*, cit., p. 6.

[30] Commissione europea, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, Bruxelles 2019, punto 143, www.data.europa.eu/doi/10.2759/640340.

[31] D. LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ, *Implicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho Penal*, in J. M. PERIS RIERA, A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze*, Roma, 2023, pp. 59–91.

grado di indovinare l'imprevisto o di creare qualcosa dal nulla[32]. In questo modo si nega la loro autonomia e la possibilità di attribuire a essi direttamente la responsabilità penale.

Tuttavia, l'art. 3, par. 1 del regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale stabilisce che per sistema di intelligenza artificiale s'intende «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali»[33].

Tale definizione stabilisce che ogni sistema di intelligenza artificiale ha un certo obiettivo nella sua funzione e che esistono diversi gradi di autonomia. È quindi necessario affrontare, in secondo luogo, quale sia il livello di autonomia dei sistemi di intelligenza artificiale. In questo senso, l'intelligenza artificiale tende a essere classificata in due categorie: forte e debole[34]. In generale, si ritiene che i sistemi di intelligenza generativa esistenti rientrino nella categoria dell'intelligenza artificiale debole, intesa come quei sistemi che applicano tecniche di intelligenza artificiale a problemi concreti o specifici per i quali i sistemi sono stati assegnati senza la possibilità di agire da soli. In altre parole, il sistema di intelligenza artificiale si sviluppa e impara, ma solo per il profilo di compito che gli è stato precedentemente assegnato. Va tenuto presente che, sebbene siamo

[32] J. Valls Prieto, *Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nn. 24–27, 2022, p. 10.

[33] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale, *AI Act*).

[34] C. Burchard, *Artificial intelligence as the end of criminal law? On the algorithmic transformation of society*, in A. Miranda Rodrigues (cur.), *Inteligência artificial no direito penal*, cit., pp. 59–93; P. Burgstaller, E. Hermann, H. Lampesberger, *Künstliche Intelligenz: rechtliches und technisches Grundwissen*, Wien, 2019; P. M. de la Cuesta Aguado, *Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, in *Revista Penal México*, 2020, p. 51 ss.; B. Fateh-Moghadam, *Innovationsverantwortung im Strafrecht: Zwischen strict liability, Fahrlässigkeit und erlaubtem Risiko – Zugleich ein Beitrag zur Digitalisierung des Strafrechts*, in *ZStW*, 2019, p. 863 ss.; K. Gaede, *Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter?*, Baden-Baden, 2019.

in una fase embrionale, si prevede che, dato il suo costante sviluppo, presto emergeranno sistemi di intelligenza artificiale forti, caratterizzati dalla capacità di eseguire molteplici compiti intellettuali in modo da eguagliare o superare l'intelligenza umana, in quanto auto-programmabili e proattivi. Invece i sistemi di intelligenza artificiale forte sono in grado di operare al di fuori del profilo che è stato stabilito per loro e, pertanto, non ci sarebbero limiti alle loro possibilità di utilizzo o sviluppo. Infatti il punto 59 f) della Relazione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti le norme di diritto civile sulla robotica invita la Commissione a esplorare «l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi»[35]. Tuttavia, più di 200 esperti si sono espressi in senso contrario[36], perché la creazione di uno status giuridico di "*persona elettronica*" permetterebbe ai produttori di sfuggire alla propria responsabilità per i danni causati.

Quindi chi dovrebbe essere ritenuto penalmente responsabile per l'uso improprio del sistema di intelligenza artificiale? La risposta sarà data dal suo livello di autonomia. Pertanto, se abbiamo a che fare con un sistema di intelligenza artificiale che offre risposte autonome e imprevedibili (anche per il programmatore o per il produttore stesso), sembra eccessivo ritenere responsabile il produttore o l'utente. In teoria, la responsabilità potrebbe essere attribuita direttamente alla macchina, se la legge lo prevede. Ciò solleva una questione che dovrebbe essere risolta in anticipo, quella della sua natura giuridica. Cioè se sia possibile integrarla in una qualsiasi categoria esistente (cose, animali, persone fisiche o giuridiche), o se sia necessario creare una nuova categoria (entità artificiali, una personalità giuridica elettronica, con diritti e obblighi, così come sono attribuiti alle persone fisiche e giuridiche[37], e se lo siano o meno ai fini penali).

[35] Parlamento europeo, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, Rel.A8-0005/2017, 27 gennaio 2017.

[36] *Open Letter to the European Commission on Artificial Intelligence and Robotic*, 2018. www.robotics-openletter.eu/.

[37] M. HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, *Inteligencia artificial y Derecho penal*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 792 ss.

Per Hallevy, se i presupposti della responsabilità penale sono verificati in un'entità, questa deve rispondere, indipendentemente dal fatto che sia una persona fisica, giuridica o artificiale[38]. Questo studioso difende quindi una concezione chiaramente utilitaristica della responsabilità penale, che richiederebbe semplicemente la verifica degli elementi esterni (*actus reus*) e mentali (*mens rea*) richiesti per la responsabilità penale nelle azioni dell'intelligenza artificiale. Questa alternativa solleverebbe anche le seguenti questioni: quale sarebbe la sanzione applicabile? la stessa prevista per le persone fisiche o giuridiche? potrebbe essere applicata la pena di morte, intesa come distruzione fisica sia dell'hardware che del software, o come verrebbe applicata tale sanzione? Ad esempio, come si potrebbe pagare una multa se non si hanno soldi, proprietà, ecc.?

Per quanto riguarda gli altri tipi di intelligenza artificiale, ossia quelli che sono sotto il controllo e la supervisione umana e non hanno autonomia, non sarebbe possibile far rispondere la macchina stessa. Si aprono quindi diverse possibilità.

Da un lato, ed è ciò che appare più ragionevole, la responsabilità potrebbe essere attribuita all'utente per le azioni o i danni che sono sotto il suo controllo, essendo possibile imputarli sia a titolo di dolo che di colpa, e sarebbe anche possibile che l'utente sia responsabile in quanto autore mediato, quando l'utente compie l'atto criminale per mezzo di un altro (in questo caso la macchina intelligente), che utilizza come strumento. Il ricorso alla categoria dell'autore mediato è necessario per coloro che difendono l'attribuzione della responsabilità al robot o al sistema di intelligenza artificiale.

Ovviamente non vi è alcuna difficoltà ad attribuire la responsabilità per dolo alla persona che utilizza intenzionalmente il sistema di intelligenza artificiale per commettere un reato (dolo intenzionale). Allo stesso modo, la responsabilità penale può essere attribuita quando il soggetto prevede l'evento (anche se non voluto) e accetta il rischio che l'evento si verifichi (dolo indiretto). Situazioni che saranno molto comuni nel campo della proprietà intellettuale. Si consideri, ad esempio, uno sviluppatore di contenuti che utilizza un sistema di intelligenza artificiale per generare illustrazioni utilizzando il nome di un artista famoso e recentemente scomparso, noto per un particolare stile visivo. Queste illustrazioni vengono poi commercializzate sulle piattaforme NFT e sui *social media* come opere derivate, ispirate dall'intelligenza artificiale su quell'artista.

[38] G. HALLEVY, *The criminal liability*, cit., p. 186 ss.

Sebbene il Codice penale spagnolo, in base al criterio dell'*extrema ratio*, non contempli i reati colposi contro la proprietà intellettuale, anche queste situazioni saranno frequenti. Ciò si verifica, ad esempio, quando l'utente utilizza un sistema di intelligenza artificiale per generare un'opera senza citare l'artista o imitando opere note. Questo accade in quanto, pur sapendo che lo stile (che dettaglia nel *prompt*) possa assomigliare a uno protetto, ma ritiene che il sistema di intelligenza artificiale sia sufficientemente originale e non violi le norme.

D'altra parte, esiste anche la possibilità di attribuire la responsabilità al progettista o al fornitore del sistema di intelligenza artificiale a titolo di dolo (quando il sistema di intelligenza artificiale creato è destinato a commettere un reato) o di colpa per violazione dell'obbligo della diligenza oggettiva, come già avviene per la responsabilità per prodotti difettosi[39]. Si capisce quindi che sarà essenziale definire la soglia di rischio ammissibile. A questo proposito, il regolamento (UE) 2024/1689 stabilisce quattro categorie di sistemi di intelligenza artificiale in base al livello di rischio: inaccettabile (e quindi vietato), alto, limitato e minimo. I sistemi di intelligenza artificiale generativa rientrano nella categoria rischi limitati e sono soggetti a obblighi di trasparenza. Eppure, i modelli di intelligenza artificiale ad alto impatto generale che potrebbero rappresentare un rischio sistemico, come il modello di intelligenza artificiale più avanzato GPT-4, dovranno essere sottoposti a valutazioni approfondite e segnalare alla Commissione eventuali incidenti gravi.

A questo punto, anche l'uso appropriato o corretto del sistema di intelligenza artificiale è di vitale importanza[40]. Pertanto, quando il soggetto si discosta dall'uso appropriato e accetta ed è consapevole di questa deviazione nelle sue azioni, sarà responsabile per dolo. Invece, quando il soggetto non è consapevole della deviazione, sono possibili due situazioni: colpa o caso fortuito, essendo necessario valutare il grado di conoscenza, la probabilità di produrre il risultato o l'accettazione dello stesso.

[39] Tuttavia, non è tutto rose e fiori. Sorgono alcune questioni importanti, come ad esempio: se i sistemi di intelligenza artificiale possano essere inclusi nel concetto normativo di prodotto; cosa si intenda per difettoso o difetto; se il difetto debba essere una conseguenza dell'errore del *trainer*; della scarsa o cattiva qualità dei dati utilizzati durante l'addestramento o *training*; o della costante capacità di autoapprendimento del sistema di intelligenza artificiale, B. DEL ROSAL BLASCO, *¿El modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la inteligencia artificial?*, in *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 2023, p. 26 ss.; A. MANGIONE, *op. cit.*, p. 92.

[40] J. VALLS PRIETO, *op. cit.*, p. 23 ss.

La presenza di un caso fortuito determinerà l'assenza di responsabilità penale. Pertanto, quando il danno prodotto dal sistema di intelligenza artificiale non è attribuibile a dolo o colpa da parte del suo creatore o utilizzatore, questi non saranno responsabili. A condizione, ovviamente, che il principio di precauzione non venga invocato per tutelarsi da possibili danni gravi in contesti di incertezza scientifica, ossia quando la produzione di danni gravi e irreversibili ai beni giuridici non può essere esclusa con le conoscenze scientifiche esistenti.

Infine, è opportuno segnalare brevemente la risposta del diritto civile, contemplata negli artt. 1902 ss. del Codice civile spagnolo, che stabilisce la responsabilità del proprietario per i danni causati da animali o la responsabilità per l'esplosione di macchine. Tuttavia, la giurisprudenza civile presuppone la presenza di un essere umano che abbia o abbia avuto il controllo della macchina, e se il soggetto può dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie per evitare il danno, la responsabilità civile non può essergli attribuita. Ciò conferma che l'irruzione dell'intelligenza artificiale rischia di mettere in crisi le categorie tradizionali del diritto (responsabilità civile, soggettività giuridica, ecc.), che costituiscono la base per la possibile applicazione del diritto penale.

Le sfide sopra descritte evidenziano la necessità di riflettere lentamente sulla crescente presenza ed evoluzione dei sistemi di intelligenza artificiale (generativa) per cercare di offrire una risposta giuridica e penale adeguata alla realtà sociale prevalente.

4. *Conclusioni*

L'intelligenza artificiale generativa è già una realtà ad alto impatto sociale ed economico e, pertanto, le sue conseguenze sociali, economiche, etiche e giuridiche devono essere conosciute e analizzate. Il dibattito pubblico in corso si concentra sulla definizione delle condizioni e dei requisiti necessari per un uso etico, sostenibile, sicuro e affidabile, con l'obiettivo di trovare un equilibrio tra la promozione della capacità industriale e della ricerca e la sicurezza e la salvaguardia dell'esercizio dei diritti fondamentali[41].

L'intelligenza artificiale ha cambiato il modo in cui i contenuti vengono

[41] G. Ziccardi, *Diritti digitali*, Milano, 2022.

creati e distribuiti, dando origine a nuove minacce alla proprietà intellettuale. Tuttavia, la protezione di qualsiasi bene giuridico, compresa la proprietà intellettuale, richiede l'intervento di tutti i meccanismi di controllo sociale, sia formali sia informali. Logicamente, la tutela della proprietà intellettuale non può essere affidata esclusivamente al diritto penale, perché, da un lato, il diritto penale non è sufficiente a raggiungere l'auspicata prevenzione totale e, dall'altro, perché l'intervento del diritto penale è legittimo solo quando vengano rispettati i limiti che lo regolano, compresa l'*extrema ratio*. Altrimenti, lungi dal raggiungere gli obiettivi di prevenzione, l'espansione del diritto penale genera insicurezza giuridica. Saranno quindi altri rami del diritto (nazionale o internazionale) a stabilire le precauzioni da adottare da parte del fornitore che il suo sistema di intelligenza artificiale generativa sia stato alimentato con contenuti leciti e legittimi e da parte dell'utente, nella misura in cui anch'esso fornisce contenuti leciti[42].

Il diritto penale come branca del sistema giuridico dovrà affrontare alcune sfide importanti. In primo luogo, dovrà rispondere ai danni e ai rischi che sono sempre più frequenti a causa delle innovazioni tecnologiche. In altre parole, dovrà trovare un equilibrio tra scienza e diritto, ma in una prospettiva internazionale e interdisciplinare, date le caratteristiche dell'attuale società in cui viviamo. In secondo luogo, il diritto penale deve valutare se le stesse categorie dogmatiche esistenti sono utili, cioè se l'attuale formulazione della teoria del reato è ancora valida per attribuire la responsabilità penale a entità artificiali, se ciò è possibile solo finché si basa o ha origine nell'attività umana, o se è necessario formulare un nuovo concetto di reato, una moderna e rinnovata teoria del reato. Sfide che implicano una profonda riflessione sul continuo e irreversibile processo di flessibilizzazione e funzionalizzazione del diritto penale.

[42] J. M. MUÑOZ VELA, *op. cit.*, p. 32 ss.

Abstract (ita)

L'avvento dell'intelligenza artificiale rappresenta una vera e propria rivoluzione nel campo della proprietà intellettuale. Gli strumenti di intelligenza artificiale possono generare autonomamente testi, immagini, musica o codici di programmazione, cambiando così radicalmente il modo in cui i contenuti vengono creati e distribuiti. Ne consegue una notevole incertezza sulla titolarità dei diritti d'autore o nella ricerca dei responsabili di plagio, di simulazioni di opere o anche di creazioni originali. Tutte queste nuove minacce si traducono in sfide poste anche per il diritto penale. L'intelligenza artificiale facilita la commissione di reati contro la proprietà intellettuale e allo stesso tempo rende difficile attribuire la responsabilità penale per l'uso dell'intelligenza artificiale. A questo proposito si discute su chi debba essere responsabile quando un'intelligenza artificiale "commette" un reato di proprietà intellettuale. Dovrebbe essere l'utente, che utilizza l'intelligenza artificiale per scopi illeciti; il programmatore o lo sviluppatore, che ha creato il sistema di intelligenza artificiale senza un controllo sufficiente; le aziende che commercializzano gli strumenti di intelligenza artificiale o dovrebbe essere il sistema di intelligenza artificiale stesso? Tali questioni impongono di verificare se le stesse categorie dogmatiche esistenti siano ancora utili per attribuire la responsabilità penale o se sia necessaria una nuova formulazione della teoria generale del reato.

Abstract (eng)

The advent of artificial intelligence represents a genuine revolution in the field of intellectual property. AI tools can autonomously generate texts, images, music, or code, fundamentally changing how content is created and distributed. This shift creates uncertainty about copyright ownership and complicates the detection of plagiarism or the imitation of original works. These new risks pose challenges for civil and criminal law alike. AI both facilitates the commission of intellectual property offences and complicates the attribution of criminal responsibility for its use. In this context, there is a debate about who should be held responsible when AI "commits" an intellectual property offence. Should it be the user who employs AI for unlawful purposes; the programmer or

developer who created the AI system without adequate safeguards; the companies that market AI tools; or the AI system itself? These questions require an assessment of whether existing doctrinal categories remain useful for attributing criminal liability or whether a reformulation of the general theory of crime is necessary.

PROPRIETÀ INTELLETTUALE E IA: PROSPETTIVE INTERNAZIONALPRIVATISTICHE

Alberto Jaci[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La trasformazione della proprietà intellettuale nell'era dell'IA. – 3. Violazioni transfrontaliere dei diritti di proprietà intellettuale. – 4. Legge applicabile e giurisdizione nelle controversie internazionali. – 5. Riconoscimento e tutela dei diritti derivanti da creazioni ad opera di sistemi intelligenti. – 6. Prospettive evolutive e proposte di riforma della disciplina internazionale. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'evoluzione delle tecnologie digitali, in particolare l'impiego sempre più diffuso di sistemi di intelligenza artificiale (IA) nei processi creativi e produttivi, solleva questioni inedite e complesse in ambito giuridico[1]. Tra i settori maggiormente sollecitati da tali trasformazioni si colloca la proprietà intellettuale[2], il cui impianto teorico e normativo si fonda tradizionalmente sull'apporto umano quale presupposto necessario per l'attribuzione della titolarità dei diritti[3]. La progressiva autonomia delle applicazioni algoritmiche nel generare contenuti originali o nell'utilizzare opere protette impone una revisione critica dei meccanismi di tutela esistenti e delle categorie concettuali sottese alla protezione dell'ingegno[4].

[*] Dottorando di ricerca in Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Messina.

[1] I. DE GASPERIS, *Le questioni giuridiche poste dalle invenzioni connesse all'Intelligenza Artificiale*, in *The Future of Science and Ethics*, vol. 9, 2024, p. 64 ss. L'autrice richiama, tra gli altri, il noto caso "Dabus", deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito il 20 dicembre 2023, inerente alla questione della possibilità di indicare come inventore della creazione un sistema di intelligenza artificiale e non una persona umana (Thaler v Comptroller-General of Patents, Designs and Trademarks [2023] UKSC 49).

[2] R. ROMANO, P. SPADA, *Il diritto industriale*, in P. AUTERI ET AL. (a cura di), *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 7ª ed., Milano, 2023, p. 7 ss., i quali ritengono consista nell'insieme dei beni immateriali frutto della creazione umana, come i marchi e le invenzioni industriali.

[3] Circa la situazione italiana si rinvia, *ex multis*: M. PALAZZOLO, *La nascita del diritto d'autore in Italia: concetti, interessi, controversie giudiziarie (1840-1941)*, Roma, 2013, p. 7 ss. Per una riflessione di più ampio respiro: R. CASO, *La rivoluzione incompiuta: la scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Fiesole, 2020, p. 17 ss.

[4] G. GRIECO, *Il diritto d'autore nell'AI Act: Error 404 – Page not Found?*, in questa

Inoltre, occorre chiarire sin d'ora che la nozione di proprietà intellettuale oggetto di analisi include, in senso ampio, tanto il diritto d'autore quanto i diritti di proprietà industriale, riflettendo la dicotomia tradizionale tra tutela dell'espressione creativa e protezione dell'innovazione funzionale e distintiva. Tale distinzione, pur concettualmente consolidata, risulta oggi oggetto di rinnovata tensione alla luce dell'intervento degli strumenti algoritmici.

In questo scenario, il diritto internazionale privato assume un ruolo centrale nel disciplinare le fattispecie transfrontaliere in cui l'attività dell'IA determina la violazione, la fruizione non autorizzata o la contestazione della titolarità di diritti di proprietà intellettuale[5].

La dimensione globalizzata della rete e la natura decentralizzata dei sistemi IA accentuano l'incertezza giuridica in ordine all'individuazione della legge applicabile, alla determinazione della giurisdizione competente e alla possibilità di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni rese da autorità straniere[6].

Tali problematiche risultano aggravate dalla frequente opacità degli algoritmi[7] e dalla difficoltà di imputare con precisione l'atto lesivo a un soggetto identificabile secondo i criteri classici di responsabilità[8].

Il presente contributo si propone di analizzare, con taglio sistematico e prospettiva internazionalprivatistica, le implicazioni giuridiche derivanti dall'interazione tra IA e proprietà intellettuale, focalizzando l'attenzione sulle ipotesi in cui tale interazione comporti la lesione di diritti protetti in contesti transnazionali. Per un'analisi completa vanno esaminati i profili

Rivista, n. 2, 2024, p. 157 ss.; D. TOMASETTO, *L'impatto dell'intelligenza artificiale sul diritto d'autore: prospettive di tutela*, in *Sapienza Legal Papers – Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza*, 2024, p. 439.

[5] A. F. CHRISTIE, *Private international law principles for ubiquitous intellectual property infringement – a solution in search of a problem?*, in *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, p. 152 ss.

[6] M. KNAPP, *The Scope of Jurisdiction in Cross-Border Intellectual Property Disputes: Tackling Online Copyright Infringements*, in *Bialystok Legal Studies*, vol. 27, 2022, p. 159 ss.; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Cross-border adjudication of intellectual property rights and competition between jurisdictions*, in *AIDA Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2007, p. 105 ss.

[7] G. FIORIGLIO, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars interpretandi*, 2021, p. 53 ss.

[8] G. COMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra «liability» e «accountability». Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, p. 169 ss.

teorico-normativi relativi alla produzione automatica di contenuti e alla titolarità dei diritti, le modalità attraverso cui i sistemi IA possono generare violazioni dei diritti di proprietà intellettuale in ambito internazionale, le criticità connesse alla determinazione della legge applicabile e della giurisdizione e, infine, le prospettive di armonizzazione normativa in ambito sovranazionale.

L'obiettivo è quello di fornire un quadro chiaro e coerente delle attuali tensioni tra protezione dei diritti di proprietà intellettuale e innovazione tecnologica, mettendo in luce le carenze sistemiche della disciplina vigente e le possibili linee evolutive, anche alla luce della necessità di salvaguardare i diritti fondamentali[9] e il corretto funzionamento del mercato digitale globale.

2. *La trasformazione della proprietà intellettuale nell'era dell'IA*

L'integrazione pervasiva di sistemi di intelligenza artificiale nei processi creativi e innovativi sta progressivamente modificando l'assetto concettuale e normativo della proprietà intellettuale[10], ponendo sfide di natura inedita anche sotto il profilo del diritto internazionale privato. I tradizionali istituti della materia – in particolare il diritto d'autore, il brevetto e il marchio[11] – si fondano sull'assunto implicito dell'intervento umano quale presupposto indispensabile per l'attribuzione della titolarità dei diritti[12]. L'autonomia funzionale di molteplici applicazioni algoritmiche, capaci di generare contenuti originali, invenzioni tecniche o segni distintivi senza un apporto diretto e consapevole dell'uomo, mina tale presupposto[13] e solleva rilevanti interrogativi giuridici in ordine alla configurabilità di una titolarità in capo al soggetto umano che progetta, controlla o utilizza il sistema di IA[14], nonché alla

[9] L. MARCHEGIANI, *Opere "utili" e libertà della concorrenza*, Milano, 2006, p. 153 ss.

[10] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 63 ss.

[11] F. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Torino, 2021, p. 3 ss.

[12] R. ROMANO, *I diritti di proprietà industriale nell'ordinamento italiano*, in F. A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *op. cit.*, p. 16 ss.

[13] F. BORGIA, *Intelligenza artificiale, arte digitale e diritto d'autore: profili di diritto internazionale*, in *La comunità internazionale*, 2024, p. 25 ss.

[14] S. GUIZZARDI, *La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno creata dall'Intelligenza Artificiale*, in *AIDA*, 2018, la quale ritiene che «forzando l'interpretazione delle norme

stessa qualificazione giuridica del risultato prodotto[15].

Ciò comporta una rilettura critica della dialettica tra concezione personalistica, fondata sull'espressione della personalità dell'autore, e approccio funzionalista, più attento al valore economico e all'utilità sociale del risultato creativo, indipendentemente dalla sua origine umana. Le creazioni algoritmiche, per la loro natura autonoma e non intenzionale, sembrano sfuggire a entrambe le impostazioni tradizionali, sollevando la necessità di elaborare nuovi paradigmi interpretativi e attributivi. A titolo esemplificativo, la recente legge italiana n. 152/2024 sul patrimonio culturale immateriale ha contribuito a ridefinire l'ambito della tutela di manifestazioni ed espressioni non tangibili, riconoscendone esplicitamente la rilevanza giuridica in quanto elementi dell'identità collettiva e culturale. Sebbene non direttamente riferita all'intelligenza artificiale, tale normativa riflette un ampliamento della nozione di bene culturale verso contenuti dinamici e digitalmente fruibili, aprendo possibili scenari interpretativi estensivi in materia di creazioni algoritmiche ispirate o collegate a tradizioni culturali condivise.

L'incertezza è accentuata nei contesti transnazionali, nei quali la creazione, la divulgazione e la potenziale lesione dei diritti possono coinvolgere più ordinamenti giuridici con regimi di tutela non armonizzati[16]. In particolare, la questione dell'attribuzione della paternità di un'opera generata da un algoritmo, della qualificazione di un'invenzione ideata da un sistema automatizzato e della responsabilità per l'uso non autorizzato di marchi da parte di software intelligenti, si intreccia con la difficoltà di individuare con precisione il *locus creationis*[17], l'appartenenza nazionale del soggetto rilevante e il luogo in cui si produce l'effetto della condotta lesiva[18]. La

contenute nella legge sul diritto d'autore, sembrerebbe possibile attribuire la paternità dell'opera creata dai sistemi di I.A. all'utilizzatore della medesima. Riconoscere l'utilizzatore quale titolare dei diritti sulle opere generate dai sistemi di IA sarebbe coerente con lo scopo fondamentale sottostante alla disciplina europea in materia di proprietà intellettuale, poiché questa scelta sarebbe in grado di generare un potenziale molto più significativo in termini di incremento dell'innovazione rispetto a quanto si potrebbe conseguire se tali diritti fossero allocati in capo ad altro soggetto».

[15] F. FONTANAROSA, *Copyright e intelligenza artificiale nel diritto dell'Unione europea*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2020, p. 129 ss.

[16] M. TRIMBLE, *Advancing National Intellectual Property Policies in a Transnational Context*, in *Maryland Law Review*, vol. 74, 2015, p. 203 ss.

[17] S. ALIPRANDI, *L'autore artificiale 2. Creatività e proprietà intellettuale nell'era dell'AI*, Milano, 2025, p. 11 ss.

[18] P. BERTOLI, *Profili transnazionali nella tutela del diritto d'autore*, in *Il diritto dello spettacolo e le nuove tecnologie*, Milano, 2020, p. 23 ss.

molteplicità delle possibili connessioni giuridicamente rilevanti impone un'attenta riflessione sui criteri di collegamento più adeguati a regolare tali fattispecie, soprattutto in assenza di una cornice normativa internazionale unitaria[19]. L'applicazione delle regole tradizionali in materia di legge applicabile e giurisdizione rischia, infatti, di produrre risultati contraddittori o disfunzionali, in particolare nei casi in cui le condotte poste in essere da IA si diffondano attraverso infrastrutture decentralizzate, come il *cloud computing*[20] o le reti neurali distribuite[21]. La conseguente instabilità giuridica incide negativamente non solo sulla certezza del diritto, ma anche sulla possibilità di una tutela effettiva, ponendo i titolari dei diritti in una condizione di vulnerabilità normativa rispetto a violazioni tecnologicamente sofisticate e giuridicamente elusive[22]. In tale contesto, si delinea la necessità di un ripensamento critico dei fondamenti teorici della proprietà intellettuale, in funzione dell'interazione uomo-macchina, e di un'evoluzione della disciplina internazionalprivatistica che consenta di fronteggiare con strumenti adeguati la crescente complessità delle relazioni transfrontaliere generate dall'impiego dell'intelligenza artificiale[23].

3. *Violazioni transfrontaliere dei diritti di proprietà intellettuale*

L'impiego dell'intelligenza artificiale nelle dinamiche produttive e distributive globali ha incrementato in modo esponenziale le possibilità di violazione dei diritti di proprietà intellettuale in contesti transfrontalieri. Tali violazioni, spesso caratterizzate da un elevato grado di sofisticazione

[19] I. FERRARI, *Tutela della proprietà intellettuale per i prodotti dell'intelligenza artificiale: riflessioni de jure condendo*, in C. M. CASCIONE, G. GIANNONE CODIGLIONE, P. PARDOLESI (eds.), *Public and Private in Contemporary Societies*, Roma, 2024, p. 91 ss.

[20] Consiste nell'erogazione di servizi offerti su richiesta da un fornitore a un utente finale attraverso la rete internet (come l'archiviazione, l'elaborazione o la trasmissione dati), a partire da un insieme di risorse preesistenti, configurabili e disponibili in remoto sotto forma di architettura distribuita.

[21] Sono dei sistemi di IA che riproducono artificialmente le prestazioni di una persona esperta di un determinato dominio di conoscenza o campo di attività.

[22] D. CHIAPPINI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell'Artificial Intelligence Act dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, p. 95 ss.

[23] G. GRIECO, *Intelligenza artificiale e diritti umani nel diritto internazionale dell'Unione Europea. Alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *OIDU*, 2022, p. 782 ss.

tecnologica e da un'estrema rapidità di diffusione[24], pongono sfide complesse in termini di individuazione della condotta lesiva, del soggetto responsabile e dell'ordinamento competente. I sistemi di IA, in particolare quelli operanti attraverso tecniche di *machine learning*[25] e *generative models*[26], possono replicare, modificare, rielaborare o diffondere opere protette senza che ciò implichi necessariamente un'azione consapevole e diretta da parte dell'utente umano[27]. Ne deriva una profonda alterazione della struttura soggettiva della responsabilità, la quale tende a decentrarsi rispetto ai parametri classici della colpa o dell'intenzionalità, spostando l'attenzione su profili oggettivi, funzionali o strutturali[28]. In taluni casi, la stessa identificazione del soggetto imputabile risulta problematica, soprattutto laddove la progettazione, l'addestramento e l'impiego del sistema avvengano in Stati differenti, con il coinvolgimento di più attori giuridici[29]. La circolazione globale dei contenuti attraverso piattaforme digitali e infrastrutture *cloud* accentua ulteriormente le difficoltà nell'individuare il luogo in cui la violazione si concretizza, rendendo incerti sia l'*an* sia il *quomodo* della lesione[30]. Sul piano del diritto internazionale privato, ciò comporta un'oggettiva crisi dei criteri tradizionali di collegamento, spesso incentrati su nozioni territoriali non più adeguate alla dimensione reticolare delle interazioni digitali.

Un esempio emblematico può rinvenirsi nell'uso di sistemi di IA generativa per la produzione di contenuti audiovisivi che riproducono in modo verosimile stili, opere o marchi tutelati, senza autorizzazione e con diffusione immediata tramite piattaforme globali. Tali pratiche, talvolta riconducibili ai fenomeni dei deepfake o dell'appropriazione indebita di dataset protetti, mettono in luce l'elevato potenziale lesivo e la difficoltà strutturale di

[24] F. DECOSTA, *Intellectual Property Protection for Artificial Intelligence*, in *Westlaw Journal Intellectual Property*, 2017, p. 1 ss.

[25] G. SANSEVERINO, *IA e diritto dei brevetti*, in *AIDA*, 2020.

[26] J. SMITS, T. BORGHUIS, *Generative AI and Intellectual Property Rights*, in *Law and Artificial Intelligence*, 2022, p. 323 ss.

[27] G. PIGNATARO, *La produzione intellettuale dell'IA generativa tra etica e diritto*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 2024, p. 138 ss.

[28] U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning; dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una "responsabilità da algoritmo"?*, in ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2018, p. 1 ss.

[29] E. ZANARDI, *Tutela del diritto d'autore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Ciberspazio e diritto*, 2024, p. 311 ss.

[30] G. CONTALDI, *I non fungible token nel mercato unico digitale*, in F. BORGIA, B. SIRGIOVANNI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: la cripto-arte e la sua circolazione*, Bari, 2024, p. 79 ss.

prevenzione. La localizzazione del fatto illecito, l'individuazione del luogo in cui il danno si è prodotto o è destinato a prodursi, e la determinazione del foro competente diventano operazioni giuridicamente complesse, suscettibili di esiti divergenti a seconda dell'ordinamento interessato[31]. In assenza di regole uniformi o di intese multilaterali vincolanti, si rischia un aumento del *forum shopping*[32] e della frammentazione normativa, con effetti pregiudizievoli per la certezza del diritto e per l'effettività della tutela[33]. Inoltre, la natura automatizzata e iterativa delle condotte poste in essere da IA rende spesso inadeguati gli strumenti tradizionali di prevenzione e di intervento giurisdizionale[34], in quanto questi ultimi presuppongono un'azione umana identificabile e delimitabile nel tempo e nello spazio[35]. Il quadro che ne deriva è quello di una vulnerabilità strutturale della proprietà intellettuale rispetto a forme di lesione digitalmente mediate, difficilmente riconducibili alle categorie classiche del diritto e in particolare alle strutture concettuali del diritto internazionale privato, che oggi più che mai necessitano di un'evoluzione coerente con la realtà tecnologica contemporanea[36].

4. *Legge applicabile e giurisdizione nelle controversie internazionali*

La crescente incidenza delle tecnologie di intelligenza artificiale nelle controversie relative alla proprietà intellettuale, specie in contesti transfrontalieri, impone una riflessione approfondita sulla tenuta degli attuali strumenti del diritto internazionale privato in materia di legge applicabile e

[31] Sul punto si segnala uno studio empirico che dimostra come, in base alla scelta del criterio effettuata con il regolamento Roma II che si tratterà più avanti, la giurisdizione applicabile non deve necessariamente seguire il principio *lex fori,* bensì le Corti degli Stati membri possono essere ugualmente competenti a giudicare violazioni di diritti di proprietà intellettuale stranieri: A. CHRISTIE, *op. cit.*, p. 152 ss.

[32] M. KALWANI, *Navigating Challenges and Proposing Solutions. The Interplay of Jurisdiction in Artificial Intelligence and Intellectual Property*, in R. DHINGRA, N. DEWANI (eds.), *Intellectual Property Rights and Competition Law in India*, London, 2024, p. 206 ss.

[33] F. FERRARI, *La tutela del diritto d'autore e il mondo del web*, in *Il diritto dello spettacolo e le nuove tecnologie*, 2020, p. 47 ss.

[34] I. FERRARI, *Protecting Intellectual Property in the age of Artificial Intelligence*, Milano, 2024, p. 1 ss.

[35] G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 713 ss.

[36] J. KONG ET AL., *Artificial Intelligence, Law, and Vulnerabilities*, in C. EL MORR (ed.), *AI and Society. Tensions and Opportunities*, New York, 2022, p. 179 ss.

giurisdizione[37]. La disciplina vigente, ancorata a criteri di collegamento di matrice territoriale o personale[38], risulta spesso inadeguata a disciplinare situazioni in cui la lesione, l'utilizzazione non autorizzata o la contestazione di un diritto di proprietà intellettuale coinvolgano sistemi di IA operanti in ambienti digitali decentrati, con strutture infrastrutturali e soggetti coinvolti dislocati in più Stati[39]. In particolare, la determinazione della legge applicabile in materia extracontrattuale, in ambito europeo regolata dal regolamento (CE) n. 864/2007 (Roma II), presenta profili che possono essere forieri di criticità. L'art. 8 del regolamento, ad esempio, prevede che la legge applicabile sia quella del paese per il quale è richiesta la protezione, sulla base di un criterio finalizzato alla frammentazione normativa secondo la territorialità dei diritti violati. Sebbene tale approccio sia coerente con la logica della proprietà intellettuale, esso si rivela estremamente complesso da applicare nei casi in cui l'atto lesivo sia posto in essere da un sistema automatizzato accessibile globalmente, senza un'azione localizzabile univocamente[40].

Le difficoltà interpretative non si attenuano, peraltro, sul piano convenzionale: la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche (art. 5), pur garantendo un principio di assimilazione tra autori stranieri e nazionali, non stabilisce una disciplina uniforme per la legge applicabile, rinviando implicitamente ai criteri di diritto internazionale privato degli Stati contraenti. L'Accordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*)[41], parte integrante dell'Accordo istitutivo dell'OMC, impone agli Stati membri obblighi minimi di tutela sostanziale, ma non prevede regole armonizzate né sulla giurisdizione né sulla determinazione della legge applicabile nelle controversie civili transfrontaliere, lasciando spazio a significative divergenze interpretative e applicative. A livello extra-europeo,

[37] A. GIUSSANI, *Questioni di competenza in senso stretto e in senso lato nella nuova disciplina delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale*, in L. NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Milano, 2005, p. 177 ss.

[38] P. SPADA, *Territorialità della tutela e ubiquità degli interessi nella proprietà intellettuale*, in P. AUTERI ET AL. (a cura di), *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012, p. 39 ss.

[39] C. ZUO, *Study on Deconstruction and Governance of Intellectual Property Rights Caused by Machine Writing Ethics Anomie in The Era of Artificial Intelligence*, in *Academic Journal of Science and Technology*, vol. 9, 2024, p. 33 ss.

[40] M. D'ONOFRIO, *Azioni e creazioni dell'intelligenza artificiale: soggettività, responsabilità e diritti d'autore*, in *Tecnologie e Diritto*, 2024, p. 55 ss.

[41] G. MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, 2009, p. 178 ss.

strumenti come la *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks and Other Industrial Rights in Signs on the Internet* (WIPO, 2001)[42], e il successivo *WIPO Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence* (2020)[43], pur essendo fonti di *soft law*, offrono utili orientamenti interpretativi. Essi suggeriscono approcci fondati sul *targeting* degli utenti e sull'impatto economico effettivo della condotta, contribuendo alla definizione funzionale del *locus commissi delicti* in ambienti digitali[44]. Parallelamente, i lavori della UNCITRAL sui *digital disputes*[45] e le raccomandazioni contenute nel *Recommendation of the OECD Council on Artificial Intelligence*[46] (2021) promuovono la necessità di un aggiornamento degli strumenti internazionalprivatistici, favorendo criteri di collegamento idonei a riflettere la dimensione reticolare e decentrata delle interazioni algoritmiche.

Sul versante giurisdizionale, la localizzazione del fatto illecito e l'individuazione del luogo in cui il danno si è prodotto o è destinato a prodursi[47], requisiti centrali ai fini della giurisdizione secondo il regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I-*bis*), si complicano laddove l'effetto pregiudizievole si verifichi in modo simultaneo in più ordinamenti, o laddove l'algoritmo agisca in modo autonomo, senza un intervento umano diretto[48]. La

[42] Le disposizioni ivi contenute mirano a fornire un quadro giuridico chiaro per i titolari di marchi che desiderano utilizzarli su Internet e partecipare allo sviluppo del commercio elettronico. Mirano, altresì, a facilitare l'applicazione delle leggi esistenti in materia di marchi e di altri diritti di proprietà industriale sui segni in Internet. Si veda: T. BETTINGER, *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet*, in T. BETTINGER, A. WADDELL (eds.), *Domain Name Law and Practice*, 2nd ed., Oxford, 2015, p. 1513 ss.

[43] Per un maggiore approfondimento si rinvia a: S. FLYNN, *WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)*, Washington, 2020, p. 2 ss.

[44] N. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti di leggi e giurisdizione*, in *AIDA*, 2007.

[45] A. JOUBIN-BRET, A. KUNZELMANN, *The legal infrastructure for the digital transformation: the UNCITRAL framework*, in J. CHAISSE, C. RODRÍGUEZ-CHIFFELLE (eds.), *The Elgar Companion to the World Trade Organization*, Camberley, 2023, p. 257 ss.

[46] B. C. STAHL ET AL., *A European Agency for Artificial Intelligence: Protecting fundamental rights and ethical values*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 45, 2022, p. 1 ss.

[47] C. FUSSATI, *Illeciti commessi dall'intelligenza artificiale: aspetti di giurisdizione e legge applicabile nel quadro normativo dell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice*, 2025, p. 281 ss.

[48] Tale problematica era già emersa nel corso della comunicazione della Commissione relativa alla Strategia per il mercato unico digitale in Europa, del 6 maggio 2015, COM (2015) 192final.

contrapposizione tra *lex loci delicti commissi* e *lex loci damni* rischia in questi casi di produrre incertezza, disarmonia giurisprudenziale e soluzioni incoerenti, specie se sovrapposte a sistemi extracomunitari, dove prevalgono criteri di giurisdizione soggettiva, come negli Stati Uniti (*minimum contacts doctrine*)[49]. Ne sono prova le decisioni divergenti in tema di IA e proprietà intellettuale, tra cui si segnala il caso *Thaler v. Vidal*[50], che ha escluso la possibilità di attribuire titolarità brevettuale a un sistema di IA, a fronte della precedente pronuncia australiana *Commissioner of Patents v. Thaler*[51], che sembrava propendere in senso opposto, salvo poi essere riformata in appello.

In questo contesto frammentato e instabile, si affacciano ipotesi di elaborazione di nuovi criteri di collegamento, quali la *lex loci operatoris* algoritmica, riferita al luogo di progettazione, addestramento o operatività del sistema di IA, o la *lex loci controlleris*, intesa come la legge del luogo in cui risiede il soggetto che esercita un controllo effettivo sull'algoritmo. Tali proposte, sebbene prive di riconoscimento nei testi convenzionali vigenti, testimoniano l'emergere di un orientamento dottrinale che mira ad adeguare le categorie del diritto internazionale privato alla specificità tecnologica dell'intelligenza artificiale.

La codificazione di questi criteri, tuttavia, richiede un intervento concertato a livello sovranazionale, che potrà svilupparsi solo attraverso l'elaborazione di nuovi strumenti convenzionali o l'adozione di *soft law* condivisa, capaci di armonizzare i conflitti di leggi e giurisdizione derivanti dall'impiego transfrontaliero dell'IA nei settori innovativi e creativi disciplinati dal diritto della proprietà intellettuale. In tale contesto, assumono crescente rilevanza anche le strategie adottate dai soggetti operanti nel mercato digitale globale per influenzare la legge applicabile e la giurisdizione competente. Tra queste, la localizzazione strategica dei server, la segmentazione contrattuale della titolarità dei diritti e l'impiego di licenze multilivello configurano una geografia giuridica artificiale, spesso funzionale a evitare responsabilità o a massimizzare la protezione in determinati ordinamenti.

[49] Per una trattazione più diffusa si rinvia a: S. JAY, *Minimum Contacts as a Unified Theory of Personal Jurisdiction: A Reappraisal*, in *North Carolina Law Review*, vol. 59, 1981, p. 429 ss.

[50] United States Court of Appeals for the Federal Circuit, *Thaler v. Vidal,* 43 F.4th 1207 (2022).

[51] Federal Court of Australia, *Thaler v. Commissioner of Patents,* FCA 879 (2021).

5. *Riconoscimento e tutela dei diritti derivanti da creazioni ad opera di sistemi intelligenti*

La crescente produzione di contenuti e soluzioni tecnico-creative da parte di sistemi di intelligenza artificiale, come già detto, pone interrogativi cruciali in merito al riconoscimento e alla tutela transfrontaliera dei diritti derivanti da tali creazioni, tanto sotto il profilo sostanziale quanto sotto il profilo processuale. In assenza di una armonizzazione normativa a livello internazionale, si assiste a un'eterogeneità marcata nella qualificazione giuridica delle opere generate dall'IA, con ricadute dirette sulla possibilità di far valere tali diritti al di fuori dello Stato di origine.

Nel contesto europeo, l'articolazione delle fonti tra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e ordinamenti nazionali evidenzia margini di ambiguità. Sebbene il diritto dell'Unione non riconosca espressamente la protezione del diritto d'autore a favore di opere generate autonomamente da sistemi di IA, il quadro normativo resta ancorato al requisito dell'"originalità" intesa come espressione della personalità dell'autore umano, secondo l'interpretazione consolidata della Corte di giustizia (si vedano le sentenze *Infopaq*[52] e *Painer*[53]). Tale impostazione risulta coerente anche con la Convenzione di Berna, la quale presuppone implicitamente l'autorialità umana nella definizione di opera ai fini della protezione internazionale (artt. 2 e 5), escludendo *de facto* la tutela delle creazioni interamente automatizzate[54].

Tuttavia, in ambito extraeuropeo si osservano approcci difformi: ad esempio, la normativa britannica, nella sezione 9 (3) del *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988, riconosce come autore della *computer-generated work* la persona che ha effettuato le disposizioni necessarie alla creazione dell'opera, soluzione che, pur non attribuendo soggettività giuridica all'IA, ne consente un'indiretta protezione[55]. Sul versante opposto, negli Stati Uniti la *US Copyright Office* ha confermato l'inammissibilità della registrazione di opere prive di intervento creativo umano (v. *Zarya of the Dawn*, 2023)[56],

[52] Corte giust. 16 luglio 2009, C-5/08.

[53] Corte giust. 1° dicembre 2011, C-145/10, *Painer*.

[54] G. KOUMANTOS, *Sur le droit international privé du droit d'auteur*, in *Il Diritto di Autore*, 1979, p. 616 ss.

[55] P. GOOLD, *The Curious Case of Computer-Generated Works under the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, in *City Law School Research Paper*, n. 3, 2021, p. 3 ss.

[56] È il caso dello scrittore Kris Kashtanova che, nel settembre del 2022, ha presentato domanda di protezione del copyright del fumetto presso l'Ufficio per il copyright degli Stati Uniti, ma non è stato rivelato che le illustrazioni erano state create utilizzando "Midjourney",

riaffermando la centralità del requisito dell'autorialità umana[57]. L'assenza di un orientamento uniforme determina incertezza nella circolazione internazionale di tali opere e ostacola il riconoscimento automatico dei diritti acquisiti in uno Stato da parte degli altri Stati, rendendo problematica l'applicazione del principio della protezione nazionale (art. 5(2) Convenzione di Berna)[58] e quello del trattamento minimo di cui all'Accordo TRIPS[59].

In prospettiva internazionalprivatistica, la questione si riflette sul piano dell'efficacia extraterritoriale delle situazioni giuridiche soggettive acquisite e sulla possibilità di ottenere tutela giurisdizionale in Stati terzi[60]. In assenza di una norma di conflitto uniforme, la possibilità di riconoscere l'esistenza e l'efficacia di un diritto di proprietà intellettuale generato da un'IA dipenderà dalla compatibilità con l'ordine pubblico del foro e dalla valutazione, da parte del giudice straniero, del soddisfacimento dei requisiti sostanziali previsti dalla *lex loci protectionis*[61]. È quindi verosimile che un'opera generata autonomamente da un sistema di IA possa essere tutelata nel Regno Unito, ma non ottenere alcun riconoscimento negli Stati Uniti o in Germania, con evidenti rischi di frammentazione e *forum shopping*[62].

un generatore di immagini di intelligenza artificiale. Al fumetto è stata concessa la protezione del copyright, ma l'Ufficio per il copyright ha avviato un procedimento per revocare la protezione dell'opera d'arte dopo aver scoperto il fatto. La protezione del copyright dell'opera d'arte è stata revocata nel febbraio 2023 e l'Ufficio per il copyright ha spiegato che solo le opere create dall'uomo possono ricevere protezione.

[57] J. SIMPSON, *Auctor Ex Machina: Artificial Intelligence and Authorship in Zarya of the Dawn*, in *Journal of Business & Technology Law*, vol. 20, 2025, p. 89 ss.

[58] L. C. UBERTAZZI, *Linee di evoluzione pregressa della proprietà intellettuale*, in A. SCIUMÈ, E. FUSAR POLI (a cura di), *«Afferrare… l'inafferabile» I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento*, Milano, 2013, p. 33 ss.

[59] L'art. 2 dell'Accordo sui *TRIPS* stabilisce che, con riguardo alle proprie Parti II, III e IV, gli Stati membri debbano applicare le disposizioni della Convenzione di Parigi dall'art. 1 all'art. 12 e l'art. 19. Nessuna disposizione contenuta nelle Parti da I a IV dell'Accordo deve derogare dalle obbligazioni vigenti per i Paesi membri in base alla Convenzione di Parigi, alla Convenzione di Berna, alla Convenzione di Roma e al Trattato sulla Proprietà Intellettuale rispetto ai circuiti integrati.

[60] V. BONCINELLI, *Modelli tecnici e disciplina giuridica del c.d. cloud computing*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, p. 27 ss.

[61] Quando venne introdotto tale criterio si ritenne di aver superato le questioni dottrinali, le quali ritenevano che, in materia di legge applicabile nelle controversie sulla proprietà intellettuale, si dovesse fare riferimento ai trattati internazionali vigenti in materia. Si veda: F. MARONGIU BONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, 2013, p. 82 ss.

[62] L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022.

Anche le ipotesi di contrattualizzazione *ex ante* dei diritti derivanti da creazioni algoritmiche non risolvono il problema alla radice, poiché la validità e l'opponibilità dei contratti aventi ad oggetto beni immateriali generati da IA dipendono, ancora una volta, dalla legge applicabile e dalla qualificazione giuridica dell'oggetto negoziale[63]. La *soft law* internazionale (come il *WIPO Dialogue on IP and AI*) ha tentato di colmare il vuoto normativo suggerendo criteri flessibili, tra cui l'attribuzione del diritto al soggetto che ha fornito i dati, l'algoritmo o l'ambiente di addestramento. Tuttavia, tali proposte restano prive di efficacia vincolante e non incidono sulla qualificazione giuridica dei diritti ai fini del riconoscimento internazionale[64].

A fronte di tale scenario frammentato, le forme di cooperazione giudiziaria internazionale rappresentano un terreno fertile per il superamento delle asimmetrie di tutela. In questo contesto, strumenti come la Convenzione dell'Aia del 2 luglio 2019 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in materia civile o commerciale, pur non essendo ancora universalmente ratificati, offrono un modello per promuovere la certezza del diritto attraverso meccanismi di reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali anche in ambito IP[65]. Analogamente, le convenzioni sulla notificazione degli atti e sull'assunzione delle prove (Convenzioni dell'Aia del 1965[66] e del 1970[67]) costituiscono architravi fondamentali per l'effettiva tutela dei diritti in ambito contenzioso. Tuttavia, l'effettività di tali strumenti dipende dalla volontà degli Stati di aderirvi e cooperare secondo i principi di buona fede e mutuo riconoscimento.

Un'ulteriore prospettiva è offerta dai meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*, ADR), i quali si dimostrano particolarmente adatti a gestire conflitti transnazionali in materia

[63] A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2024.

[64] V. IAIA, *La proprietà intellettuale nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2025, p. 9 ss.

[65] F. CECI, *Osservazioni sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dell'Aja del 2019 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale*, in questa *Rivista*, 2022, p. 119 ss.; G. CARELLA, *Fondamenti di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Torino, 2021, p. 1 ss.; P. FRANZINA, *La Convenzione dell'Aja del 2 luglio 2019 sul riconoscimento delle sentenze straniere: una prima lettura*, in *Quaderni di SIDI-Blog*, 2019, p. 215 ss.

[66] Per approfondimento si rinvia a: F. POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 1967.

[67] Per approfondimento si rinvia a: F. POCAR, *Convenzioni internazionali*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto Internazionale Privato*, Milano, 2010, p. 70 ss.

di proprietà intellettuale generata da IA. In particolare, il *WIPO Arbitration and Mediation Center* ha sviluppato procedure specifiche per controversie IP a componente tecnologica elevata, offrendo strumenti flessibili e adattabili, inclusa la possibilità di designare esperti tecnici indipendenti[68]. Anche le piattaforme digitali stanno integrando sistemi di risoluzione automatica o ibrida delle dispute, contribuendo a una governance più agile dei conflitti derivanti dall'uso creativo dell'IA.

Tali meccanismi, sebbene non sostitutivi della giurisdizione statuale, possono rappresentare soluzioni efficaci per la tutela dei diritti in ambienti digitali decentrati, purché sia garantita la volontarietà delle parti, la trasparenza delle procedure e l'effettiva eseguibilità degli esiti.

La tutela transfrontaliera dei diritti derivanti da creazioni generate da IA, alla luce di quanto analizzato, si scontra con una pluralità di ostacoli giuridici, derivanti dall'eterogeneità dei criteri di attribuzione della titolarità, dalla disomogeneità delle normative nazionali, dall'assenza di criteri comuni per la legge applicabile e da una persistente incertezza giurisprudenziale. Ne emerge la necessità di un intervento coordinato a livello internazionale, volto alla definizione di un quadro normativo uniforme o almeno convergente, in grado di assicurare prevedibilità giuridica, effettività della tutela e certezza delle situazioni soggettive nei rapporti *cross-border* che coinvolgono la creatività algoritmica[69].

Si segnala, inoltre, che il mancato riconoscimento reciproco delle situazioni soggettive derivanti da creazioni IA comporta anche un indebolimento del principio di interoperabilità normativa. Le divergenze nella qualificazione giuridica delle opere rendono incerta la loro registrabilità o opponibilità nei vari ordinamenti, specie laddove la protezione sia subordinata a requisiti di forma o procedurali, come la registrazione o il deposito.

6. *Prospettive evolutive e proposte di riforma della disciplina internazionale*

L'introduzione sistematica dell'intelligenza artificiale nei processi creativi impone una riflessione approfondita sulla necessità di riformare gli attuali strumenti giuridici di diritto internazionale privato e di armonizzazione

[68] Per una trattazione più diffusa si rinvia a: WIPO, *Guide to WIPO Arbitration*, Geneva, 2020, p. 2 ss.

[69] C. HONORATI, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di proprietà intellettuale*, in A. GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, p. 481 ss.

sostanziale, al fine di garantire una tutela coerente, prevedibile e trasparente delle creazioni generate, assistite o co-create da sistemi algoritmici[70]. Le profonde disomogeneità riscontrabili a livello globale nella qualificazione giuridica delle opere, nell'attribuzione della titolarità dei diritti e nei meccanismi di protezione transfrontaliera rendono inadeguati i paradigmi classici del diritto d'autore e della proprietà intellettuale, ancora saldamente ancorati alla centralità dell'autore umano[71].

In questa prospettiva, si renderebbe opportuno un intervento multilivello, che combini strumenti normativi cogenti e strumenti di *soft law*. Sul piano sostanziale, un'ipotesi di riforma potrebbe consistere nella predisposizione di un protocollo addizionale alla Convenzione di Berna, volto a chiarire la nozione di autore nell'ambito delle creazioni algoritmiche, introducendo eventualmente una figura di autore funzionale o titolare delegato, come già previsto nella legislazione britannica o, in termini diversi, in alcuni ordinamenti asiatici. Una simile iniziativa potrebbe essere promossa in seno all'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (WIPO), nel quadro dei lavori già avviati nel *WIPO Conversation on Intellectual Property and Frontier Technologies*[72], anche mediante l'elaborazione di *guidelines* non vincolanti che facilitino un recepimento progressivo da parte degli ordinamenti interni.

Parallelamente, si pone la necessità di una revisione critica dei criteri di collegamento adottati nelle norme di conflitto applicabili alla proprietà intellettuale. Il principio della *lex loci protectionis*[73], sebbene funzionale alla sovranità normativa degli Stati, si dimostra inadeguato di fronte a fenomeni digitali decentrati e immateriali, come quelli legati all'IA[74]. Si potrebbe ipotizzare, in via evolutiva, l'introduzione di un criterio complementare fondato

[70] V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Torino, 2012.

[71] U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010, p. 5 ss.

[72] D. ALICA, *WIPO Conversation on IP and Frontier Technologies: Provisional Program*, 9th Session, Ginevra, 2024, p. 1 ss.

[73] P. DE MIGUEL ASENSIO, *La lex loci protectionis tras el Reglamento "Roma II"*, in *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2007, p. 375 ss.

[74] Sul punto si era già espressa la dottrina ritenendo che tale criterio non fosse adeguato, ad esempio, alla tutela della titolarità del diritto e alla sua cedibilità. Si vedano: T. DREIER, P. B. HUGENHOLTZ, *Introduction*, in *Concise European Copyright Law*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, 2016, p. 4 ss.; P. DE MIGUEL ASENSIO, *The private international law of intellectual property and of unfair commercial practices: Convergences or divergences?*, in S. LEIBLE, A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, 2009, p. 137 ss.

sul luogo dell'intervento umano significativo, o sul centro di imputazione giuridica dell'attività creativa (*creative locus*)[75], mutuando principi analoghi già proposti in dottrina per la *blockchain* e gli *smart contracts*. Un simile approccio, integrato in convenzioni internazionali o regolamenti regionali, contribuirebbe a migliorare la prevedibilità del diritto applicabile e la stabilità delle situazioni giuridiche transfrontaliere.

Una proposta complementare, recentemente emersa in dottrina, suggerisce l'introduzione di meccanismi di accountability tecnologica, basati sulla tracciabilità e sulla trasparenza dell'attività algoritmica. In tale direzione, si potrebbe valorizzare il principio di *auditability* dell'algoritmo – inteso come possibilità di verificarne *ex post* l'operato – quale parametro utile nella determinazione dei criteri attributivi e nella localizzazione dei fatti rilevanti.

In tale direzione, la strategia delineata dalla legge delega italiana precedentemente citata affida al governo il compito di adottare una disciplina organica della tutela del patrimonio immateriale con la partecipazione delle comunità detentrici e l'utilizzo di sistemi informativi digitali, potrebbe fornire un modello utile anche per la costruzione di un framework giuridico che disciplini l'interazione tra IA e cultura. Una simile impostazione, volta a includere le tecnologie emergenti nella salvaguardia di contenuti espressivi e identitari, si presterebbe ad essere trasposta in strumenti internazionalprivatistici di nuova generazione, capaci di contemperare innovazione e protezione culturale.

In materia processuale, risulta centrale il rafforzamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale in ambito di proprietà intellettuale[76]. L'adozione su larga scala della Convenzione dell'Aia del 2019 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere costituirebbe un passo significativo per assicurare l'effettività della tutela, a condizione che gli Stati aderenti sviluppino prassi interpretative coerenti anche in relazione alle creazioni algoritmiche. In parallelo, la promozione di forme specialistiche di arbitrato internazionale in materia di IA[77] – ad esempio attraverso sezioni dedicate presso il *WIPO Arbitration Center* – potrebbe offrire soluzioni flessibili e tecnicamente competenti, capaci di ridurre tempi e costi del contenzioso, nonché di adattarsi dinamicamente all'evoluzione tecnologica.

[75] J. M. DELTORN, *Deep Creations: Intellectual Property and the Automata*, in *Frontiers in Digital Humanities*, vol. 4, 2017.

[76] V. CAPORALETTI, L. RUGGERO JACOVELLA, *La teoria delle musiche audiotattili e il diritto d'autore: una revisione paradigmatica*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2017, p. 9 ss.

[77] M. GONZALO QUIROGA, *Sfide e opportunità dell'intelligenza artificiale nell'arbitrato internazionale*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2024, p. 369 ss.

Sul piano europeo, si auspica un intervento normativo organico, volto a superare l'attuale frammentazione tra diritto d'autore, responsabilità da prodotto e normativa sui dati. Il regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. *Artificial Intelligence Act*), sebbene non rivolto espressamente alla tutela delle opere d'ingegno, introduce elementi rilevanti in termini di *accountability*[78] e tracciabilità[79], che potrebbero costituire la base per una futura direttiva sull'IA e proprietà intellettuale, orientata all'armonizzazione delle regole in materia di titolarità e protezione giuridica delle opere generate o co-generate da sistemi autonomi.

Nel lungo periodo appare imprescindibile avviare un dibattito globale sul riconoscimento giuridico della soggettività parziale o funzionale delle entità artificiali[80], almeno ai fini della titolarità e gestione di diritti di proprietà intellettuale. Sebbene tale ipotesi sollevi interrogativi etici e sistematici di ampia portata, il suo esame appare ineludibile nel contesto di una crescente autonomia decisionale delle intelligenze artificiali generative, e potrebbe trovare uno spazio concettuale nelle future codificazioni di diritto internazionale privato in ambito tecnologico.

L'evoluzione della disciplina internazionale in materia di creazioni d'IA richiede uno sforzo coordinato, innovativo e interdisciplinare, capace di bilanciare le esigenze di tutela dei diritti, di incentivo alla creatività e di rispetto dei valori fondamentali che presiedono al diritto internazionale, in un contesto tecnologico in continua trasformazione.

7. *Conclusioni*

L'emersione delle creazioni generate da intelligenze artificiali solleva interrogativi di rilevanza sistematica per il diritto internazionale privato, chiamato a confrontarsi con fenomeni che mettono in discussione tanto le categorie tradizionali della soggettività e dell'autorialità[81], quanto i meccanismi

[78] C. NOVELLI, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Accountability in artificial intelligence: what it is and how it works*, in *Ai & Society*, vol. 39, 2024, p. 1871 ss.

[79] A. LOMBARDI, *Disciplina della tutela dei dati personali e regolazione dell'intelligenza artificiale: rapporti, analogie e differenze tra GDPR e AI Act*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, p. 241 ss.

[80] G. DORIA, *Tecnologia e proprietà intellettuale*, in *I-Lex*, 2019, p. 83 ss.

[81] P. AUTERI, *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie*, in M. MONTAGNINI, M. BORGHI (a cura di), *Proprietà digitale. Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Milano, 2006, p. 32 ss.

classici di circolazione e riconoscimento transfrontaliero dei diritti. In assenza di un quadro normativo internazionale unitario, gli ordinamenti reagiscono in modo frammentato, dando luogo a un pluralismo regolativo che compromette la certezza del diritto, ostacola l'effettività della tutela e incentiva comportamenti opportunistici in chiave di forum shopping normativo o giurisdizionale.

L'analisi condotta evidenzia come l'attuale disciplina della proprietà intellettuale, fondata su presupposti antropocentrici, risulti solo parzialmente adeguata a regolare fenomeni in cui la componente creativa è in tutto o in parte demandata a sistemi algoritmici autonomi. L'applicazione delle convenzioni internazionali vigenti – dalla Convenzione di Berna all'Accordo TRIPS – si rivela problematica, sia in termini di titolarità dei diritti, sia in relazione all'ammissibilità della protezione. Sul piano internazionalprivatistico, il principio della *lex loci protectionis* si dimostra sempre meno funzionale rispetto alla natura ubiqua e deterritorializzata delle creazioni digitali, richiedendo una riconsiderazione dei criteri di collegamento alla luce delle nuove tecnologie[82].

Nel tentativo di restituire coerenza e funzionalità al sistema, si impone l'adozione di soluzioni multilivello. In primo luogo, è auspicabile una riforma delle fonti legislative e convenzionali nazionali ed internazionali[83], che riconosca esplicitamente la possibilità di attribuire diritti su creazioni d'IA a soggetti umani diversi dall'autore in senso classico, valorizzando criteri alternativi di imputazione. In secondo luogo, è necessario promuovere l'elaborazione di norme uniformi o modelli di *soft law* che possano guidare l'interpretazione convergente degli ordinamenti, anche attraverso l'azione delle organizzazioni internazionali competenti, in primis la WIPO. Da ultimo, occorre rafforzare gli strumenti di cooperazione giudiziaria e promuovere il ricorso a meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, capaci di garantire un'effettiva tutela in ambito transfrontaliero.

In definitiva, si possono individuare tre direttrici evolutive fondamentali per il diritto internazionale privato applicato alle creazioni d'IA: la riconfigurazione soggettiva della titolarità dei diritti, attraverso criteri alternativi di imputazione giuridica; la ridefinizione spaziale dei criteri di collegamento, più aderenti alla dimensione reticolare delle interazioni digitali;

[82] J. PILA, P. TORREMANS, *European Intellectual Property Law*, 2nd ed., Oxford, 2019, p. 535 ss.

[83] A. MALATESTA, *Riflessioni per una revisione della legge n. 218/1995 in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali*, in RDIPP, 2018, p. 318 ss.

infine, la promozione di strumenti alternativi e flessibili di tutela, in grado di operare efficacemente nei contesti transfrontalieri.

La sfida della governance giuridica delle creazioni d'IA non riguarda soltanto la proprietà intellettuale, ma investe la capacità stessa del diritto internazionale privato di adeguarsi a contesti tecnologici fluidi, digitali e decentrati[84]. In tale scenario, la costruzione di un sistema normativo resiliente, fondato su principi condivisi ma aperto all'innovazione, rappresenta un passaggio imprescindibile per assicurare la certezza del diritto, la tutela dell'innovazione e il rispetto dell'equità nei rapporti giuridici internazionali del futuro.

[84] E. NATALE, G. ZACCARIA, *L'Impatto Dell'Intelligenza Artificiale e Dell'Innovazione Tecnologica Nel Diritto Privato Comparato e Nel Diritto Pubblico Comparato*, in *Sapienza Legal Papers – Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza*, 2022, p. 199 ss.

Abstract (ita)

Il contributo esamina le implicazioni giuridiche derivanti dall'interazione tra intelligenza artificiale (IA) e proprietà intellettuale, con particolare attenzione ai profili internazionalprivatistici. L'autonomia funzionale dei sistemi algoritmici nei processi creativi pone in crisi i presupposti tradizionali della titolarità dei diritti, generando nuove tensioni teoriche e applicative. Vengono analizzate le difficoltà connesse all'individuazione della legge applicabile, alla determinazione della giurisdizione e al riconoscimento transfrontaliero delle situazioni giuridiche soggettive, specie nei casi di creazioni interamente o parzialmente generate da IA. Il lavoro prende in considerazione anche la frammentazione normativa esistente tra gli ordinamenti, la vulnerabilità strutturale dei criteri classici di collegamento e l'insufficienza degli strumenti di tutela attuali. In una prospettiva propositiva, vengono formulate ipotesi di riforma e di adeguamento della disciplina vigente, tra cui l'elaborazione di nuovi criteri attributivi, l'adozione di strumenti di soft law e il rafforzamento della cooperazione giudiziaria. A titolo esemplificativo, si propone anche una lettura estensiva delle recenti disposizioni italiane in materia di patrimonio culturale immateriale, quale potenziale modello per un approccio integrato alla tutela delle espressioni creative nell'era dell'intelligenza artificiale.

Abstract (eng)

This article explores the legal implications arising from the intersection between artificial intelligence (AI) and intellectual property, with particular focus on private international law dimensions. The increasing functional autonomy of algorithmic systems in creative processes challenges the traditional foundations of rights ownership, giving rise to novel theoretical and practical tensions. The paper examines the critical issues relating to the identification of applicable law, the determination of jurisdiction, and the cross-border recognition of legal entitlements, particularly in cases involving AI-generated or AI-assisted works. The analysis highlights the regulatory fragmentation across jurisdictions, the structural inadequacy of classical connecting factors, and the limitations of existing protection mechanisms. From a normative standpoint, the contribution formulates proposals for reform, including the development of new attribution criteria, the adoption of soft law instruments, and the strengthening of judicial cooperation. As a case in

point, the paper reflects on the potential relevance of the recent Italian law on intangible cultural heritage as a conceptual framework for integrating technological innovation and the legal safeguarding of creative expressions in the age of artificial intelligence.

AI ACT E *PACING PROBLEM*: LA DISCIPLINA DELL'IA PER FINALITÀ GENERALI

Elisa Pandolfi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *pacing problem* e i meccanismi di flessibilità nell'*AI Act*. – 3. L'IA per finalità generali: *intended purpose vs general purpose*. – 3.1. L'*iter* legislativo della disciplina dell'IA per finalità generali. – 3.2. Il capo V. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La regolamentazione della tecnologia impone di confrontarsi con molteplici sfide, tra le quali vi è la necessità di garantire che il quadro normativo che ad essa si rivolge possa "tenere il passo" con la sua evoluzione, senza divenire obsoleto all'emergere di nuovi sviluppi della stessa.

Questa problematica è riconducibile al c.d. *pacing problem*[1], che sta ad indicare la discrepanza tra l'avanzamento delle innovazioni tecnologiche e la legislazione che ad esse si applica, la cui adozione richiede un procedimento più lento, se confrontato con il ritmo della tecnologia.

L'Unione europea, con l'adozione del regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. *AI Act*, di seguito anche il «regolamento»), che introduce un quadro legislativo orizzontale in materia di intelligenza artificiale (IA)[2], persegue l'ambizioso obiettivo di disciplinare un settore che, solo negli ultimi anni, ha registrato un'evoluzione dai ritmi esponenziali, testimoniata, da ultimo, dalla diffusione dell'IA per finalità generali, che si caratterizza per la generalità e la capacità di svolgere un'ampia gamma di compiti distinti[3].

La regolamentazione dell'IA per finalità generali, assente nella proposta

* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Macerata.

[1] G. E. MARCHANT, B. R. ALLENBY, J. R. HERKERT (eds.), *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight. The Pacing Problem*, Dordrecht, 2011.

[2] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828.

[3] Considerando n. 97 del regolamento.

di regolamento presentata dalla Commissione europea nel 2021[4], è un esempio emblematico dell'esposizione del legislatore dell'Unione al *pacing problem*.

A tal riguardo, la diffusione sul mercato dei sistemi di IA generativa, primo fra tutti ChatGPT, in concomitanza allo svolgimento delle negoziazioni sull'*AI Act*[5], ha reso necessario introdurre nel regolamento una disciplina *ad hoc* sull'IA per finalità generali, così evitando che il regolamento risultasse incompleto e potenzialmente obsoleto ancor prima di essere adottato, non applicandosi ad una componente significativa del panorama tecnologico che fa oggi capo all'IA.

In tale contesto, appare interessante ragionare, secondo una prospettiva più ampia, sui meccanismi di flessibilità ai quali il legislatore dell'Unione ricorre in previsione dell'adattamento del quadro regolamentare agli sviluppi futuri dell'IA, e, nello specifico, sulla flessibilità della disciplina dell'IA per finalità generali.

Ciò premesso, il presente scritto è così strutturato: la prima parte introduce la categoria concettuale del *pacing problem* e i meccanismi di flessibilità adottati nell'*AI Act*; la seconda parte ripercorre le tappe dell'*iter* legislativo relativo alla disciplina dell'IA per finalità generali, evidenziando altresì le problematiche riscontrate dal legislatore al momento di includerla nel regolamento. Infine, sono presentate brevi considerazioni conclusive.

2. *Il* pacing problem *e i meccanismi di flessibilità nell'*AI Act

Come in parte già accennato, il concetto di *pacing problem*[6] fa riferimento al divario tra il ritmo accelerato al quale si sviluppano le tecnologie e il diritto che si propone di disciplinarle, che, laddove non riesca a "tenere il passo" con tale sviluppo, finisce per risultare superato ed inefficace.

[4] Proposta di regolamento della Commissione europea, COM (2021) 206final.

[5] ChatGPT fa il proprio ingresso sul mercato a novembre 2022, poco prima dell'adozione formale dell'orientamento generale del Consiglio sulla proposta di regolamento.

[6] Sul concetto di *pacing problem*, v. G. E. MARCHANT, B. R. ALLENBY, J. R. HERKERT (eds.), *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight. The Pacing Problem*, Dordrecht, 2011. Con riferimento specifico all'*AI Act*, v. le riflessioni di S. LARSSON, J. HILDÉN, K. SÖDERLUND, *Implications of Regulating a Moving Target: between Fixity and Flexibility in the EU AI Act*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 18, n. 1, in corso di pubblicazione; T. EMBORG, *The EU's Pacing Problem: Why Crafting and Enforcing AI Regulation Is Hard*, in *VBlog*, 2023, disponibile *online*.

Di fronte a tale problematica, il legislatore si trova a dover scegliere tra l'alternativa di rallentare o fermare il ritmo del progresso scientifico, opzione che appare impraticabile nonché deleteria, o, altrimenti, migliorare la capacità di adattamento del sistema giuridico a tecnologie che si evolvono rapidamente[7]. Prendendo in esame la seconda opzione, in dottrina sono stati individuati[8] diversi meccanismi, tra loro eterogenei, ai quali ricorrere per assicurare una maggiore flessibilità della regolamentazione giuridica. Tra questi, si annoverano l'adesione al principio di neutralità tecnologica, il ricorso alla delega di poteri normativi, le revisioni periodiche della legislazione e l'istituzione di spazi di sperimentazione normativa.

A tali meccanismi si è fatto ricorso anche nell'*AI Act*, nel cui preambolo la necessità di restare al passo con i rapidi sviluppi tecnologici diventa un monito ricorrente.

Così, la nozione di «sistema di IA» dovrebbe «garantire la certezza del diritto […] prevedendo nel contempo la flessibilità necessaria per agevolare i rapidi sviluppi tecnologici»[9]. Il ricorso agli atti delegati trova giustificazione nella necessità di «tener conto del rapido ritmo dello sviluppo tecnologico»[10] e «far fronte agli sviluppi tecnologici in evoluzione»[11], nonché «garantire che il quadro normativo possa essere adeguato ove necessario»[12]. Infine, la rivalutazione e il riesame periodico del regolamento si giustificano, anch'essi, alla luce dei «rapidi sviluppi tecnologici»[13].

Procedendo per ordine, il principio di neutralità tecnologica, inteso come principio di non-discriminazione tra tecnologie esistenti[14], è stato ampiamente discusso in dottrina[15], trovando specifica applicazione nella

[7] Per questa alternativa, v. G. E. MARCHANT, *The Growing Gap between Emerging Technologies and the Law*, in G. E. MARCHANT, B. R. ALLENBY, J. R. HERKERT (eds.), *op. cit.*, pp. 19-20.

[8] V., *ex multis*, G. E. MARCHANT, *The Growing Gap between Emerging Technologies and the Law*, cit.; M. EBERS, *Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges*, in M. EBERS, S. NAVAS NAVARRO (eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge, 2019, p. 97 ss.; S. LARSSON, J. HILDÉN, K. SÖDERLUND, *op. cit*.

[9] Considerando n. 12 del regolamento.

[10] *Ivi*, considerando n. 52.

[11] *Ivi*, considerando n. 101.

[12] *Ivi*, considerando n. 173.

[13] *Ivi*, considerando n. 174.

[14] L. BENNETT MOSES, *Recurring Dilemmas: the Law's Race to Keep Up with Technological Change*, in *Journal of Law, Technology & Policy*, n. 2, 2007, p. 273.

[15] Per il settore ICT, v. B. KOOPS, *Should ICT Regulation Be Technology-Neutral?*, in B. KOOPS ET AL. (eds.), *Starting Points for ICT Regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-*

previsione di una legislazione che sia *future proof*, cioè che continui ad operare allo stesso modo anche se la tecnologia dovesse in futuro cambiare[16]. L'adesione a tale principio nell'*AI Act* risulterebbe dalla definizione stessa di «sistema di IA» che, nelle intenzioni della Commissione, doveva essere «as technology neutral and future proof as possible»[17]. Altro riferimento a tale principio si rinviene nel documento del Consiglio che introduce il concetto di «modello di IA per finalità generali»[18], sul quale ci si soffermerà nel prosieguo dell'analisi.

Un secondo meccanismo inteso a contribuire all'adattamento dell'*AI Act*, al quale si fa ampio ricorso nel regolamento, è l'adozione di atti non legislativi[19], destinati ad intervenire in via integrativa o attuativa della disciplina contenuta nell'*AI Act*, da parte della Commissione europea. Ad essa è attribuito il potere di adottare sia atti delegati, per modificare, sulla base del procedimento di cui all'art. 97 del regolamento, molte delle previsioni che disciplinano i sistemi ad alto rischio e i modelli per finalità generali, sia atti di esecuzione, secondo la procedura di cui all'art. 98 del regolamento[20].

liners, The Hague, 2006, p. 77 ss.; G. M. RUOTOLO, A. M. GALLO, *Le norme sulla lotta alla violenza di genere online nel contesto della regolamentazione internazionale ed europea di internet: alcune questioni generali e di metodo*, in A. DI STASI, R. ESPINOSA CALABUIG (a cura di), *Cyberviolenza di genere e nuove "frontiere" normative e giurisprudenziali: la direttiva UE 2024/1385*, Napoli, 2025, p. 70.

[16] In questi termini, M. ALMADA, *Regulation by Design and the Governance of Technological Futures*, in *EJRR*, vol. 14, 2023, p. 707. Sul punto, v. anche L. BENNETT MOSES, *op. cit.*, p. 274; U. PAGALLO, *LLMs Meet the AI Act: Who's the Sorcerer's Apprentice?*, in *Cambridge Forum on AI: Law and Governance*, vol. 1, n. e1, 2025, p. 1 ss.

[17] Relazione che accompagna la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, COM (2021) 206final, cit., p. 12. La definizione inizialmente proposta dalla Commissione, oggetto di critica poiché eccessivamente ampia, non coincide con quella adottata all'art. 3 del regolamento, che si allinea invece alla definizione proposta dall'OCSE.

[18] Presidenza spagnola del Consiglio, doc. 16097/23, p. 3.

[19] Artt. 290 e 291, TFUE. Sul potere delegato della Commissione europea, v. C. F. BERGSTROM, D. RITLENG (eds.), *Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers*, Oxford, 2016; R. SCHUTZE, "*Delegated*" *Legislation in the (new) European Union: A Constitutional Analysis*, in *The Modern Law Review*, vol. 74, 2011, p. 661 ss. Con riferimento al potere delegato della Commissione europea nell'*AI Act*, v. F. FERRI, *Il giorno dopo la rivoluzione: prospettive di attuazione del Regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024, p. 107 ss.

[20] L'adozione di atti delegati è prevista dall'art. 6, parr. 6-7; art. 7, parr. 1-3; art. 11, par. 3; art. 43, parr. 5-6; art. 47, par. 5; art. 51, par. 3; art. 52, par. 4; art. 53 parr. 5-6, del regolamento. L'adozione di atti di esecuzione è prevista dall'art. 41, par.1; art. 56, parr. 6-9; art. 58; art. 72, par. 3, del regolamento.

Alla Commissione è anche affidato il compito di valutare periodicamente la necessità di modifica del regolamento[21] nonché elaborare orientamenti sull'attuazione pratica dello stesso[22].

L'*AI Act* si propone altresì l'obiettivo di promuovere l'innovazione, la competitività europea e la crescita del mercato unico, in particolare attraverso il ricorso agli strumenti di normazione[23]. La normazione, quale strumento di coregolazione che garantisce flessibilità al quadro normativo[24], occupa un ruolo centrale nel regolamento, il quale si rifà all'architettura propria della legislazione armonizzata UE sui prodotti, basata sul nuovo quadro legislativo[25].

L'obiettivo di garantire un quadro giuridico che promuova l'innovazione e che sia adeguato alle esigenze future e resiliente alle perturbazioni[26] è perseguito infine attraverso la disciplina in materia di spazi di sperimentazione normativa[27] o *regulatory sandboxes*, contenuta nel capo VI del regolamento[28].

[21] Art. 112 del regolamento.

[22] *Ivi*, art. 96 del regolamento.

[23] *Ivi*, considerando n. 121.

[24] In materia, v. K. PRIFTI, E. FOSCH-VILLARONGA, *Towards Experimental Standardization for AI Governance in the EU,* in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, vol. 52, 2024, p. 1 ss.

[25] Il Nuovo Quadro Legislativo è basato sulla distinzione tra requisiti essenziali dei prodotti, definiti a livello legislativo, e specifiche tecniche, definite dalle norme armonizzate predisposte dalle organizzazioni europee di normazione (OEN) sulla base di un mandato della Commissione europea, di cui al regolamento (UE) 2012/1025. Nell'*AI Act* compiti di specificazione tecnica sono attribuiti anche alla Commissione stessa, ai sensi degli artt. 41 e 56, par. 9, del regolamento. In materia, v. A. VOLPATO, *Il ruolo delle norme armonizzate nell'attuazione del Regolamento sull'intelligenza artificiale*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024, p. 91 ss.

[26] Considerando n. 138 del regolamento.

[27] Per «spazio di sperimentazione normativa per l'IA», ai sensi dell'art. 3, par. 1, n. 55), del regolamento, si intende «un quadro controllato istituito da un'autorità competente che offre ai fornitori o potenziali fornitori di sistemi di IA la possibilità di sviluppare, addestrare, convalidare e provare, se del caso in condizioni reali, un sistema di IA innovativo, conformemente a un piano dello spazio di sperimentazione per un periodo di tempo limitato sotto supervisione regolamentare». Come recita il considerando n. 139 del regolamento, «gli spazi di sperimentazione normativa per l'IA dovrebbero avere come obiettivo il rafforzamento della certezza del diritto per gli innovatori e della sorveglianza e della comprensione da parte delle autorità competenti delle opportunità, dei rischi emergenti e degli impatti dell'uso dell'IA, l'agevolazione dell'apprendimento normativo per le autorità e le imprese, anche in vista del futuro adeguamento del quadro giuridico, il sostegno alla cooperazione e la condivisione delle migliori pratiche con le autorità coinvolte nello spazio di sperimentazione normativa per l'IA, nonché l'accelerazione dell'accesso ai mercati, anche mediante l'eliminazione degli ostacoli per le PMI, comprese le *start-up*».

[28] In materia, v., *ex multis*, E. CIRONE, *Gli spazi di sperimentazione normativa nell'Unione europea: regolamentare l'innovazione tra principi e prassi applicative*, in *Rivista italiana di*

Il ricorso a questi strumenti nell'*AI Act* solleva criticità che non è possibile approfondire in questa sede[29]. Tuttavia, appare utile accennare al fatto che, se da un lato la previsione di meccanismi di flessibilità si propone come potenziale soluzione al *pacing problem*, dall'altro lato fa emergere l'ulteriore criticità legata all'incertezza del diritto e all'imprevedibilità della disciplina alla quale conformarsi, che potrebbe non risultare sufficientemente precisa o essere soggetta a continue revisioni[30]. In questi termini, un'eccessiva flessibilità delle disposizioni legislative potrebbe essere foriera di incertezza per gli operatori economici, con il rischio ulteriore di scoraggiare e pregiudicare l'innovazione tecnologica.

3. *L'IA per finalità generali:* intended purpose vs general purpose

Come si accennava nell'*incipit* del presente scritto, nell'*AI Act* la disciplina dell'IA per finalità generali è l'esempio più evidente, benché non sia l'unico[31], dell'esposizione del legislatore dell'Unione al *pacing problem,* avendo messo alla prova la tenuta del regolamento.

Nel momento in cui i sistemi di IA generativa, in grado di svolgere compiti diversi, hanno iniziato a diffondersi sul mercato, il legislatore si è trovato dinanzi all'alternativa di non tenerne conto e proseguire nel vaglio della proposta legislativa, escludendoli dall'ambito di applicazione del regolamento,

informatica e diritto, n. 1*,* 2025, p. 1 ss.; G. RUGANI, *La promozione di strumenti di co-regolazione dell'intelligenza artificiale nell'AI Act, con particolare riferimento alle regulatory sandboxes*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024, p. 143 ss.

[29] Tra le criticità sollevate in dottrina, si richiamano quelle inerenti al ricorso alla normazione e, in particolare, alla devoluzione ad organizzazioni private di valutazioni legate alla protezione dei diritti fondamentali; sul punto, v. A. VOLPATO, *op. cit.*, p. 91 ss. Pari interrogativi sono sorti con riferimento agli ampi poteri delegati della Commissione, ai quali consegue il rischio di sottrarre al controllo democratico la modifica di elementi rilevanti, se non addirittura essenziali, preclusa ai sensi dell'art. 290 TFUE. Sul punto, v. M. MERLET, *Il ruolo della Commissione europea nella realizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2024, p. 1121 ss.; F. FERRI, *op. cit.*, p. 111. Infine, non è mancato il rilievo per cui il moltiplicarsi, nel testo definitivo, di definizioni connesse all'IA per finalità generali sollevi criticità quanto al rispetto del principio di neutralità tecnologica e del carattere *future proof* del Regolamento; in questi termini, v. U. PAGALLO, *op. cit.*, p. 7.

[30] V. le riflessioni di S. LARSSON, J. HILDÉN, K. SÖDERLUND, *op. cit*.

[31] Il *pacing problem* è stato individuato anche in relazione alla disciplina dei sistemi di IA. Sul punto, v. M. ALMADA, N. PETIT, *The EU AI Act: between the Rock of Product Safety and the Hard Place of Fundamental Rights*, in *CMLR*, vol. 62, 2025, p. 98 ss.

o, al contrario, inserirli *in medias res* nell'*AI Act*, propendendo infine per tale seconda opzione.

Così, una prima regolamentazione dell'IA per finalità generali è stata proposta dal Consiglio, che ha adottato il proprio orientamento generale nel dicembre 2022[32], e successivamente dal Parlamento europeo, che ha votato la propria posizione negoziale nel giugno 2023[33]. Le diverse posizioni dei colegislatori sono state poi sintetizzate, nel corso del trilogo, nella disciplina introdotta nel nuovo capo V[34] del regolamento.

L'integrazione dell'IA per finalità generali nell'architettura dell'*AI Act*, così come originariamente concepito nella proposta legislativa della Commissione europea[35], ha posto numerose difficoltà, sulle quali appare doveroso, ad opinione di chi scrive, svolgere una breve premessa[36].

In estrema sintesi, il regolamento si fonda sulla classificazione dei sistemi di IA in base al rischio che essi pongono per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali. Le classi di rischio, alle quali sono connessi obblighi distinti in capo agli operatori che intervengono nella catena di valore dell'IA, si riferiscono ad utilizzi specifici di tali sistemi. Così, per la classificazione di un sistema indipendente come ad alto rischio[37], l'allegato III del regolamento elenca otto aree di rischio e, per ciascuna di esse, diversi casi d'uso, che individuano certi utilizzi specifici ai quali i sistemi sono destinati. Ad attribuire tale destinazione è il fornitore, chiamato ad individuare l'utilizzo specifico del sistema, attribuendo allo stesso una «finalità prevista» (*intended purpose*), definita come «l'uso di un sistema di IA previsto dal fornitore, compresi il contesto e le condizioni d'uso specifici […]»[38].

Tale architettura del regolamento, dove l'attribuzione di una finalità prevista ricopre un ruolo centrale e portante, è apparsa difficilmente riconciliabile con le caratteristiche dell'IA per finalità generali, la cui versatilità e ampiezza dei potenziali utilizzi rende complicata l'individuazione *ex ante* di una o più specifiche finalità, secondo la definizione poc'anzi citata.

[32] Orientamento generale del Consiglio, doc. 14954/22.

[33] Posizione negoziale del Parlamento europeo, doc. P9_TA(2023)0236.

[34] Nella proposta legislativa della Commissione, il capo V era dedicato alle misure a sostegno dell'innovazione, ora contenute nel successivo capo VI.

[35] COM (2021) 206final, cit.

[36] Sul punto, v. le riflessioni di N. HELBERGER, N. DIAKOPOULOS, *ChatGPT and the AI Act*, in *Internet Policy Review*, vol. 12, n. 1, 2023, p. 1 ss.; M. ALMADA, N. PETIT, *op. cit.*, p. 88 ss.

[37] Art. 6, par. 2, del regolamento.

[38] *Ivi*, art. 3, par. 1, n. 12).

Tale problematica nel riconciliare la classificazione dei sistemi di IA con l'IA per finalità generali è stata superata dal legislatore con l'introduzione della nuova categoria dei modelli di IA per finalità generali, collocata a monte della classificazione dei sistemi di IA.

Un «modello di IA per finalità generali» viene definito come «un modello di IA, anche laddove tale modello di IA sia addestrato con grandi quantità di dati utilizzando l'auto-supervisione su larga scala, che sia caratterizzato da una generalità significativa e sia in grado di svolgere con competenza un'ampia gamma di compiti distinti, indipendentemente dalle modalità con cui il modello è immesso sul mercato, e che può essere integrato in una varietà di sistemi o applicazioni a valle […]»[39].

Al fine di analizzare la disciplina riferita ai modelli per finalità generali, appare utile ricostruire il processo legislativo che ha portato alla sua adozione, del quale la definizione sopra richiamata costituisce l'esito.

3.1. *L'*iter *legislativo della disciplina dell'IA per finalità generali*

A mente di quanto richiamato in precedenza, ci si propone dunque di tracciare, senza alcuna pretesa di esaustività[40], l'*iter* legislativo della disciplina dei modelli e sistemi di IA per finalità generali, con la premessa che tale distinzione figura solo a partire dal testo di compromesso presentato in sede di trilogo dalla presidenza spagnola del Consiglio[41].

Un primo tentativo di includere l'IA per finalità generali nel testo del regolamento risulta dai lavori del Consiglio[42]. Il compromesso parziale presentato dalla presidenza slovena nel novembre 2021[43] conteneva una prima definizione di «sistemi di IA per finalità generali»[44], accompagnata

[39] Art. 3, par. 1, n. 63), del regolamento. Tra i modelli per finalità generali vi sono i «grandi modelli di IA generativi», ai quali fa riferimento il considerando n. 99 del regolamento. La nozione di «sistemi di IA generativa» si ricava dall'art. 50, par. 2, del regolamento, che parla di «sistemi di IA, compresi i sistemi di IA per finalità generali, che generano contenuti audio, video, immagine, video o testuali sintetici».

[40] Per un'analisi approfondita dell'*iter* legislativo dell'*AI Act*, v. N. T. NIKOLINAKOS, *EU Policy and Legal Framework for Artificial Intelligence, Robotics and Related Technologies - The AI Act*, Cham, 2023.

[41] Presidenza spagnola del Consiglio, doc. 16097/23.

[42] La proposta di regolamento è stata analizzata dal gruppo di lavoro TELECOM nel susseguirsi di quattro presidenze.

[43] Presidenza slovena del Consiglio, doc. 14278/21.

[44] Considerando n. 70a, doc. 14278/21, cit.

dall'esclusione degli stessi dalla definizione di «finalità prevista» e dall'introduzione di un nuovo art. 52a, nel quale si proponeva che tali sistemi fossero disciplinati dal regolamento solo nella misura in cui venissero immessi sul mercato per una finalità prevista[45]. Queste disposizioni sono state soppresse dalla successiva presidenza francese[46].

Secondo la nuova definizione contenuta nel testo proposto dalla presidenza francese, adottata poi nell'orientamento generale del Consiglio, un sistema per finalità generali veniva inteso come «an AI system that […] is intended by the provider to perform generally applicable functions such as image and speech recognition, audio and video generation, pattern detection, question answering, translation and others […]»[47].

Ai sistemi per finalità generali che potevano essere usati o incorporati in sistemi ad alto rischio, si prevedeva di applicare parte della disciplina propria di quest'ultimi, mentre ogni riferimento alla finalità prevista andava interpretato nel senso di indicare il possibile utilizzo del sistema come un sistema o componente di un sistema ad alto rischio[48]. Era infine prevista un'eccezione riferita all'ipotesi in cui gli utilizzi ad alto rischio fossero stati espressamente esclusi in buona fede dal fornitore, a meno che questi non avesse avuto ragioni sufficienti per ritenere che il sistema poteva essere abusato[49].

La successiva presidenza ceca[50], che finalizzava il testo dell'orientamento generale adottato dal Consiglio[51], modificava solo parzialmente l'approccio francese, prescrivendo per i sistemi per finalità generali: da un lato, l'applicazione di tutti i requisiti essenziali dei sistemi ad alto rischio; dall'altro, prevedendo un'applicazione indiretta di tale disciplina, mediata

[45] Art. 52a, par. 2, doc. 14278/21 cit.: «Any person who places on the market or puts into service under its own name or trademark or uses a general purpose AI system made available on the market or put into service for an intended purpose that makes it subject to the provisions of this Regulation shall be considered the provider of the AI system subject to the provisions of this Regulation».

[46] Presidenza francese del Consiglio, doc. 10069/22.

[47] Art. 3, lett. 1b, doc. 10069/22.

[48] *Ivi*, art. 4b, par. 6.

[49] *Ivi*, art. 4c, doc. 10069/22. Ai primi commentatori di questa disposizione era tuttavia apparsa dubbia l'operatività concreta dell'eccezione di esclusione in buona fede di ogni utilizzo ad alto rischio. In questi termini, v. P. HACKER, A. ENGEL, M. MAUER, *Regulating ChatGPT and Other Large Generative AI Models*, in *FAccT '23: Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2023, p. 1114.

[50] Presidenza ceca del Consiglio, doc. 12549/22 e 14336/22.

[51] Orientamento generale del Consiglio, doc. 14954/22.

dall'adozione di atti di esecuzione da parte della Commissione europea[52], che avrebbe avuto il compito di adattarla alle specifiche caratteristiche dei sistemi per finalità generali, nonché di definire le modalità di cooperazione tra i fornitori di tali sistemi[53].

Dalla posizione espressa nel dicembre 2022 dal Consiglio, emerge, da un lato, il tentativo di adattare ai sistemi per finalità generali l'architettura del regolamento fondata sulla previsione di una o più finalità dei sistemi di IA, in particolare riconducendoli alla categoria dei sistemi ad alto rischio; dall'altro lato, appare confermato il ruolo centrale del fornitore, chiamato ad individuare i potenziali utilizzi che qualificherebbero il sistema per finalità generali come sistema ad alto rischio.

L'approccio adottato dal Parlamento europeo[54] è differente. A tal riguardo, mentre nella relazione del giugno 2022 gli emendamenti proposti si riferivano ancora ai sistemi per finalità generali[55], con il testo votato in prima lettura l'anno seguente si assiste ad un cambio di paradigma, successivo, non casualmente, all'ingresso sul mercato di ChatGPT nel novembre 2022.

Nella posizione negoziale adottata nel giugno 2023[56], il Parlamento europeo introduceva il nuovo concetto di *foundation model*[57], modello di base, definito come «an AI system model that is trained on broad data at scale, is designed for generality of output, and can be adapted to a wide range of distinctive tasks[58]».

[52] *Ivi*, art. 4b, par. 1.

[53] *Ivi*, art. 4b, par. 5.

[54] Il lavoro del Parlamento europeo, portato avanti dalle commissioni IMCO (commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori) e LIBE (commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni), è scandito da tre documenti: la relazione provvisoria adottata ad aprile 2022 (doc. A9-0000/2021), la relazione di giugno 2022, contenente tutti gli emendamenti proposti (doc. PE731.563v01-00) ed infine il testo adottato dalle due commissioni e votato alla sessione plenaria in prima lettura il 14 giugno 2023 (doc. P9_TA(2023)0236).

[55] Alcuni degli emendamenti proposti riproducevano le alternative vagliate dal Consiglio, quale l'esclusione dei sistemi per finalità generali dalla nozione di finalità prevista (emendamento n. 966) o l'applicazione del Regolamento solo a sistemi per finalità generali adattati per una finalità prevista (emendamento n. 1129). Alcuni emendamenti (nn. 2421-2425) si riferivano anche ad un nuovo ufficio per l'IA.

[56] Posizione negoziale del Parlamento europeo, doc. P9_TA(2023)0236.

[57] La terminologia *foundation models* viene introdotta da R. BOMMASANI ET AL., *On the Opportunities and Risks of Foundation Models*, Stanford CRFM Report, 2021, disponibile all'indirizzo www.crfm.stanford.edu/assets/report.pdf.

[58] Art. 3, par. 1, lett. 1c), della posizione del Parlamento europeo.

Un *foundation model* si collocava a monte della distinzione tra sistema con finalità prevista e sistema con finalità generali, potendo questi essere entrambi l'implementazione di un modello di base[59]. A segnare ulteriormente la distanza rispetto alla posizione del Consiglio era anche la nuova definizione di sistema per finalità generali, qualificato come un sistema «that can be used in and adapted to a wide range of applications for which it was not intentionally and specifically designed»[60].

Ai sensi dell'art. 28b, par. 2, i fornitori dei modelli di base erano chiamati, in particolare, a: individuare e mitigare i rischi alla salute, sicurezza, diritti fondamentali, ambiente, democrazia e stato di diritto; incorporare *datasets* soggetti ad appropriate misure di *governance*, incluse misure volte all'individuazione e alla mitigazione dei *bias*; adottare misure relative all'efficienza energetica del modello; assicurare livelli appropriati di *performance*, prevedibilità, interpretabilità, correggibilità e cybersicurezza; adottare una certa documentazione tecnica a beneficio dei fornitori a valle; stabilire un sistema di *quality management* e registrare il modello in un database UE. Tali obblighi, pur rifacendosi in parte ai requisiti essenziali introdotti per i sistemi ad alto rischio, non valevano a qualificare i modelli di base come tali[61].

Infine, al par. 4 si proponeva di introdurre obblighi aggiuntivi per i modelli di base incorporati in sistemi di IA generativa. Essi comprendevano: il rispetto degli obblighi di trasparenza di cui all'art. 52, par. 1[62], del regolamento; l'introduzione di misure volte a prevenire la generazione di contenuti illegali che violino il diritto dell'Unione; l'obbligo di documentare e rendere accessibile al pubblico una sintesi sufficientemente dettagliata dell'utilizzo, per l'addestramento del modello, di dati protetti dal diritto d'autore[63]. Se, da un lato, la disciplina dei modelli di base non era rivolta esclusivamente a quelli aventi una capacità "generativa", dall'altro lato si evince il ruolo propulsivo che la diffusione di tali sistemi ha avuto nell'indirizzare l'attività dal Parlamento europeo.

[59] *Ivi*, considerando n. 60e.

[60] *Ivi*, art. 3, par.1, lett. 1d). Si tratta di un cambiamento che non appare indifferente, se si confronta questa definizione con quella del Consiglio, nella quale era il fornitore a destinare il proprio sistema allo svolgimento di funzioni generalmente applicabili.

[61] Considerando n. 60g, della posizione del Parlamento europeo.

[62] Nella numerazione definitiva, art. 50, del regolamento. Nel testo definitivo dell'*AI Act*, gli obblighi di trasparenza dei sistemi di IA generativa sono previsti all'art. 50, par. 2, che introduce obblighi in capo ai fornitori di sistemi di IA, compresi i sistemi di IA per finalità generali, che generano contenuti audio, immagine, video o testuali sintetici.

[63] Art. 28b, par. 4, della posizione del Parlamento europeo.

Il monitoraggio e la valutazione della disciplina dei modelli di base e dei sistemi di IA generativa venivano infine affidati dal Parlamento europeo alla Commissione e ad un nuovo organismo indipendente e dotato di personalità giuridica, l'ufficio per l'IA, destinatario di una serie di funzioni legate all'attuazione del regolamento[64].

Successivamente all'adozione della posizione negoziale del Parlamento europeo, ha preso avvio la fase di trilogo, durante la presidenza spagnola del Consiglio. Nel corso delle fasi finali delle negoziazioni, la presidenza spagnola, chiamata a trovare un compromesso tra le posizioni dei co-legislatori che si sono richiamate, ha introdotto il nuovo concetto di «modello per finalità generali»[65], proposto quale sintesi tra la terminologia del Consiglio e quella del Parlamento europeo.

Il 9 dicembre 2023, i rappresentanti della Commissione europea, i negoziatori del Parlamento europeo e la presidenza del Consiglio sono pervenuti ad un accordo sull'AI Act e in particolare sul nuovo capo V del regolamento, rubricato «Modelli di IA per finalità generali».

3.2. *Il capo V*

La disciplina approvata al termine del trilogo[66] e introdotta al capo V[67] distingue tra modelli di IA, modelli con rischio sistemico e modelli rilasciati con licenza libera e *open source*, destinatari di un regime parzialmente derogatorio, sin ora assente[68].

Accanto alla definizione di modello e sistema di IA per finalità generali, sono introdotte le definizioni di: capacità di impatto elevato, rischio sistemico e operazione in virgola mobile[69].

[64] *Ivi*, artt. 56-56c.

[65] Presidenza spagnola del Consiglio, doc. 16097/23.

[66] Rispetto al testo proposto dalla presidenza spagnola, il testo approvato all'esito del trilogo presenta alcune modifiche, in particolare con riguardo a: l'ampliamento delle ipotesi di ricorso agli atti delegati rispetto agli atti di esecuzione, per i quali la presidenza spagnola si era detta, al contrario, più favorevole (v. doc.16097/23, p. 5); l'inserimento di un articolo sul rappresentante autorizzato; la previsione di norme armonizzate; la disposizione concernente la cooperazione tra fornitori di sistemi di IA.

[67] Sulla disciplina di cui al capo V, si veda M. OROFINO, *La regolazione dei modelli di IA per finalità generali*, in F. PIZZETTI (a cura di), *La regolazione europea dell'intelligenza artificiale nella società digitale*, Torino, 2025, p. 90 ss.

[68] Né il Parlamento europeo né il Consiglio avevano previsto eccezioni per i modelli con licenza libera e *open source*. Ad essi, ai sensi degli artt. 53, par. 2 e 54, par. 6, non si applicano né gli obblighi di cui all'art. 53, par. 1, lett. *a)* e *b*), né gli obblighi di cui all'art. 54, ad eccezione che si tratti di modelli con rischio sistemico.

[69] Ai sensi dell'art. 3, par. 1, nn. 64)-67), del regolamento, per «capacità di impatto

Per rischio sistemico, si intende «un rischio specifico per le capacità di impatto elevato dei modelli di IA per finalità generali, avente un impatto significativo sul mercato dell'Unione a causa della sua portata o di effetti negativi effettivi o ragionevolmente prevedibili sulla salute pubblica, la sicurezza, i diritti fondamentali o la società nel suo complesso, che può propagarsi su larga scala lungo l'intera catena del valore»[70].

Ai sensi dell'art. 51, un modello è classificato a rischio sistemico: *a*) se presenta capacità di impatto elevato, valutate sulla base di strumenti tecnici e metodologie adeguate, compresi indicatori e parametri di riferimento[71], che la Commissione può modificare a mezzo di atti delegati, affinché riflettano lo stato dell'arte[72]; o *b*) sulla base di una decisione della Commissione, *ex officio* o a seguito di una segnalazione qualificata del gruppo di esperti scientifici, tenendo conto dei criteri di cui all'allegato XIII, emendabili dalla stessa per il tramite di atti delegati[73].

Ai sensi dell'art. 52, par. 2, il fornitore che soddisfa la condizione di cui all'art. 51, par. 1, lett. *a*), può presentare argomentazioni adeguatamente motivate per dimostrare che, in via eccezionale, sebbene soddisfi tale requisito, il modello non presenta rischi sistemici e non dovrebbe essere classificato come tale[74].

Per tutti i modelli di IA per finalità generali, il legislatore prevede all'art. 53 obblighi di informazione e documentazione nei confronti dell'ufficio per l'IA e delle competenti autorità nazionali, dei fornitori dei sistemi di IA che integrino il modello e del pubblico. Per i primi due, il contenuto di tale

elevato» si intendono «capacità che corrispondono o superano le capacità registrate nei modelli di IA per finalità generali più avanzati», mentre per «operazione in virgola mobile» si intende «qualsiasi operazione o assegnazione matematica che comporta numeri in virgola mobile, un sottoinsieme dei numeri reali generalmente rappresentati sui computer mediante un numero intero con precisione fissa avente come fattore di scala un esponente intero di una base fissa».

[70] Art. 3, par. 1, n. 65), del regolamento.

[71] Ai sensi dell'art. 51, par. 2, tale capacità di impatto elevato è presunta quando la quantità cumulativa di calcolo utilizzata per l'addestramento misurata in operazioni in virgola mobile è superiore a $10^{25.}$

[72] Art. 51, par. 3, del regolamento.

[73] Art. 52, par. 4, del regolamento.

[74] Ai sensi dell'art. 52, par. 3, se la Commissione conclude che le argomentazioni presentate dal fornitore del modello non sono sufficientemente fondate e il fornitore non è stato in grado di dimostrare che il modello non presenta, per le sue caratteristiche specifiche, rischi sistemici, essa respinge tali argomentazioni e il modello è considerato come a rischio sistemico.

documentazione è specificato agli allegati XI e XII, modificabili a mezzo di atti delegati dalla Commissione[75]. Per adempiere agli obblighi informativi nei confronti del pubblico, l'ufficio per l'IA è chiamato invece a predisporre un modello[76].

I fornitori devono altresì attuare una politica volta ad adempiere al diritto dell'Unione in materia di diritto d'autore e diritti ad esso collegati e, in particolare, a individuare e rispettare, anche attraverso tecnologie all'avanguardia, una riserva di diritti espressa a norma dell'art. 4, par. 3, della direttiva (UE) 2019/790[77].

Per i modelli con rischio sistemico, l'art. 55 introduce gli ulteriori obblighi di: valutare il modello al fine di individuare e attenuare i rischi sistemici a livello dell'Unione, comprese le fonti; tener traccia, documentare e riferire all'ufficio per l'IA e, se del caso, alle autorità nazionali competenti, di incidenti gravi ed eventuali misure correttive; e garantire un livello adeguato di protezione della cybersicurezza.

Per adempiere a tali obblighi e fino a quando non sia pubblicata una norma armonizzata, alla quale è connessa una presunzione di conformità[78], i fornitori dei modelli possono volontariamente aderire ad un codice di buone pratiche[79], che la Commissione potrà eventualmente approvare, mediante

[75] Art. 53, par. 1, lett. *a*) e *b*) e par. 6, del regolamento.

[76] Art. 53, par. 1, lett. *d*), del regolamento. Il modello è stato pubblicato il 24 luglio 2025.

[77] Art. 53, par. 1, lett. *c*), del regolamento. Per un'analisi della disciplina in materia di diritto d'autore, v. C. GRIECO, *Il diritto d'autore nell'AI Act: Error 404-Page Not Found?*, in questa *Rivista*, n. 2, 2024, p. 157 ss.

[78] Artt. 53, par. 4 e 55, par. 2, del regolamento. Alla data odierna, non è stato ancora conferito mandato per la predisposizione di norme armonizzate relative ai modelli per finalità generali; il mandato conferito a CEN e CENELEC a maggio 2023 non li menziona, ciò giustificandosi anche alla luce del fatto che la richiesta è precedente all'introduzione di tale disciplina nel regolamento.

[79] Il codice di buone pratiche, appartenente al *genus* dei codici di condotta, si configura quale strumento di co-regolazione. Sul punto, v. M. OROFINO, *op. cit.*, p. 106. La versione definitiva del codice di buone pratiche è stata pubblicata il 10 luglio 2025, mentre il 18 luglio la Commissione ha pubblicato le proprie linee guida interpretative delle disposizioni in materia di IA per finalità generali, proposte dalla stessa come complementari rispetto al codice e predisposte sulla base di una consultazione pubblica condotta tra aprile e maggio 2025. Come previsto dall'art. 56, par. 6, primo periodo, l'ufficio per l'IA e il comitato per l'IA sono chiamati a valutare se il codice contempli gli obblighi di cui agli artt. 53 e 55. Al riguardo, la Commissione ha espresso la propria opinione positiva il primo agosto 2025. V. Commission opinion of August 2025 on the assessment of the General-Purpose AI Code of Practice within the meaning of Article 56 of Regulation (EU) 2024/1689, 1.8.2025 C (2025) 5361final.

atto di esecuzione, conferendo ad esso validità generale all'interno dell'Unione[80]. Diversamente, qualora entro il 2 agosto 2025 il codice non possa essere portato a termine o l'ufficio per l'IA non lo ritenga adeguato, la Commissione potrà prevedere, mediante atti di esecuzione, norme comuni[81].

Infine, il capo IX, sez. 5, del regolamento istituisce un sistema accentrato di *governance*[82] dei modelli per finalità generali, affidato in via esclusiva alla Commissione[83], che lo attua per il tramite dell'ufficio per l'IA[84]. L'ufficio per l'IA, diversamente dalla configurazione proposta dal Parlamento europeo, è definito nel regolamento come «la funzione della Commissione volta a contribuire all'attuazione, al monitoraggio e alla supervisione dei sistemi di IA e dei modelli di IA per finalità generali, e della *governance* dell'IA»[85] ed è stato istituito con decisione della Commissione prima ancora che il regolamento fosse formalmente adottato[86].

Alla luce di quanto richiamato, seppur in termini sintetici, sulla disciplina dell'IA per finalità generali nell'*AI Act*, è possibile svolgere due brevi considerazioni, salvi ulteriori approfondimenti.

Da un lato, si può infatti notare come la disciplina introdotta al capo V del regolamento sia tutt'altro che definitiva, come traspare dai possibili spazi di modifica derivanti dall'attribuzione alla Commissione di ampi poteri normativi di carattere sub-legislativo, e, allo stesso tempo, non sia completa, come si evince dal ricorso ai due strumenti di co-regolazione, il codice di buone pratiche e le norme armonizzate, chiamati a specificarne il contenuto. Dall'altro lato, queste circostanze portano ad ipotizzare che l'adattamento del quadro legislativo ai futuri sviluppi tecnologici, al quale ci si riferiva in apertura del presente scritto, sia, in questa parte del regolamento più che in altre, concepito sin da subito dal legislatore dell'Unione come inevitabile.

[80] Art. 56, par. 6, secondo periodo, del regolamento.

[81] *Ivi*, art. 56, par. 9.

[82] Per un'analisi del modello di *governance* nell'*AI Act*, v. C. NOVELLI ET AL., *A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities*, in *EJRR*, 2024, p. 1 ss.

[83] Il sistema di *governance* accentrato in capo alla Commissione trova precedenti negli altri atti legislativi che costituiscono il *digital package*. Sul punto, v. B. MARCHETTI, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'Unione europea e il ruolo della Commissione*, in *RTDP*, 2024, p. 1097 ss.; F. FERRI, *op. cit.*, p. 107 ss.

[84] Art. 88, par. 1, del regolamento.

[85] *Ivi*, art. 3, par. 1, n. 47).

[86] Decisione della Commissione, del 24 gennaio 2024, che istituisce l'Ufficio europeo per l'intelligenza artificiale (C/2024/1459). Sulla fonte che istituisce l'ufficio per l'IA, v. F. FERRI, *op. cit.*, pp. 118-119.

A ciò si aggiunga che il rapido ritmo dello sviluppo tecnologico viene invocato a giustificazione dell'applicazione anticipata del capo V ai nuovi modelli per finalità generali a partire dal mese di agosto 2025[87], anteriormente alla data di applicazione generale del regolamento, prevista invece per l'agosto 2026.

4. *Conclusioni*

In questo scritto si è cercato di ricostruire il contesto di adozione della disciplina dell'IA per finalità generali nell'*AI Act*, quale esempio emblematico del *pacing problem*, sul quale appare utile svolgere alcune provvisorie considerazioni conclusive.

La diffusione su larga scala dei modelli per finalità generali e dei sistemi di IA generativa ha svelato un potenziale vuoto normativo dell'*AI Act*, che, se fosse stato adottato secondo l'architettura inizialmente concepita dalla Commissione europea, avrebbe rischiato di risultare già obsoleto e inadeguato nel regolamentare il panorama tecnologico oggi facente capo all'intelligenza artificiale.

Dopo i primi tentativi del Consiglio, risalenti al 2022, di adattare le classi di rischio già previste dal regolamento ai nuovi sistemi per finalità generali, è stato il lavoro del Parlamento europeo, protrattosi sino al 2023, successivamente alla diffusione su larga scala di tali sistemi e modelli, a condurre all'ampliamento dell'originaria architettura dell'*AI Act*. Tale ampliamento, presumibilmente, non sarebbe stato possibile se i tempi di discussione della proposta di regolamento da parte delle istituzioni dell'Unione o i tempi di diffusione dell'IA per finalità generali, fossero stati differenti, risultando centrale, a tal riguardo, la scansione cronologica dell'*iter* legislativo che si è più volte richiamata.

Ciò premesso, permane il dubbio che il *pacing problem* si riproponga in futuro, laddove futuri sviluppi delle tecnologie di IA rendano obsoleto il quadro regolamentare introdotto dall'*AI Act*, apparendo necessario, a tal proposito, monitorare il funzionamento e l'utilizzo dei meccanismi di flessibilità da esso introdotti.

L'esigenza di assicurare tale flessibilità del regolamento implica di dover compiere un certo bilanciamento che risponda altresì all'esigenza di certezza

[87] Considerando n. 179 del regolamento. Ai sensi dell'art. 111, par. 3, per i modelli immessi sul mercato prima del 2 agosto 2025, l'adeguamento è previsto entro il 2 agosto 2027.

del diritto, anche al fine di scongiurare che una disciplina eccessivamente flessibile ed imprevedibile pregiudichi gli operatori economici chiamati a conformarvisi e gli investimenti in materia di IA, in un contesto già caratterizzato da un forte *gap* tecnologico dell'Unione rispetto a Stati Uniti e Cina.

Al fine di soddisfare entrambe le richiamate esigenze, tra i diversi meccanismi adottati in seno al regolamento, appare interessante la previsione di spazi di sperimentazione normativa. Le *regulatory sandboxes* da un lato si presentano quali strumenti di flessibilità del regolamento, nella misura in cui permettono di testare le soluzioni normative adottate dal legislatore e la loro efficacia in un ambiente controllato, anche in vista di un futuro adeguamento del quadro giuridico, mentre dall'altro mirano, tra le altre cose, a migliorare la certezza del diritto al fine di conseguire la conformità normativa[88] e permettono, in virtù della cooperazione tra autorità competenti e operatori economici interessati, di ridurre l'asimmetria informativa esistente tra autorità regolatoria e soggetto regolato[89], a beneficio di entrambi.

Quanto alla disciplina dei modelli per finalità generali di cui al capo V del regolamento e al bilanciamento tra le opposte istanze *ivi* compiuto, essa appare "sbilanciata" verso l'esigenza di flessibilità, come dimostrano gli ampi spazi di modifica introdotti dal legislatore.

Al riguardo, appare tuttavia opportuno riflettere su un ulteriore dato, indicativo, ancora una volta, delle differenze esistenti tra la disciplina dei sistemi di IA e dei modelli di IA per finalità generali. Così, mentre la proposta di regolamento ha costituito essa stessa l'approdo di una lunga attività preparatoria[90], che ha posto le basi della regolamentazione dei sistemi di IA, lo stesso non può dirsi per la disciplina dei modelli per finalità generali, la

[88] Art. 57, par. 9, lett. *a*), del regolamento.

[89] V. S. DEL GATTO, *La "governance" delle nuove tecnologie tra tentativi di regolazione e istanze di "self regulation". Il caso del riconoscimento facciale*, in *RIDPC*, 2023, pp. 61-62.

[90] A seguito dell'iniziale approccio di *soft law*, inaugurato ufficialmente nel 2018 con la prima strategia in materia di IA, è stato il lavoro della Commissione e del gruppo di esperti da essa nominato ad aver preparato il passaggio ad un approccio di *hard law* e alla presentazione della proposta di regolamento nel 2021. V., in particolare, le comunicazioni della Commissione: L'intelligenza artificiale per l'Europa, COM (2018) 237final e il Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, COM (2020) 65final; nonché il lavoro del gruppo di esperti di alto livello, in particolare gli Orientamenti etici per un'IA affidabile, 2019, accessibili all'indirizzo www.op.europa.eu. Per una disamina dell'attività preparatoria e della politica dell'Unione in materia di IA, v. N. T. NIKOLINAKOS, *op. cit.*; C. GRIECO, *Le linee guida della Commissione europea e il libro bianco sull'intelligenza artificiale*, in R. GIORDANO ET AL. (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia,* Milano, 2022, p. 475 ss.

cui recentissima diffusione, se da un lato ha imposto un'adozione in tempi molto rapidi della corrispondente disciplina, dall'altro lato può giustificare la necessità di prevedere uno "spazio di manovra" più elevato, che permetta un più ampio adattamento dell'*AI Act*, man mano che un quadro più completo dei rischi sia disponibile[91].

Dinanzi al contesto così sommariamente delineato, è forse ultroneo rimarcare come tale disciplina costituisca terreno fertile di riflessione quanto alle sfide che una legislazione sull'intelligenza artificiale impone.

[91] Si fa cenno al c.d. dilemma del controllo, sul quale v. D. COLLIDGRIDGE, *Il controllo sociale della tecnologia*, Roma, 1983.

Abstract (ita)

Il contributo propone una riflessione sul concetto del *pacing problem*, quale sfida propria della regolamentazione della tecnologia, con cui il legislatore dell'Unione si è dovuto confrontare nel momento in cui si è reso necessario introdurre, nel corso dell'*iter* legislativo dell'*AI Act*, una disciplina *ad hoc* in materia di IA per finalità generali. A tal fine, il contributo si propone di analizzare i meccanismi di flessibilità ai quali l'*AI Act* ricorre per far fronte al *pacing problem*, per poi approfondire il caso emblematico della regolamentazione dell'IA per finalità generali, ripercorrendo le tappe dell'*iter* legislativo ed evidenziando le problematiche riscontrate dal legislatore al momento di includere tale disciplina nel regolamento.

Abstract (eng)

The contribution offers a reflection on the concept of the pacing problem, a challenge inherent in the regulation of technology, with which the EU legislator had to confront when the need arose to introduce, during the legislative process of the AI Act, rules on general purpose AI. To this end, the contribution aims at analysing the mechanisms of flexibility introduced by the AI Act in order to cope with the pacing problem, with a view to delve deeper into the emblematic example of the regulation of general-purpose AI, tracing back the different phases of the legislative process and highlighting the difficulties encountered by the legislator at the moment of including the said discipline in the regulation.

CREDIT SCORING: IL BILANCIAMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'*AI ACT*

Marzia Perlot*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *credit scoring*: declinazione del *social scoring* nel settore bancario. – 3. *Credit scoring* e diritti fondamentali individuali. – 4. La disciplina attualmente vigente in materia di *credit scoring*. – 5. Tre recenti casi giurisprudenziali. – 6. Il bilanciamento tra tecnologie digitali e diritti fondamentali, alla prova dei rapporti tra ordinamenti… – 7. *Segue*: …e dei (delicati) assetti istituzionali dell'Unione.

1. *Introduzione*

Lo sviluppo esponenziale delle nuove tecnologie e di sistemi di intelligenza artificiale altamente sofisticati ha richiesto uno sforzo al legislatore dell'Unione europea della durata pluriennale, sfociato finalmente nell'adozione del regolamento (UE) 2024/1689 in materia di *AI*[1].

La vasta diffusione di tali strumenti informatici non è, tuttavia, l'unica ragione alla base della citata normativa.

Il timore che questo genere di sistemi porta con sé richiedeva un intervento istituzionale in grado di placare le ansie ed insicurezze umane legate all'ignoto tecnologico[2]. Alla paura condivisa – fomentata anche dalla letteratura e dalla

* Dottoranda in diritto dell'Unione europea ed ordinamenti nazionali presso l'Università degli Studi di Ferrara.

[1] V. Commissione europea, proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale COM (2021) 206final, 21 aprile 2021, adottata con regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024 (di seguito: «regolamento sull'intelligenza artificiale» o «AI Act»).

[2] Tale atteggiamento di pregiudizio, tutt'altro che neutro, è efficacemente descritto da G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale: quali regole?*, Bologna, 2024, p. 17. Parla della necessità di creare un «clima di fiducia per i cittadini»: A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in questa *Rivista*, 2023, p. 324.

cinematografia[3] – l'Unione ha risposto con una disciplina, che, prima[4] fra tutte[5], ha dettato i principi della materia dell'*AI*[6]. Il fatto stesso che l'intero dispositivo sia stato costruito con l'obiettivo (declamato[7]) di garantire massima tutela ai

[3] Si pensi, a titolo esemplificativo, ad opere *fantasy* come *Frankenstein* di Mary Shelley, o distopiche, come *Brave New World* di Aldous Huxley; al classico *1984* di George Orwell; al film *Her*, di Spike Jonze o *The Island*, diretto da Michael Bay.

[4] Il reg. (UE) 2024/1689 è stato, infatti, il primo, a livello globale, ad intervenire in materia. O. POLLICINO, in *Regolazione e innovazione tecnologica nell'ordinamento della rete*, in *Rivista AIC*, 2025, p. 127 parla di «primo esperimento globale». Si auspica che tale disciplina innovativa possa fungere da paradigma anche per ordinamenti e famiglie giuridiche lontane dalla nostra (si fa riferimento all'arcinoto *Brussels effect*, che rende l'Unione europea sovrana in materia di regolazione del digitale e dell'intelligenza artificiale). Sul punto, A. BRADFORD, *Brussels Effect. How the European Union rules the World*, Oxford, 2020. Detto effetto sarebbe, oltretutto, conseguenza naturale dell'ambito di applicazione del regolamento (art. 2 *AI Act*). Ne parlano F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *DUE*, 2021, p. 462; M. CARTA, *Il regolamento UE sull'intelligenza artificiale: alcune questioni aperte*, in *EJ*, 2024, p. 190. Indaga questa duplice natura dell'effetto Bruxelles E. CIRONE, *L'AI Act e l'obiettivo (mancato?) di promuovere uno standard globale per la tutela dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 2, 2024, p. 51 ss.

[5] F. DONATI, ne *La protezione dei diritti fondamentali nel regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Rivista AIC*, 2025, pp. 5-6 classifica, infatti, i modelli di regolazione sinora adottati a livello globale in tre macro-categorie: definisce il modello americano come *market-driven*, auto-regolato dalle spontanee dinamiche del mercato; all'opposto colloca quello cinese, *state-driven*, caratterizzato da un forte interventismo dei poteri pubblici ed, a metà strada tra i due, qualifica quello europeo come *rights-driven*.

[6] Il regolamento, ad ogni modo, s'inserisce in quella che è stata definita «la via europea allo sviluppo tecnologico» da M. CARTA, *op. cit.*, p. 189. La citata via vuole condurre l'Unione a realizzare l'ambizioso obiettivo della c.d. sovranità digitale. Si parla di sovranità digitale o tecnologica (da alcuni definita anche autonomia digitale - impropriamente, tuttavia, data la dipendenza dell'Unione dai *software* e *chatbot* statunitensi e cinesi) a partire dal celebre discorso della Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen del 16 settembre 2020. Come correttamente evidenziato in dottrina, tuttavia, il termine desta molti interrogativi in relazione al proprio significato e deve intendersi come sovranità in termini regolatori. In questi termini, G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *DP*, 2022, p. 822.

[7] E. CIRONE, *op. cit.*, p. 3.

diritti fondamentali[8] conferma l'approccio "rassicurante" adottato dal legislatore[9], nel solco del c.d. costituzionalismo digitale comunitario[10].

Il regolamento *AI* è già stato oggetto di ampia attenzione in dottrina, tanto sui profili della *governance*[11] quanto in rapporto al diritto *antitrust* e, più in

[8] Dei centottanta considerando dell'*AI Act*, cinquantatré fanno riferimento all'irrinunciabile necessità di protezione dei diritti fondamentali. Il ruolo imprescindibile e centrale che gli stessi assumono nella regolazione della materia dell'*AI* li rende la «spina dorsale dell'intero atto normativo». L'efficace immagine è mutuata dal linguaggio di M. ALMADA, N. PETIT, *The EU AI Act, Between the rock of product safety and the hard place of fundamental rights*, in *CMLR*, 2020, p. 105. Parla dei diritti fondamentali come «scheletro dell'intero impianto normativo» E. CIRONE, *op cit.*, p. 12.

[9] Il legislatore dell'Unione ha, infatti, disciplinato la materia dell'*AI* ricorrendo ad un approccio regolatorio proporzionato basato sul rischio (o orientato in base al rischio) consentendo o vietando l'uso o di un sistema intelligente sulla base del pericolo che lo stesso comporta in termini di violazione o compressione di diritti fondamentali. Il regolamento distingue, quindi, tra: sistemi vietati, che comportano un rischio inaccettabile per i diritti fondamentali della persona; sistemi ad alto rischio, ammessi a condizione che l'operatore economico si doti di un codice di condotta ed adempia ad obblighi di *due diligence*; sistemi a basso rischio, ammessi a fronte del mero rispetto di obblighi di trasparenza. Il ricorso a tale tecnica normativa è stato dettato dall'esigenza di bilanciare adeguatamente interessi confliggenti in gioco: da un lato, incentivare l'innovazione, favorire il progresso tecnologico per sfruttare al massimo le opportunità offerte da questi nuovi strumenti; dall'altro, garantire adeguata tutela alla sfera individuale. La protezione di diritti fondamentali ha rappresentato, quindi, un faro (perlomeno declamato) per il legislatore sovranazionale, che ha deciso di vietare la circolazione di alcuni prodotti ritenuti troppo pericolosi. Con discrezionalità, tuttavia.

[10] O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 146. Il termine, in realtà, assume in dottrina un duplice significato che guarda alle *rationes* alla base delle normative sovranazionali in materia di digitale e *AI*: da un lato, come evidenziato, la protezione e garanzia dei diritti fondamentali individuali, tipica delle "Carte costituzionali" nazionali; dall'altro, il contenimento del nuovo potere privato: la disciplina vuole realizzare un sistema di *checks and balances* volto ad arginare il potere economico (e non solo) degli operatori della *Big Tech*; come il costituzionalismo moderno mira a prevenire abusi da parte dell'esecutivo, nel rispetto del principio di separazione dei poteri, così il costituzionalismo digitale limita l'oligarchia delle grandi piattaforme digitali, imponendo loro il rispetto dei principi di cui l'Unione è portatrice. Sul costituzionalismo digitale, approfonditamente: G. DE GREGORIO, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2020, p. 41 ss.; C. MASSA, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza*, in questa *Rivista*, 2021, p. 128 ss.

[11] F. FERRI, *Il giorno dopo la rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento*

generale, all'intera disciplina della concorrenza[12]; ancora, la normativa è stata analizzata congiuntamente ad altri atti sovranazionali (quali, il *DMA*[13], il *DSA*[14], il *Data Act*[15], il *Data Governance Act*[16]…) nell'ottica di realizzazione di un mercato unico digitale[17], all'interno del quale si auspica di creare una libera circolazione di dati e di prodotti digitali, nel rispetto dei diritti fondamentali individuali.

In questo contributo si vuole approfondire proprio il tema del bilanciamento dei diritti fondamentali nell'*AI Act*, con particolare riferimento al settore delle valutazioni sociali e del *credit scoring*. Come si avrà modo di vedere, infatti, l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale non implica un rischio

sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 2, 2024, p. 107 ss.; B. MARCHETTI, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'Unione europea ed il ruolo della Commissione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2024, p. 1097 ss.; M. MERLER, *Il ruolo della Commissione europea nella realizzazione dello spazio digitale europeo*, *ivi*, 2024, p. 1121 ss.; C. NOVELLI, P. HACKER, J. MORLEY ET AL., *A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific panel, and National Authorities*, in *EJRR*, 2024, p. 1 ss.

[12] M. GUIDI, *Intelligenza artificiale tra intese e collusioni algoritmiche nel diritto dell'Unione europea: questioni interpretative alla luce del DMA, DSA e AI ACT*, in *EJ*, 2025, p. 59 ss.; O. PALLOTTA, *Antitrust e pluralismo dell'informazione nel diritto UE: un'alternanza in favore della democrazia*, in *DUE*, 2023, p. 109 ss.; A. STAZI, *AI Act, Competition and Fairness. Compliance Issues, Overlaps in EU Legislations and Global Regulatory Scenario*, in *Unione europea e Diritti*, 2025, p. 1 ss.

[13] 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).

[14] 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).

[15] Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati).

[16] Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (regolamento sulla *governance* dei dati).

[17] M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER, G. WAGNER, *Taiming the Giants: the DMA/DSA Package*, in *CMLR*, 2021, p. 987 ss.; F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali nel mercato unico digitale*, Torino, 2022; F. ROSSI DAL POZZO, *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *EJ*, 2020 p. 1 ss.; C. ESPOSITO SCALZO, *Il mercato unico digitale in Europa: big tech e politiche pubbliche*, in *Rivista di Digital Politics*, 2023, p. 231 ss.

esclusivamente in termini di violazione o compressione del diritto alla *privacy*[18] (nella duplice forma di diritto alla riservatezza nella vita privata ed alla protezione dei dati personali[19]). Sono diverse e di pari rango rispetto a quest'ultimo le situazioni giuridiche soggettive che vengono in gioco quando si parla di *AI*[20].

A tal fine, dopo aver analizzato il concetto e la disciplina del *credit scoring*, quale peculiare declinazione del *social scoring* nel settore bancario (par. 2) ed avere indagato in che termini tale fenomeno incide sui diritti fondamentali individuali (par. 3), questo contributo si soffermerà sulla disciplina di cui agli artt. 5, 6, 15 e 22 reg. (UE) 697/2016, meglio noto sotto l'acronimo di GDPR, e all'art. 8 direttiva 2008/48/CE (par. 4), attualmente vigenti in materia, nonché sulle interpretazioni che il giudice dell'Unione ha – recentemente – fornito alle citate norme (par. 5), nell'intento di evidenziare il ruolo incisivo e garantista che la Corte di giustizia ha assunto nella tutela dei diritti fondamentali – anche – in materia di intelligenza artificiale, nell'attesa che l'*AI Act* divenga *integralmente applicabile*[21]. Per delineare le sfide future del settore, ed a guisa di conclusione, il quadro regolatorio – normativo e giurisprudenziale – così delineato sarà messo alla prova dei rapporti tra ordinamenti (par. 6) e dei (delicati) assetti istituzionali dell'Unione (par. 7).

2. *Il* credit scoring*: declinazione del* social scoring *nel settore bancario*

I timori ancestrali che l'uomo prova quando sente parlare di *AI*, di cui si è detto, non sono, invero, del tutto infondati.

[18] F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 458; A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 329.

[19] G. FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, pp. 5-8.

[20] La Commissione europea elenca i diritti su cui inevitabilmente incide l'*AI* nella Relazione annuale sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, COM (2021) 819final, 10 dicembre 2021, dedicata alla tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale.

[21] Si rammenta, infatti, che (solo) la parte relativa ai sistemi vietati è entrata in vigore il 2 febbraio 2025. Altre parti del regolamento saranno applicabili a partire dal 2 agosto 2025; altre dal 2 agosto 2026; altre ancora dal 2 agosto 2027. Si rimanda sul punto, per completezza, al dettato del considerando. n. 179 e dell'art. 113 regolamento, che scandagliando le date a partire dalle quali i vari capi e sezioni del regolamento saranno applicabili.

Sono sempre più diffusi (e divengono sempre più sofisticati), infatti, sistemi di *AI* capaci di profilare gli individui, sulla base dei loro dati, e, più in generale, delle loro abitudini di vita (c.d. *social scoring*). Del resto, ogni attività umana rilascia quotidianamente tracce digitali. Alcuni sistemi giuridici al di fuori dell'Unione europea (come quello cinese) utilizzano tali tecnologie di categorizzazione per porre in essere pratiche di controllo sociale[22]: sulla base delle informazioni raccolte dalle fonti più disparate (intermediari finanziari, nosocomi, pubbliche amministrazioni), i cittadini vengono sottoposti ad un sistema di valutazione che riduce la loro persona ad un punteggio[23] – e solo in base a quest'ultimo è consentito loro l'accesso a determinate tipologie di servizi.

All'interno del mercato unico europeo, l'uso di siffatti sistemi è vietato ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, par. 1, lett. c), *AI Act* e ciò in quanto «[i] sistemi di IA che permettono ad attori pubblici o privati di attribuire un punteggio sociale alle persone fisiche possono portare a risultati discriminatori e all'esclusione di determinati gruppi. Possono inoltre ledere il diritto alla dignità e alla non discriminazione e i valori di uguaglianza e giustizia»[24].

La norma, tuttavia, subordina tale divieto alla presenza cumulativa di una serie di condizioni[25], meglio specificate dalle linee guida della Commissione

[22] G. CERRINA FERONI, *Intelligenza artificiale e sistemi di scoring sociale. Tra distopia e realtà*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2023, p. 1 ss.; F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso Mavealuate*, *ivi*, 2021, p. 1001 ss.; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Pari dignità sociale e reputation scoring - per una lettura costituzionale della società digitale*, Torino, 2024; D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 2014, p. 1 ss.; V. BRUSSEE, *Social Credit- The Warring States of China's Emerging Data Empire*, Berlin, 2023; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il reputation scoring e la quantificazione del valore sociale*, in *federalismi.it*, 2022, p. 119 ss.

[23] Come si vedrà meglio in seguito, all'interno del territorio dell'Unione europea esistono diverse società che forniscono servizi di *scoring*, specializzate non solo nella raccolta di dati personali ma anche nella loro gerarchizzazione ed analisi ai fini di valutazione sociale: ad esse si rivolgono altri enti (come, ad esempio, le banche e gli intermediari finanziari) per conoscere la situazione – patrimoniale e non – di determinati soggetti.

[24] Considerando n. 31 *AI Act*, cit.

[25] Le linee guida della Commissione europea sui sistemi di *AI* vietati recitano, infatti: «[s]everal cumulative conditions must be fulfilled for the prohibition in Article 5(1)(c) AI Act to apply […]» (Commission, Approval of the content of the draft Communication from the Commission - Commission Guidelines on prohibited artificial intelligence practices established by regulation (EU) 2024/1689 (AI Act), C (2025) 884final, 4 February 2025).

europea del 4 febbraio 2025[26]. In particolare, impedisce «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di AI per la valutazione o la classificazione delle persone fisiche […] sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali […], [nei casi] in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi gli scenari seguenti: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche […] in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche […] che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità».

Il legislatore dell'Unione non ha, quindi, adottato un approccio *tranchant*: non ha vietato qualsivoglia tipo di sistema di classificazione. Piuttosto, ha optato per una *regolazione minimale*[27], ammettendo, oltretutto, svariate eccezioni alla regola[28].

Anzi, il dettato normativo citato è l'esito di un approccio "più garantista" rispetto a quello inizialmente assunto. Originariamente, la proposta di regolamento impediva l'uso di sistemi di profilazione sociale solo alle pubbliche autorità. La norma subordinava, quindi, il divieto alla presenza di un requisito soggettivo, ed ammetteva, invece, l'uso di tali strumenti da parte di operatori privati. Tale riferimento è stato, in seguito, espunto, proprio nell'ottica di garantire una più completa tutela alla sfera giuridica individuale[29].

I limiti della norma summenzionata emergono con particolare riferimento al c.d. *credit scoring*, quale peculiare declinazione del *social scoring* nel settore bancario.

Con tale espressione s'intende fare riferimento ad un'attività di calcolo, diffusa tra le banche e gli intermediari finanziari[30], che consente di effettuare un

[26] *Ivi*.

[27] Più che condivisibili sono le valutazioni di E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il reputation scoring*, cit., p. 128.

[28] G. FINOCCHIARO, *Diritto dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 2024, pp. 36-37; O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 160.

[29] E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il reputation scoring*, cit., p. 124. Più in generale, ritiene che nella versione finale l'*AI Act* garantisca uno spazio più significativo alla tutela dei diritti fondamentali rispetto alla proposta della Commissione E. CIRONE, *op. cit.*, p. 7.

[30] In realtà, come si avrà modo di vedere, di recente il servizio di calcolo del *credit score* ha

giudizio prognostico sulla capacità del soggetto finanziando di restituire la somma ricevuta (nei termini pattuiti)[31]. Gli istituti di credito sono in grado[32], sulla base di dati personali raccolti ed elaborati tramite alcuni *software* di *AI* o di *machine learning*, di assegnare al cliente un punteggio, che restituisce – in termini numerici – l'affidabilità creditizia del medesimo (anche detta meritevolezza del credito[33]).

Detto punteggio, tuttavia, non può essere valutato di per sé ed ai soli fini della concessione di un prestito. Le persone si rivolgono alle banche per ottenere risorse finanziarie che consentano loro di accedere a servizi anche essenziali, come un alloggio (c.d. credito immobiliare), l'elettricità o beni di comunicazione. Questo profilo è messo in luce dallo stesso regolamento (UE) 2024/1689[34] e viene ribadito nell'allegato n. III del medesimo, ove i sistemi di *credit scoring* vengono classificati tra quelli che impattano sull'«[a]ccesso a servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali».

Mentre i modelli di profilazione creditoria più tradizionali si basavano su dati personali prettamente economico-patrimoniali (cc.dd. *hard data*), i sistemi innovativi di *credit scoring* sono alimentati anche da informazioni che potrebbero (dovrebbero) considerarsi estranee al contesto nel quale sono state raccolte,

subito un'esternalizzazione; spesso sono società private non autorizzate all'esercizio del credito ad occuparsi di questa attività. Tale fenomeno prende il nome di *outsourcing*. Ne parla diffusamente, tra i tanti, F. CIRAOLO, *Le valutazioni automatizzate del merito creditizio nel quadro regolatorio europeo. Quale futuro per il credit scoring algoritmico?* in *Rivista di Diritto Bancario*, 2025, pp. 133-136.

[31] F. CIRAOLO, *op. cit.*, p. 105 definisce il *credit scoring*: «[…] espressione con la quale si indicano, com'è noto, le procedure automatizzate per la valutazione dell'affidabilità creditizia della clientela di banche ed intermediari finanziari, basate su sistemi di intelligenza artificiale in grado di processare ingenti ed eterogenee quantità di dati […]. Si tratta di una attività che si traduce, in breve, nell'elaborazione di un giudizio sintetico (*score*) indicativo del grado su solvibilità del soggetto che richiede il prestito […]».

[32] Le banche e gli intermediari finanziari sono, invero, obbligati dalla normativa vigente ad effettuare una valutazione sulla solvibilità del soggetto, nell'interesse alla sana e prudente gestione dell'attività bancaria e, più in generale, alla stabilità del mercato finanziario. Tale interesse, tuttavia, come meglio si vedrà in seguito, deve essere necessariamente ed attentamente bilanciato con gli opposti interessi di tutela dei diritti e delle libertà individuali.

[33] P. GAGGERO, C. A. VALENZA, *Le moderne tecniche di credit scoring tra GDPR, disciplina di settore e AI Act*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2024, p. 834.

[34] Considerando n. 58, reg. (UE) 2024/1689, cit.

sia *online* – quali le abitudini di acquisto dell'utente, i suoi dati di navigazione sul *web* o di geolocalizzazione – che *offline* (cc.dd. *soft data* o dati alternativi[35] rispetto a quelli finanziari; più genericamente, extra-finanziari)[36].

Anzi: l'evoluzione dei sistemi di *AI* in questi termini è stata dettata dal raffronto della qualità degli *output* generati dai modelli classici rispetto a quelli di nuova generazione: i secondi risultavano molto più validi rispetto ai primi[37]. Per funzionare efficientemente, quindi, i modelli di *AI* hanno bisogno di un'elevata quantità di dati, che provenga – possibilmente – da fonti plurime.

Ed è qui che emergono i primi paradossi.

Nonostante quanto sinora evidenziato, l'allegato III dell'*AI Act* qualifica genericamente i sistemi di *credit scoring* come ad alto rischio.

Ciò deriva prevalentemente dal fatto che il legislatore sovranazionale ha proceduto ad effettuare un'identificazione del grado di rischio in astratto ed in via preventiva[38], senza tenere in debita considerazione alcune peculiari *tipologie di uso* dei sistemi che comportano rischi significativi[39].

In secondo luogo, risulta pericolosa per la tutela dei diritti fondamentali degli individui la formulazione della norma di cui all'art. 5 perché, come da molti evidenziato, *all data is credit data*[40]. Il regolamento impedisce la

[35] Li definisce così, L. AMMANATI, G. GRECO, *Il credit scoring "intelligente": esperienze, rischi e nuove regole*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2023, p. 462.

[36] F. CIRAOLO, *op. cit.*, p. 105; M. RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2023, p. 182; E. BONACCORSI DI PATTI, P. FINALDI RUSSO, *Intelligenza artificiale nel credit scoring: analisi di alcune esperienze nel sistema finanziario italiano*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 721, 2022, p. 15.

[37] L. AMMANATI, G. GRECO, *op. cit.*, p. 465. Sulla stessa linea, E. BONACCORSI DI PATTI, P. FINALDI RUSSO, *op. cit.*, p. 15.

[38] F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 465. Parla, invece, di una «tassonomia del rischio predeterminata e rigida», M. CARTA, *op. cit.*, p. 194.

[39] M. CARTA, *op. cit.*, p. 194. Ciò deriverebbe dal fatto che il legislatore ha disciplinato la materia dell'intelligenza artificiale trattandola come un prodotto (pericoloso) e non, invece, come una causa potenziale di violazione dei diritti fondamentali dell'individuo. Trattano diffusamente la questione M. ALMADA, N. PETIT, *op. cit.*; E. CIRONE, *op. cit*.

[40] In questo senso, N. C. RODRIGUEZ, U. KOHL, *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, in U. KOHL, J. EISLER (eds.), *All Data is Credit Data: Personalised Consumer Credit Score and Anti-Discrimination Law*, Cambridge, 2021. Il titolo del capitolo riprende la celebre

circolazione di un sistema di *AI* di classificazione solo laddove il punteggio prodotto sia utilizzato in un contesto non correlato (*unrelated*) a quello di generazione dei dati. Non è chiaro, tuttavia, il portato di una tale generica locuzione. Molti in dottrina hanno, infatti, lamentato la vaghezza del disposto dell'art. 5[41]: l'indeterminatezza dei parametri e l'ampiezza delle formule utilizzate dal legislatore fa gioco agli operatori economici che ben potrebbero dimostrare che il proprio sistema non merita di essere bandito, per difetto di anche solo una delle condizioni a cui il divieto è subordinato[42].

In terzo luogo, come si è avuto modo di vedere, il sistema di *AI* funziona meglio se arricchito di numerosi *input*, provenienti da fonti diverse. La sua affidabilità (requisito che deve *essenzialmente* caratterizzare i sistemi intelligenti secondo il regolamento[43]), quindi, dipende anche da ciò. Attribuendo alla disposizione di cui al regolamento una interpretazione restrittiva (nell'incertezza esegetica di cui si è appena detto), tuttavia, parrebbe doversi impedire l'immissione in commercio di sistemi che ricorrono anche a dati extra-finanziari.

In quarto ed ultimo luogo, v'è da chiedersi se tali sistemi possano continuare ad essere utilizzati fuori dalle maglie dell'*AI Act*, ossia facendo ricorso a meri sistemi di programmazione che non rientrino nella definizione di cui all'art. 3 regolamento *AI*[44]. Il divieto sarebbe facilmente aggirabile ricorrendo ad una pratica di calcolo che non ricorra all'intelligenza artificiale per produrre uno *score*[45].

dichiarazione di Douglas Merril, imprenditore informatico americano che, dal 2003 al 2008, ha ricoperto il ruolo di *Chief Information Officer* di *Google*.

[41] B. MARCHETTI, *La regolazione europea del mercato dell'intelligenza artificiale*, in *RRM*, 2024, pp. 4-5; O. POLLICINO, *op. cit.*, pp. 164-165. Secondo alcuni, questa vaghezza sarebbe funzionale a garantire l'adeguatezza della disciplina al rapido evolversi delle tecnologie: come il caso *ChatGPT* conferma, gli strumenti di *AI* nascono e si sviluppano rapidamente e richiedono, quindi, una regolamentazione flessibile. Tra i tanti, E. CIRONE, *op. cit.*, pp. 6-7; E. PANDOLFI, *AI Act e pacing problem: la disciplina dell'IA per finalità generali*, in questa *Rivista*, 2025.

[42] P. GAGGERO, A. VALENZA, *op. cit.*, p. 830.

[43] Si richiede che i sistemi di *AI* siano affidabili sin dal primo considerando del regolamento.

[44] Sulle criticità della definizione di intelligenza artificiale *ex* art. 3 *AI Act*, O. POLLICINO, *op. cit.*, pp. 159-160.

[45] Come si vedrà in seguito, sopperirebbero, in tal caso, le regole di cui al GDPR ed alla direttiva (UE) 2008/48/CE sul credito al consumo che, tuttavia, non adottano, come il regolamento sull'*AI*, un approccio regolatorio basato sul rischio vietando *ab initio* determinate tipologie di sistemi, poiché considerate essenzialmente pericolose.

3. Credit scoring *e diritti fondamentali individuali*

I rischi che i sistemi di *AI credit scoring* importano in termini di limitazione o violazione dei diritti fondamentali sono stati ampiamente descritti in dottrina[46].

Secondo una parte degli studiosi[47], essi assumerebbero forme inedite, strettamente legate alla natura peculiare (ed ancora in larga parte inesplorata) dell'intelligenza artificiale. La loro gestione non potrebbe, quindi, esaurirsi in un semplice adattamento degli strumenti esistenti, ma richiederebbe il riconoscimento di nuovi diritti sostanziali: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rappresenterebbe uno strumento insufficiente a garantire una tutela adeguata, poiché concepita e formulata con riferimento ai cc.dd. diritti *offline* e non, invece, anche a protezione dei cc.dd. diritti *online*[48]; solo la previsione espressa di nuove situazioni giuridiche soggettive garantirebbe una protezione *effettiva* alla sfera giuridica della persona (è quanto occorso, del resto, con riferimento al diritto all'oblio, di creazione giurisprudenziale – di cui alla sentenza *Google Spain*[49] – solo in seguito codificato all'interno dell'art. 17 GDPR).

Secondo altri, invece, l'eccessiva proliferazione di diritti sostanziali porterebbe ad un'"inflazione", che rischierebbe di amplificare la possibilità di conflitti tra i diritti medesimi, laddove agli stessi venisse riconosciuto pari valore e

[46] F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 456; F. CIRAOLO, *op. cit.*, p. 139. In generale, con riferimento ai processi decisionali automatizzati, A. ADINOLFI, *op. cit.*; P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithimic Discrimination Under EU Law*, in *CMLR*, 2018, pp. 1143-1185; M. BARBERA, *Discriminazione algoritmica e forme di discriminazione*, in *Labour Law Issues*, 2021, p. 1 ss.

[47] Ne parlano A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 329; M. CARTA, *op. cit.*, p. 193. Tuttavia, la prima autrice conclude il proprio contributo affermando che: «La formulazione della Carta sembra, in effetti, essere sufficientemente flessibile da potere garantire tutela anche riguardo alla peculiare declinazione che i diritti e principi assumono in relazione alle nuove tecnologie; a ciò si aggiunge, come sopra rilevato, la funzione integrativa che può essere svolta dai principi generali attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia. Il quadro delle norme derivate appare, invece insufficiente […]».

[48] S'interroga a riguardo A. ADINOLFI, *op. cit.*, pp. 330-333.

[49] Corte giust. 13 maggio 2014, C-131/12. Tratta del graduale processo di positivizzazione O. POLLICINO, *op. cit.*, pp. 141-153.

rango[50]. Per questa ragione, i fautori di tale seconda tesi ritengono prioritaria una tutela anzitutto procedurale (e solo secondariamente sostanziale), che si traduca prevalentemente in un rafforzamento del diritto ad agire in giudizio in favore degli interessati[51].

Ma è proprio su questo versante – procedurale – che il regolamento risulterebbe carente. L'«*approccio statico*»[52] che l'*AI Act* adotta in relazione alle forme di tutela individuali non garantirebbe piena tutela alla persona.

Il regolamento tratta dei rimedi esperibili nella sua quarta sezione, che è composta da sole tre norme (ossia, dagli artt. 85, 86, 87). Di queste, solo la prima riconosce ai soggetti il diritto di presentare reclamo dinanzi all'autorità di vigilanza del mercato[53] (la seconda contiene una formulazione sovrapponibile a quella di cui all'art. 22 GDPR – dei cui limiti si dirà in seguito; mentre l'ultima richiama la direttiva (UE) 2019/1937 in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione).

Se, da un lato, è normale ed accettabile (anche in ottica *sistematica*) che il legislatore sovranazionale si appoggi ad istituti giuridici già esistenti, dall'altro, non è detto che questi ultimi siano efficienti anche in ambiti diversi da quelli per i quali sono stati codificati, con il risultato di chiedere ad un settore di controllarne anche un altro: come si è detto sopra, occorre valutare attentamente se la materia dell'*AI* non necessiti di rimedi *ad hoc*.

L'*AI Act*, infatti, sembra limitarsi ad un rimando alle forme di tutela già esistenti[54] (i cui limiti, oltretutto, verranno di seguito analizzati). Tale *favor* per il mantenimento dello *status quo* sarebbe confermato dai considerando che aprono il regolamento ove, espressamente, si afferma che il diritto

[50] O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 152. L'autore ritiene, quindi, opportuna la previsione di un c.d. *procedural data due process*.

[51] M. CARTA, *op. cit.*, p. 201.

[52] *Ibidem*, nonché O. POLLICINO, *op. cit.*, pp. 166-167.

[53] Detta disposizione ricalca gli artt. 77 e 78 GDPR, i quali consentono agli interessati che si ritengano lesi nei propri diritti in materia di dati personali di proporre reclamo ad un'autorità di controllo ed, eventualmente, di proporre ricorso avverso la decisione di quest'ultima. Come si avrà modo di vedere, tuttavia, tali norme, hanno richiesto diversi interventi interpretativi da parte della Corte di giustizia, che ha dovuto specificarne portata e contenuto. Si riporta, a titolo meramente esemplificativo, la sentenza *Schufa* (Libération de reliquat de dette): Corte giust. 7 dicembre 2023, C-26/22 e C-64/22, *UF e AB/Land Hessen* che verrà di seguito analizzata.

[54] Cons. nn. 9 e 10 *AI Act*.

dell'Unione già prevede mezzi di ricorso adatti alla tutela della sfera giuridica individuale[55].

Il ruolo marginale riconosciuto ai rimedi esperibili nell'impianto regolatorio si riscontra anche con riferimento alla disciplina dei sistemi ad alto rischio. Il legislatore sovranazionale ha incaricato (*rectius*: delegato) gli operatori privati[56] di occuparsi di tale incombenza: sono i *deployer* a dover prevedere «procedure di gestione dei reclami e di ricorso»[57]. Non viene, tuttavia, specificato altro: non è richiesto uno *standard* minimo; non sono previste garanzie specifiche.

Il timore che questo aspetto non venisse sufficientemente approfondito era stato espresso – quando il regolamento assumeva ancora la forma di proposta – dall'autorità amministrativa italiana garante della protezione dei dati personali, all'interno del parere congiunto n. 5/2021[58]. In detta sede, il garante della *privacy* aveva esortato il legislatore dell'Unione ad affrontare «esplicitamente la questione dei diritti e dei mezzi di ricorso a disposizione delle persone soggette ai sistemi di AI». Non sembrerebbe che tale invito abbia avuto un importante seguito.

Alla luce di quanto evidenziato, quindi, nonostante le intenzioni (esaltate) del legislatore "comunitario", non v'è dubbio che, come già condivisibilmente affermato, «l'aspetto della tutela dei diritti fondamentali rimane quello più controverso»[59] all'interno dell'*AI Act*.

4. *La disciplina attualmente vigente in materia di* credit scoring

Dato il rango e la quantità di diritti fondamentali coinvolti ed in attesa che il regolamento *AI* divenga *integralmente applicabile*, si è, quindi, reso

[55] *Ivi*, cons. n. 170.

[56] Ciò, oltretutto, apre il problema del ruolo (cruciale) che i *players* privati assumono all'interno del quadro regolatorio. Criticamente, in misura condivisibile, sulla loro posizione, E. CIRONE, *op. cit.*, pp. 15-16.

[57] Cons. n. 96 *AI Act*.

[58] EDPB-GEPD, parere congiunto 5/2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale), 18 giugno 2021.

[59] E. CIRONE, *op. cit.*, p. 13. Secondo la medesima, il ruolo della protezione dei diritti fondamentali nell'intera struttura del regolamento sarebbe «solo formalmente centrale».

indispensabile l'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale, grazie ad un'interpretazione ampia delle disposizioni della normativa attualmente vigente in materia, ha contribuito (e continua a contribuire) a creare uno spazio europeo rispettoso della sfera giuridica individuale, proseguendo nel percorso di sviluppo del costituzionalismo digitale.

Si fa riferimento, in particolare, alle disposizioni del GDPR[60] e della direttiva 2008/48/CE[61] (quest'ultima sarà, infatti, abrogata e sostituita dalla direttiva 2023/2225/UE sul credito al consumo – *Consumer Credit Directive o CCD II*[62] solo a partire dal 20 novembre 2026).

Pur non essendo in questa sede possibile analizzare nel dettaglio i contenuti delle discipline citate, si vuole perlomeno tratteggiare un quadro di contesto, atteso che, come meglio si vedrà in seguito, la stessa Corte di giustizia, nell'interpretazione di queste fonti, ha più volte ricorso al criterio teleologico all'interno delle sue pronunce[63].

La finalità del regolamento sulla protezione dei dati personali, commentatissimo in dottrina[64] è ben esplicitata all'interno dell'art. 1 (nonché del considerando n. 10) ed è, invero, duplice: da un lato, assicurare un livello elevato ed equivalente in tutti gli Stati membri di protezione dei diritti e delle libertà delle

[60] P. GAGGERO, A. VALENZA, *op. cit.*, p. 832.

[61] Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE. La citata direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano all'interno del Testo Unico Bancario con d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

[62] Direttiva (UE) 2023/2225 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 2008/48/CE.

[63] M. ORTINO, *La terza direttiva sul credito ai consumatori: distinzione e complementarietà nella tutela di interessi pubblici e privati*, in *RRM*, 2024, p. 560.

[64] Tra i molti, G. FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; N. ZORZI GALGANO, *Persona e mercato dei dati-Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019; C. KUNER, L. A. BYGRAVE, C. DOCKSEY (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a Commentary*, Oxford, 2020; M. TZANOU (eds.), *Health Data Privacy Under the GDPR: Big Data Challenges and Regulatory Responses*, New York, 2021; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali- dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; J. P. ALBRECHT, *How the GDPR Will Change the World*, in *European Data Protection Law Review*, n. 3, 2016, p. 287 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in ID. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017 p. 1 ss.

persone fisiche; dall'altro, rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali[65]. L'esigenza di garantire una *tutela uniforme* nella realizzazione di un *mercato unico digitale* permea l'intero dettato normativo ed ha guidato il legislatore sovranazionale nel superamento dell'approccio frammentario e puramente economico[66] di cui alla previgente direttiva 95/46/CE[67].

Chiave per la tutela dei diritti fondamentali in materia di *credit scoring* sono risultati, in particolare, gli artt. 5, 6, 15 e 22 regolamento (UE) 697/2016. Dette norme stabiliscono i principi generali in materia di trattamento dei dati personali e disciplinano i processi decisionali automatizzati: l'art. 22 GDPR sancisce il diritto a non essere sottoposti ad una decisione basata unicamente su un trattamento automatico[68], nei casi in cui questa produca effetti giuridici che riguardano una persona o che incidano in modo significativo su di essa; l'art. 15 GDPR garantisce all'individuo il diritto di ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata da detti processi automatizzati.

Queste ultime due norme, tuttavia, sembravano applicarsi solo alle cc.dd. decisioni finali o ai provvedimenti adottati in conclusione di un *iter* (e non, invece, a eventuali misure intermedie o atti endo-procedimentali). La Corte di giustizia dell'Unione europea, invece, come si vedrà nel paragrafo immediatamente successivo, ha fornito un'interpretazione estensiva[69] sia alla nozione di *decisione automatizzata* che a quella di *informazioni significative*: nelle sue sentenze, il giudice dell'Unione ha ricostruito la semantica delle locuzioni, nel rigoroso rispetto del criterio interpretativo letterale ed ha esplicato dettagliatamente i singoli elementi costitutivi delle norme, nell'ottica di protezione massima della sfera giuridica individuale.

Completa il quadro normativo, come anticipato, la citata direttiva in materia di credito al consumo.

La *ratio* della presente normativa (e, invero, anche della direttiva *CCD II*)

[65] Tale ambivalenza è efficacemente descritta da G. M. Riccio, G. Scorza, E. Belisaro (a cura di), *GDPR e normativa privacy: commentario*, Milano, 2022, p. 5.

[66] F. Ferri, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 269-272.

[67] Non è casuale, infatti, il passaggio da una fonte quale la direttiva ad una fonte regolamentare nella disciplina della materia.

[68] La dottrina parla di principio di non esclusività della decisione algoritmica o di riserva di umanità.

[69] F. Ciraolo, *op. cit.*, p. 112.

vede contrapporsi nuovamente l'interesse al rafforzamento del mercato interno alla tutela delle posizioni individuali (in particolare, la tutela dei consumatori).

Con particolare riferimento alla valutazione del merito creditizio (e del *credit scoring*, quindi), viene in rilievo l'art. 8 direttiva 2008/48/CE. Detta norma prevede un obbligo in capo al creditore di procedere alla valutazione della meritevolezza del credito dei soggetti da finanziare sulla base di «informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente». È evidente l'estrema genericità del dettato normativo[70], che, da un lato, consente certamente agli Stati membri di muoversi liberamente in questa materia, dall'altro, non stabilisce un obbligo di risultato ben chiaro, con la funzione di circoscrivere la tipologia di dati utilizzabili nella valutazione e di indicare il procedimento da seguire per ottenere uno *score* affidabile e realistico.

Il fatto stesso che la citata fonte sarà a breve soggetta ad abrogazione ne suggerisce l'inadeguatezza *ratione temporis*. Sono diversi gli autori[71] della dottrina a lamentare le lacune del disposto e ad attendere, quindi, il superamento delle criticità con la *CCD II* (che, comunque, non risulta in alcuni punti definitivamente risolutiva)[72].

A fronte di tali lacunosi dettati normativi[73], il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea, come anticipato, si rivela assolutamente indispensabile.

[70] M. ORTINO, *op. cit.*, p. 576.

[71] F. CIRAOLO, *op. cit.*, p. 125.; M. ORTINO, *op. cit.*, p. 561.

[72] In materia di *credit scoring* rileva, in particolare, l'art. 18 della citata direttiva. La formulazione del dispositivo è certamente migliorativa rispetto a quella di cui all'art. 8 direttiva 2008/48/CE, ma non riesce, tuttavia, a colmare del tutto le sue criticità. Sul punto, M. ORTINO, *op. cit.*, p. 577. Oltretutto, la citata norma vieta espressamente esclusivamente l'uso di dati provenienti dai *social network* (e secondo alcuni detto divieto sarebbe comunque superabile a fronte di manifestazione di consenso da parte dell'interessato), mentre lascia aperta la possibilità di utilizzo di altre tipologie di dati "alternativi".

[73] Neppure il dispositivo nazionale (legge 23 settembre 2025, n. 132 sull'Intelligenza Artificiale) risulta sul punto decisivo. Quest'ultimo, pur trattando specificamente in più articoli di peculiari tipologie di uso dell'*AI* - quali, ad esempio, l'uso dei sistemi intelligenti in materia di sicurezza e difesa nazionale (art. 6); in ambito sanitario e di disabilità (artt. 7, 8 e 10); in materia di lavoro (art. 11) - non tocca mai il tema del *credit scoring* e della profilazione ai fini dell'erogazione del credito.

5. *Tre recenti casi giurisprudenziali*

In tema di calcolo del *credit score* con tecniche che ricorrono all'ausilio dell'*AI*, si vogliono richiamare, in particolare, tre recenti pronunce della Corte di giustizia. L'atteggiamento garantista del giudice sovranazionale con riferimento ai casi che verranno di seguito brevemente analizzati si colloca, invero, nel solco tracciato da più di un lustro nel settore del digitale e dell'intelligenza artificiale: in queste materie[74], da tempo, la giurisprudenza della Corte anticipa di fatto le mosse del legislatore dell'Unione, perseguendo l'obiettivo di assicurare all'individuo la più ampia tutela[75].

Le tappe più recenti di questo *iter* sono rappresentate dai casi *Schufa I*[76] e *Schufa II*[77], nonché dalla pronuncia *D&B*[78].

Tutte e tre le sentenze citate sono state adottate a seguito di rinvio pregiudiziale di interpretazione di norme del GDPR effettuato da – rispettivamente – corti tedesche (casi *Schufa,* che sorgono da vicende distinte ma coinvolgono entrambe la citata società) ed una corte austriaca (caso *D&B*).

Il caso *Schufa I*[79] riguarda una cittadina tedesca che si è vista negare la concessione di un prestito da parte di un intermediario finanziario a causa dello *score* calcolato da una società privata, la *Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung* (*Schufa Holding AG*), incaricata dalla banca di effettuare una valutazione sulla sua affidabilità creditizia. A valle del rifiuto, l'interessata (*OQ*),

[74] In materia di protezione dei dati personali, ad esempio, G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, cit., p. 53.

[75] Sul ruolo cruciale della Corte di giustizia ai fini della tutela dei diritti fondamentali della persona nell'ecosistema digitale, prima della codificazione a livello sovranazionale, F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 170; M. BRKAN, *The Court of Justice of the EU, Privacy and Data Protection: Judge-made Law as a Leitmotif in Fundamental Rights Protection*, in E. PSYCHOGIOPOULOU, M. BRKAN (eds.), *Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment*, Cheltenham, 2017, p. 10 ss.

[76] Corte giust. 7 dicembre 2023, C-634/21.

[77] *UF e AB/Land Hessen*, sopra citata.

[78] *Ibidem*.

[79] Per un commento alla sentenza, C. SILVANO, *La nozione di "decisione completamente automatizzata" sotto la lente della Corte di Giustizia: il caso Schufa*, in *CERIDAP*, 2024, p. 270 ss.; A. G. GRASSO, *Decisioni automatizzate e merito creditizio: la Corte di giustizia sul credit-scoring*, in *BBTC*, 2024, p. 715 ss.

chiedeva alla società di verificare la qualità e tipologia dei dati utilizzati per calcolare il punteggio e pretendeva la cancellazione di quelli errati. La *Schufa*, tuttavia, rispondeva alla richiesta descrivendo in modo generico il metodo di calcolo utilizzato e si rifiutava di rivelarne i dettagli, invocando il segreto commerciale ed industriale. Evidenziava, oltretutto, di assumere un ruolo del tutto marginale nel procedimento di erogazione del credito, consistendo la sua attività nella mera trasmissione di informazioni alla propria controparte contrattuale e non avendo formulato – né contribuito a formulare – la decisione finale di inidoneità a beneficare del credito. Sarebbe la banca, secondo la *Schufa*, l'unico soggetto incaricato e responsabile di assumere l'atto lesivo della sfera giuridica individuale. La cittadina presentava, allora, reclamo all'autorità per la protezione dei dati del *Land Hessen* (*Hessischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, HBDI*), chiedendo di ordinare alla *Schufa* di soddisfare la propria richiesta di accesso e cancellazione. L'*HBDI* respingeva tale domanda, ritenendo l'operato di *Schufa* compatibile con le prescrizioni della normativa nazionale e sovranazionale. Impugnata detta decisione in seconda istanza, il Tribunale amministrativo di Wiesbaden (*Verwaltungsgericht Wiesbaden*) riteneva necessario instaurare un dialogo con la Corte di giustizia per chiarire il contenuto dell'art. 22 GDPR e stabilire se il mero calcolo di uno *score* potesse sussumere la nozione di *decisione basata unicamente su trattamento automatizzato* di cui alla norma[80].

Similmente è accaduto nel caso *D&B*[81], ove una cittadina austriaca si è vista negare l'estensione di un contratto da parte di un operatore di telefonia a causa di una valutazione di inaffidabilità creditizia effettuata da parte della *Dun & Bradstreet Austria GmbH*, azienda (anch'essa) specializzata nella fornitura di

[80] Nello specifico, la questione di rinvio pregiudiziale viene dalla Corte di giustizia così brevemente riassunta: «Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD debba essere interpretato nel senso che costituisce un «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche», ai sensi di tale disposizione, il calcolo automatizzato, da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardante la capacità di quest'ultima di onorare impegni di pagamento in futuro, qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo, al quale è comunicato tale tasso di probabilità» (*Schufa I*, sopra citata, punto 40).

[81] *CK/Magistrat der Stadt Wien*, sopra citata.

servizi di *scoring*. La richiedente (*CK*) adiva, quindi, l'autorità amministrativa garante della protezione dei dati, la quale ingiungeva alla *D&B* di comunicare le informazioni significative sulla logica utilizzata nel processo decisionale automatizzato, basato sui dati personali della cliente. L'azienda proponeva, quindi, ricorso avverso la decisione di tale autorità dinanzi al *Bundesverwaltungsgericht*, evidenziando che il segreto commerciale le impediva di fornire informazioni aggiuntive rispetto a quanto già comunicato. La Corte decideva nuovamente in favore dell'interessata. Ciò nonostante, la *D&B* rifiutava di ottemperare alla decisione (divenuta nel frattempo definitiva), ragion per cui la cittadina si vedeva costretta ad adire dapprima l'amministrazione comunale della città di Vienna (ossia, l'autorità esecutiva austriaca) e, successivamente, il Tribunale amministrativo della capitale (*Verwaltungsgericht Wien)* per ottenerne esecuzione forzata. Il Tribunale effettuava, quindi, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per comprendere la portata ed ampiezza del diritto[82] (riconosciuto dalla normativa sovranazionale in capo al privato) di ottenere una spiegazione esaustiva sulla logica utilizzata nel procedimento di calcolo da parte della società di *scoring*[83].

In entrambi i casi descritti, la Corte di giustizia ha garantito una «protezione rafforzata»[84] alla sfera giuridica individuale, fornendo ampia interpretazione sia alla nozione di *decisione basata su un trattamento automatizzato* (di cui all'art. 22 GDPR), che a quella di *informazioni significative* sulla *logica utilizzata* (di cui all'art. 15 GDPR).

Con particolare riferimento alla prima locuzione, la Corte ha suddiviso ed analizzato la definizione normativa nelle sue componenti ed ha ravvisato l'esistenza di tutte e tre le condizioni cumulative nei casi di specie. In particolare, *in*

[82] A cui corrisponde, parallelamente, un dovere di spiegazione in capo al titolare del trattamento.

[83] Le prime tre questioni di rinvio pregiudiziale vengono dalla Corte di giustizia così brevemente riassunte: «Con le questioni prima e seconda e con la terza questione, sub a), che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), del RGPD debba essere interpretato nel senso che, in caso di processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, di tale regolamento, l'interessato può pretendere dal titolare del trattamento, a titolo di «informazioni significative sulla logica utilizzata», una spiegazione esaustiva della procedura e dei principi concretamente applicati per usare, con mezzi automatizzati, i dati personali relativi a tale persona al fine di ottenerne un determinato risultato, quale un profilo di solvibilità» (*CK*, sopra citata, punto 38).

[84] F. CIRAOLO, *op. cit.*, p. 112.

primis, ha qualificato come *decisione* il calcolo in questione, attribuendo al termine la più ampia portata; *in secundis*, ha ritenuto la medesima come basata unicamente su un *trattamento automatizzato* (atteso che l'operazione di calcolo dello *score* è interamente effettuata da *software* informatici); infine, ha riconosciuto l'idoneità della decisione a produrre *effetti giuridici sull'interessato* o ad incidere analogamente sulla sua persona. In tale ultima prospettiva, la Corte ha chiarito che il punteggio influisce in modo determinante sulla successiva decisione della banca, con la conseguenza che risulta irrilevante il difetto di identità tra il soggetto che effettua il calcolo e quello che adotta la misura finale, così come risulta irrilevante la presenza di una c.d. frammentazione procedurale.

Anche con riferimento al secondo citato concetto, la Corte ha optato per un'interpretazione estensiva[85], superando le iniziali difficoltà derivanti dalla difformità lessicale che caratterizza il regolamento nelle sue varie versioni linguistiche. Il giudice dell'Unione ha evidenziato che al diritto di accesso alle informazioni deve riconoscersi il più ampio contenuto, essendo funzionale all'esercizio di altri fondamentali diritti individuali, quali quello alla rettifica, alla cancellazione (anche detto diritto all'oblio), alla limitazione di trattamento, alla contestazione della decisione automatizzata[86]. Neppure il conflitto con altro diritto fondamentale (quale è il diritto d'autore, il segreto industriale e la proprietà intellettuale) può, secondo la Corte, «condurre ad un diniego a fornire all'interessato tutte le informazioni»[87]. In tali casi, deve essere il giudice o l'autorità di controllo (in possesso di tutte le informazioni) a bilanciare, nel caso concreto, gli interessi in gioco, non essendo ammissibili ponderazioni astratte ed aprioristiche.

In entrambi i casi, la Corte, per formulare il principio di diritto, ha ritenuto indispensabile valutare le disposizioni in esame in relazione non solo al contesto in cui le dette nozioni si inseriscono ma, soprattutto, agli obiettivi perseguiti dalla normativa nel suo complesso[88], ossia «garantire un elevato livello di tutela

[85] Detto disposto è stato, infatti, da molti ed a lungo interpretato restrittivamente. Tra i molti, P. GAGGERO, A. VALENZA, *op. cit.*, p. 845; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *GI*, 2019, p. 1675.

[86] *CK*, sopra citata, punto 54.

[87] *Ivi*, punti 70 e 72.

[88] *Ivi*, punto 39.

dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche»[89], attraverso «il rafforzamento e la disciplina dettagliata dei diritti degli interessati»[90].

L'indagine di entrambi questi elementi linguistici ha condotto il giudice sovranazionale a riconoscere un elevato *standard* di garanzie in capo agli individui bisognosi di credito: da un lato, le informazioni significative devono riguardare «qualsiasi informazione pertinente relativa alla procedura e ai principi di utilizzo dei dati personali»[91] (oltretutto, nel rigoroso rispetto dell'obbligo di trasparenza, che richiede che le medesime siano fornite in forma concisa, trasparente, comprensibile e facilmente accessibile)[92], dall'altro, devono ritenersi *decisioni* tutti gli atti o misure che possono incidere sulla persona interessata nei più vari modi.

Da ultimo, sempre in materia di *credit scoring*, deve attenzionarsi la sentenza della Corte di giustizia, anch'essa nota sotto il nome di *Schufa* (in particolare, *Schufa Holding - Libération de reliquat de dette)*[93] in materia di diritto all'oblio, la cui parte in fatto ricalca – sommariamente – le vicende di cui ai procedimenti sopra menzionati.

Dopo essersi visti rifiutare un finanziamento, due soggetti (*UF e AB*) chiedevano alla *Schufa* la cancellazione dai suoi archivi interni delle iscrizioni relative ad esdebitazioni personali loro concesse in precedenti procedure di insolvenza. Le parti evidenziavano, infatti, che, nonostante il codice di condotta della società di *scoring* consentisse la conservazione di tali informazioni per la durata di tre anni, la normativa fallimentare tedesca (*Insolvenzordnung*) imponeva la cancellazione dei dati una volta trascorsi sei mesi dalla registrazione nei pubblici registri (termine che era effettivamente decorso nel caso di specie). Nonostante ciò, la società negava alle parti tale diritto. *UF* e *AB* presentavano, quindi, dapprima reclamo dinanzi al garante austriaco della *privacy* (il già citato *HBDI*), e, in seguito, ricorso avverso il provvedimento di rigetto adottato da quest'ultimo dinnanzi al Tribunale amministrativo di Wiesbaden (*Verwaltungsgericht*

[89] *Ivi*, punto 51.

[90] *Ivi*, punto 51.

[91] *Ivi*, punto 50.

[92] Secondo la Corte, «[n]on può soddisfare tali requisiti né la semplice comunicazione di una formula matematica complessa, come un algoritmo, né la descrizione dettagliata di tutte le fasi di un processo decisionale automatizzato, in quanto nessuno di questi metodi costituirebbe una spiegazione sufficientemente concisa e comprensibile» (*ivi*, punto 59).

[93] *UF e AB/Land Hessen*, sopra citata.

Wiesbaden), il quale riteneva opportuno sottoporre alla Corte di giustizia diversi quesiti pregiudiziali.

Il giudice speciale del rinvio s'interrogava innanzitutto sull'ampiezza dei poteri riconosciuti ad un organo giurisdizionale (quale il suo) in termini di sindacato sulla decisione adottata dall'autorità amministrativa indipendente, ai sensi dell'art. 78 GDPR. Dubitava, inoltre, della liceità del trattamento dei dati effettuato dalla *Schufa*, poiché appariva difficile giustificare la sua attività come «necessaria per il perseguimento di un legittimo interesse», come richiesto dall'art. 6, par. 1, lett. f), GDPR[94].

La Corte, interpretando ancora una volta le disposizioni del GDPR alla luce degli obiettivi e del contesto normativo, riconosceva al giudice amministrativo i più ampi poteri di sindacato, nel rispetto dell'autonomia e indipendenza che caratterizza le autorità di controllo nazionali. In particolare, stabiliva che «i giudici investiti di un ricorso avverso una decisione di un'autorità di controllo dovrebbero disporre della piena competenza e, in particolare, di quella a esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto relative alla controversia ad essi

[94] Le questioni pregiudiziali sollevate vengono dalla Corte di giustizia così brevemente riassunte: «Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 78, paragrafo 1, del RGPD debba essere interpretato nel senso che il controllo giurisdizionale esercitato su una decisione su reclamo adottata da un'autorità di controllo si limita a stabilire se tale autorità abbia trattato il reclamo, adeguatamente indagato sull'oggetto di quest'ultimo e informato il reclamante della conclusione dell'esame, o se tale decisione debba essere oggetto di un sindacato giurisdizionale completo, compreso il potere del giudice adito di imporre all'autorità di controllo di adottare una misura concreta» (*UF e AB/Land Hessen*, sopra citata, punto 47); «Con le sue questioni dalla seconda alla quinta, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, – se l'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), del RGPD, in combinato disposto con l'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f), di tale regolamento, debba essere interpretato nel senso che osta a una prassi di una società che fornisce informazioni commerciali, consistente nel conservare, nelle proprie banche dati, informazioni provenienti da un registro pubblico relative alla concessione di esdebitazioni a favore di persone fisiche, e nel cancellare tali informazioni al termine di un periodo di tre anni, conformemente a un codice di condotta ai sensi dell'articolo 40 del medesimo regolamento, mentre il periodo di conservazione di dette informazioni nel registro pubblico è di sei mesi, e – se l'articolo 17, paragrafo 1, lettere c) e d), del RGPD debba essere interpretato nel senso che una società che fornisce informazioni commerciali, che abbia ripreso informazioni relative alla concessione di esdebitazioni da un pubblico registro, è tenuta a cancellarle» (*ivi*, punto 71).

sottoposta»[95], sicché «tale decisione deve essere sottoposta ad un sindacato giurisdizionale completo»[96]. Detto principio di diritto risulta particolarmente interessante perché potrebbe applicarsi anche in relazione alle impugnazioni delle decisioni delle autorità di vigilanza nel mercato *ex* art. 85 regolamento (UE) 2024/1689, in materia di *AI*.

Con riferimento alle altre questioni, invece, la Corte individuava il *legittimo interesse* perseguito dalle società di *scoring* nel buon funzionamento del sistema di credito nel suo complesso; tuttavia, evidenziava l'imprescindibile necessità di procedere ad una ponderazione del medesimo con i diritti fondamentali della persona e, in particolare, il diritto alla vita privata di cui agli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza.

Distingueva, a questo proposito, due situazioni: la conservazione oltre il termine previsto dalla normativa (nel caso di specie, tedesca) e la conservazione entro tale termine.

Nel primo caso, il trattamento deve considerarsi certamente illecito[97]: ciò comporta per l'interessato il diritto alla cancellazione *ex* art. 17, par. 1, lett. d), GDPR. Il bilanciamento di interessi, in siffatte ipotesi, è già stato effettuato – a monte – dal legislatore che, consentendo la conservazione di un'informazione per un dato periodo, ha già stabilito che, oltre tale termine, gli interessi della persona debbano prevalere su quelli pubblici[98].

Nel secondo caso, invece, il trattamento deve considerarsi astrattamente lecito. Tuttavia, la fonte regolamentare garantisce, comunque, in capo all'interessato diritto all'opposizione (ed alla cancellazione) ai sensi degli artt. 17, par. 1, lett. c) e 21 GDPR. In particolare, gli interessi del soggetto i cui dati sono trattati meritano di prevalere nel giudizio di bilanciamento laddove il titolare del trattamento non riesca a dimostrare l'esistenza di *motivi legittimi imperativi*. In tale caso, il responsabile del trattamento è tenuto a procedere comunque alla cancellazione.

Particolarmente significativo è, infine, il giudizio della Corte con riferimento alla prassi di conservazione parallela dei dati: «la presenza degli stessi dati

[95] *Ivi*, punto 52.

[96] *Ivi*, punto 53.

[97] Nonostante quanto affermato all'interno di un mero codice di condotta, ancorché sottoposto al controllo ed all'approvazione dell'autorità amministrativa.

[98] *UF e AB/Land Hessen*, sopra citata, punto 97.

personali in più fonti rafforza l'ingerenza nel diritto della persona alla vita privata»[99] e difficilmente può considerarsi *strettamente necessaria* alla realizzazione del legittimo interesse del titolare, come richiesto dall'art. 6, par. 1, lett. f), GDPR. Indipendentemente, quindi, dal rispetto o meno del termine di conservazione normativamente previsto (trattamento lecito - illecito di cui si è detto *supra*), la Corte s'interroga sulla legittimità di questo genere di banche dati, che duplicano di fatto la conservazione di un'informazione altrove reperibile. Pur riconoscendo la competenza del giudice nazionale a verificare la sussistenza del requisito della conservazione *nei limiti dello strettamente necessario* nel caso di specie, il giudice dell'Unione di fatto assume una posizione critica nei confronti di questi archivi interni, «considerato che i dati di cui trattasi possono essere consultati nel registro pubblico e senza che un'impresa commerciale abbia chiesto informazioni in un caso concreto»[100]. Detto punto risulterà centrale per il paragrafo immediatamente successivo.

6. *Il bilanciamento tra tecnologie digitali e diritti fondamentali, alla prova dei rapporti tra ordinamenti…*

Alla luce di quanto sinora illustrato, è innegabile il ruolo centrale che la Corte di giustizia ha assunto nella garanzia delle posizioni individuali in materia di digitale e di *AI* – in generale – ed in materia di *AI credit scoring* – in particolare – nonché il *favor* della medesima istituzione per un'ampia e completa protezione della sfera individuale.

V'è da chiedersi, allora, per quale ragione il legislatore sovranazionale abbia optato per una regolazione minimale[101] del fenomeno delle valutazioni sociali all'interno dell'*AI Act*. Come si è avuto modo di vedere, nel regolamento sull'intelligenza artificiale, il ruolo della protezione dei diritti fondamentali è «solo formalmente centrale»[102]. Si auspica, pertanto, che, anche con riferimento a questo atto, le pronunce della Corte sopperiscano ad un tale dispositivo.

[99] *Ivi*, punto 100.

[100] *UF e AB/Land Hessen*, sopra citata, punto 91.

[101] Si mutua nuovamente l'espressione, sopra riportata per esteso, di E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il reputation scoring*, cit., p. 128.

[102] E. CIRONE, *op. cit.*, p. 13.

In difetto di un simile intervento, un sistema normativo come quello profilato presenterebbe profili di contrasto tanto con i principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea quanto – e forse soprattutto – con i sistemi giuridici nazionali. Non a caso, è proprio guardando all'impatto delle nuove tecnologie sulla vita di cittadini e imprese (nonché sulle funzioni, *in primis* di sicurezza, a cui sono chiamati gli Stati) che già si sono verificati, in tempi recenti, importanti conflitti tra ordinamenti[103].

I termini esatti di queste frizioni non possono, ovviamente, ancora essere inquadrati se non in termini astratti; ed è lecito sperare, ed in parte anche aspettarsi[104], che gli istituti giuridici e le procedure già in vigore sapranno far trovare

[103] Oltre ai tre casi citati in materia di *credit scoring*, recenti pronunce della Corte di giustizia hanno risvegliato il conflitto tra ordinamenti in materia di digitale e *AI*: Corte giust. 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*; 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige*; 2 ottobre 2018, C-207/16, *Ministerio Fiscal*; 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18 *La Quadrature du Net*; 6 ottobre 2020, C-623/17, *Privacy International*. Per un commento sul caso *Digital Rights Irelands*: T. OJANEN, *Privacy Is More Than Just a Seven-Letter Word: The Court of Justice of the European Union Sets Constitutional Limits on Mass Surveillance: Court of Justice of the European Union Decision of 8 April 2014 in Joined Cases C-293/12 and C-594/12, Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 528 ss.; F. GALLI, *Digital Rights Ireland as an Opportunity to Foster a Desirable Approximation of Data Retention Provisions*, in *MJECL*, 2016, p. 460 ss.; A. VERDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La "data retention" al test di legittimità*, in *DPCE*, 2014, p. 1224 ss. Ripercorre le tappe principali della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digitale M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy international e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, in *DUE*, 2021, p. 93 ss.

[104] Tratta del rinvio pregiudiziale quale strumento di risoluzione dei conflitti tra ordinamenti in materia di *AI*: M. CARTA, *op. cit.*, p. 200. In effetti, nonostante il regolamento sia solo in parte attualmente applicabile, alcuni giudici nazionali hanno già operato rinvio alla Corte di giustizia: è attualmente pendente il caso C-806/24, *Yettel BulgarAI/FB*. Più in generale, sul rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo tra le corti e di sviluppo degli ordinamenti J. ALBERTI, G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinament*i, Pisa, 2023; L. S. ROSSI, *Un dialogo da giudice a giudice. Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2022, p. 55 ss.; R. ROMBILI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 1 ss. Con particolare riferimento ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: S. BARBIERI, *Il rinvio pregiudiziale tra giudici ordinari e Corte costituzionale. La ragione del conflitto*, Napoli, 2023; C. AMALFITANO, *Il rapporto tra il rinvio pregiudiziale alla Corte di*

soluzioni utili tanto alla tutela dei diritti fondamentali, quanto al prosieguo del processo di integrazione.

L'impatto e la novità di queste tecnologie è presumibile che chiameranno a nuove declinazioni di principi supremi degli ordinamenti, che saranno, dunque, chiamati a nuove tensioni nella loro capacità regolatoria multilivello. Si pensi, *in primis*, ai principi di dignità umana e di non discriminazione. Del resto, è lo stesso *AI Act* ad affermare, nei propri considerando, che i sistemi di categorizzazione e di valutazione sociale ledono tali valori condivisi tra Unione e Stati membri.

L'ordinamento "comunitario" garantisce massima tutela alla dignità della persona nella Carta dei diritti fondamentali, sia nel suo Preambolo, che nell'art. 1 (inserito nel capo *I*, dedicato proprio alla dignità). Essa figura nuovamente come valore fondante per l'Unione nell'art. 2 TUE e nell'art. 21 TUE.

Molti Stati membri, allo stesso modo, attribuiscono al principio in esame rango costituzionale.

L'assenza di una tutela adeguata a livello sovranazionale potrebbe condurre gli Stati membri ad attivare meccanismi che limitino l'ingresso entro i propri confini nazionali della normativa "comunitaria" non sufficientemente garantista; meccanismi che, pur operando in modo difforme, sono – come noto – accomunati da una radice comune: si pensi, in relazione all'ordinamento italiano, alla dottrina dei "controlimiti" al principio del primato del diritto dell'Unione europea[105] o alla teoria dell'*ultra-vires Kontrolle* del sistema tedesco.

Il rischio di frizione tra ordinamenti si presenta, infatti, non solo con

giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale, in *Rivista AIC*, 2020, p. 296 ss.

[105] La bibliografia, sia italiana che straniera, in materia è vastissima. Si citano *ex multis* L. D. SPIEKER, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *CMLR*, 2020, p. 361 ss.; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le corti*, Firenze, 2021; S. POLIMENI, *Controlimiti ed identità costituzionale nazionale*, Napoli, 2018, p. 214 ss.; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, Milano, 2018; A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; T. NOLTE, *Die Ultra-vires-Kontrolle von Rechtsakten der Europäischen Union*, Tübingen, 2023; C. CALLIES, G. VAN DER SCHYFF (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019.

riferimento al nostro ordinamento[106], ma, in modo particolare, a quello tedesco, che tutela la dignità umana all'art. 1 della Legge Fondamentale.

La storia della Repubblica federale di Germania ha, infatti, condotto il legislatore post-bellico ad attribuire al principio citato valore ancora più pregnante rispetto a quanto verificatosi negli altri sistemi giuridici[107]. La *Menschenwürdegarantie* ha assunto nelle pronunce del *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) rango e valore identitario per la nazione tedesca.

La citata Corte costituzionale ha già, in diverse occasioni – ed in vari settori del diritto – valorizzato ed elevato tale clausola a principio assoluto del sistema interno, impedendo l'ingresso del diritto dell'Unione in alcune note pronunce: nel caso *Europäischer Haftbefehl II*[108], ad esempio, in ambito penale, il principio di colpevolezza – che si è frapposto al mutuo riconoscimento di un mandato di arresto europeo – è stato ricavato proprio dalla "garanzia della dignità umana" di cui all'art. 1 *Grundgesetz*[109]. Nella celebre sentenza *Lissabon*[110], la medesima norma viene citata, tra le altre (seppur marginalmente) come parametro costituzionale inderogabile. Ancora, figura come valore caratterizzante l'identità nazionale tedesca nella nota sentenza *Omega*[111].

E non sarebbe "la prima volta" per la Corte costituzionale tedesca in materia di mercato unico digitale.

Un primo terreno di scontro tra ordinamenti si è già avuto con riferimento alla c.d. saga della conservazione dei dati personali[112]. Con la nota sentenza del

[106] La dignità umana come diritto inviolabile è tutelata all'art. 2 Cost. nonché all'art. 41 Cost., che promuove la libera iniziativa economica nel rispetto della dignità umana.

[107] S. BLOEMACHER, *Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts - Kohärenz der Konzepte*?, Berlin, 2016.

[108] BVerfG, 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14.

[109] S. POLIMENI, *op. cit.*, pp. 142-143. Sul punto, anche M. D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L'ennesimo dialogo scontro tra Bundesverfassungsgericht e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2016, p. 1 ss.; M. HONG, *Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 549 ss.; J. WOELK, *Parlare a nuora perchè suocera intenda: il BVerfG dichiara incostituzionale la legge di attuazione del mandato di arresto europeo*, in *DPCE*, 2006, p. 160 ss.

[110] BVerfG, 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08.

[111] Corte giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*.

[112] F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Torino, 2012, p. 162.

2 marzo 2010[113], il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto "costituzionalmente intollerabile" la normativa di recepimento della direttiva 2006/24/CE, proprio in materia di conservazione dei dati[114].

Nel caso di specie, la Corte costituzionale tedesca (senza dialogare affatto con la Corte di giustizia dell'Unione europea[115]) ha frapposto una barriera all'ingresso del diritto sovranazionale, ritenendolo inconciliabile con il nucleo essenziale dell'identità costituzionale nazionale. Il *Bundesverfassungsgericht* ha, quindi, proceduto a dichiarare la disciplina nazionale (attuativa di normativa "comunitaria") incostituzionale, per contrasto con i principi inderogabili del proprio patrimonio nazionale.

Alla luce di quanto evidenziato si ritiene che il settore delle nuove tecnologie possa rappresentare terreno fertile di risveglio della conflittualità inter-ordinamentale[116].

Pur nella consapevolezza che un singolo esempio non può certamente esser ritenuto indicativo di una generale tendenza, e nell'auspicio che quest'ultima comunque non venga affatto a sedimentarsi, non si può non portare all'attenzione dei lettori una recentissima pronuncia della Corte amministrativa federale austriaca, in tema di diritto all'oblio[117], in cui il giudice nazionale ha enucleato un principio di diritto lontano dagli orientamenti della Corte di giustizia in materia di *credit scoring*, senza, però, effettuare rinvio pregiudiziale.

Il caso citato richiama i fatti di cui alle sentenze *Schufa e D&B supra*

[113] BVerfG, 2 marzo 2010*,* 1 BvR 256/08 *Data retention*.

[114] La disciplina sovranazionale imponeva al *provider* l'obbligo di conservare e rendere disponibili alle autorità investigative dati relativi a mittente e destinatario (oltre che alla durata del traffico) di qualsiasi comunicazione informatica, come quella effettuata per corrispondenza telefonica, per posta elettronica o tramite *social network*.

[115] È curioso notare, infatti, che nell'atto introduttivo era stato prospettato al *Bundesverfassungsgericht* l'*iter* ortodosso da seguire. I ricorrenti avevano invitato il giudice nazionale ad effettuare rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia, unico soggetto abilitato a pronunciarsi sugli atti dell'Unione, così che – solo a valle della pronuncia del giudice sovranazionale – la corte tedesca avrebbe potuto, a sua volta, pronunciarsi sulla normativa di recepimento. Non è questa, tuttavia, la strada che è stata seguita dai giudici di *Karlsruhe*, i quali hanno evitato il dialogo con il giudice dell'Unione, ritenendo la questione rilevante per il solo diritto nazionale.

[116] D. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 59; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, p. 1 ss.; A. BERNARDI, *op. cit.*, p. 63 ss.

[117] BVerfG, 28 marzo 2025, W292 2301229-1.

analizzate: ancora una volta, ad un soggetto veniva negata erogazione del credito, a causa di un punteggio di solvibilità pari a zero, calcolato da una società specializzata nella fornitura di servizi di *scoring*. Nel corso di uno scambio di corrispondenza, la parte interessata scopriva di essere stata così penalizzata a causa di un'informazione (contenuta nella banca dati sociale) relativa ad un accordo stragiudiziale stipulato anni addietro con un istituto di credito, avente ad oggetto la rinegoziazione di un contratto di credito (accordo che, oltretutto, era stato integralmente adempiuto e le cui rate erano state puntualmente corrisposte). Essendo passato diverso tempo dai fatti[118], la parte chiedeva la cancellazione del dato. La società le negava tale diritto, per cui l'interessata si vedeva costretta ad attivare la procedura di reclamo dinanzi alla autorità amministrativa garante della *privacy* austriaca. Quest'ultima accoglieva le sue doglianze, dando applicazione alla giurisprudenza sovranazionale di cui ai procedimenti C-22/26 e C-64/22[119] *supra* analizzati. In tali pronunce si evidenziava, infatti, che «più la conservazione dei dati […] da parte di società che forniscono informazioni commerciali è lunga, più le conseguenze sugli interessi e sulla vita privata della persona interessata sono importanti e tanto più elevati sono i requisiti relativi alla liceità della conservazione di tale informazione»[120]. In particolare, l'autorità amministrativa indipendente procedeva ad effettuare un bilanciamento di interessi che vedeva prevalere quelli privati su quelli pubblici alla sana e prudente gestione bancaria, seguendo la *ratio* della pronuncia *Schufa Holding* (Libération de reliquat de dette)[121].

La società soccombente impugnava, quindi, tale provvedimento decisorio dinanzi alla Corte federale amministrativa, che accoglieva in parte il ricorso

[118] L'accordo era stato stipulato nell'anno 2019, mentre la comunicazione di rifiuto della concessione di credito risale al 2024.

[119] *UF e AB/Land Hessen*, sopra citata.

[120] *Ivi*, punto 95.

[121] Particolarmente *ivi*, punto 94*:* «[…] il trattamento di dati relativi alla concessione di un'esdebitazione da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, quali la conservazione, l'analisi e la comunicazione di tali dati a terzi, costituisce una grave ingerenza nei diritti fondamentali della persona interessata, sanciti agli artt. 7 e 8 della Carta. Infatti, dati simili costituiscono un fattore negativo per la valutazione del merito creditizio dell'interessato e costituiscono pertanto informazioni sensibili sulla sua vita privata. Il loro trattamento può nuocere considerevolmente agli interessi dell'interessato qualora tale comunicazione sia tale da complicare sensibilmente l'esercizio delle sue libertà, in particolare quando si tratta di soddisfare esigenze di base».

presentato. Se, da un lato, il *Bundesverwaltungsgericht* attribuiva al punteggio calcolato natura di *decisione*, ai sensi dell'art. 22 GDPR (in linea, quindi, con le sentenze *CK e OQ*), dall'altro si discostava dagli orientamenti di cui al caso *UF e AB,* ritenendo detta giurisprudenza sovranazionale non pertinente al caso di specie[122]. Elemento dirimente per la corte austriaca è stata la differente natura del dato conservato: nell'un caso pubblicistico (reperito da un registro pubblico); nell'altro (e nella fattispecie) "privatistico" (trattandosi di un accordo stragiudiziale di rinegoziazione).

Indipendentemente dalla condivisibilità o meno del ragionamento giuridico seguito dal giudice nazionale, ciò che lascia piuttosto perplessi è certamente il discostamento dagli orientamenti della Corte di giustizia verificatosi senza previa sottoposizione al giudice dell'Unione di alcun quesito pregiudiziale. Nonostante l'assenza di un obbligo in tal senso (non essendo la citata Corte giudice di ultima istanza), è evidente che il contenuto della sentenza austriaca si allontana dalla giurisprudenza garantista dell'istituzione sovranazionale, a fronte di una questione di fatto sovrapponibile a casi dalla medesima già analizzati e a dimostrazione del rischio, tutt'altro che remoto, di conflitti inter-ordinamentali.

7. Segue*: ... e dei (delicati) assetti istituzionali dell'Unione*

Tale rischio si concretizza vieppiù se si considera la somiglianza dell'*AI Act*, in termini di dettaglio contenutistico, più ad una direttiva che ad un vero e proprio regolamento[123]. La scelta di tale tipologia di fonte – da molti commentata in dottrina – è chiara espressione della volontà legislativa di dettare una disciplina uniforme, che eviti una frammentazione del mercato interno[124], ma si è rivelata più formale che sostanziale: l'operatività dell'*AI Act* richiede

[122] BVerfG, 28 marzo 2025, cit., punto II.3.1.8: «tuttavia, tale sentenza non è pienamente applicabile al caso di specie»; punto II.3.1.9- traduzione dell'autrice: «In conclusione, le valutazioni giuridiche della Corte di giustizia dell'Unione europea relative ad informazioni che non possono più essere pubblicate sulla banca dati statale delle insolvenze per ragioni legate al diritto fallimentare non possono essere estese – nel senso del ragionamento della autorità resistente- alla presente fattispecie» (traduzione dell'autrice).

[123] O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 129 parla di «direttive mascherate».

[124] M. CARTA, *op. cit.*, p. 196; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., pp. 453-465.

un'importante attuazione a livello amministrativo (sia nella forma degli atti sub-legislativi o di prima esecuzione normativa, che nella forma dell'amministrazione in senso stretto) per potersi dire efficace[125], con conseguente maggiore rischio di contrasto tra ordinamenti; è proprio nelle direttive, infatti, che quest'ultimo si annida, poiché l'attuazione può mancare o avvenire in modo difforme rispetto a quanto previsto a livello sovranazionale.

Dall'altra parte, tuttavia, va evidenziato che il ruolo degli Stati membri nell'esecuzione dell'*AI Act* è del tutto marginale[126]: questi ultimi non possono modificare le categorie di rischio individuate a livello sovranazionale, non possono integrare gli allegati ove i sistemi vengono classificati, non possono intervenire sull'ampiezza delle eccezioni ai divieti di cui all'art. 5[127]. Tutti questi poteri spettano alla Commissione, la quale, anche tramite l'adozione di atti delegati e di esecuzione, assume un ruolo apicale[128] nella *governance* del regolamento (tanto che la sua posizione è stata da taluni definita come «dominante»[129]). Il carattere ingombrante dell'istituzione citata potrebbe alterare i delicati equilibri interistituzionali che da sempre caratterizzano l'Unione: gli ampi poteri conferiti alla Commissione rimetterebbero alla medesima il bilanciamento effettivo tra esigenze di tutela dei diritti e quelle di promozione dell'*AI*[130], trovandosi quest'ultima nella «posizione ottimale per rimodulare i cardini del sistema di tutela approntato dal [r]egolamento»[131]. Sono in molti a chiedersi se un tale potere sia espressione di una mera integrazione normativa – come previsto dai Trattati – o se, invece, ricomprenda scelte di natura assiologico-sostanziale che dovrebbero essere affidate ai co-legislatori dell'Unione[132]. Se, quindi, sotto

[125] F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 14.

[126] B. MARCHETTI, *La regolazione europea del mercato dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 8.

[127] M. MERLER, *op. cit.*, p. 1136.

[128] M. CARTA, *op. cit.*, p. 199. Trattano degli ampi poteri della Commissione in materia anche F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 12. Sul ruolo incisivo della Commissione europea nella *governance* dell'*AI Act* anche B. MARCHETTI, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'Unione europea*, p. 1097 ss.; M. MERLER, *op. cit.*, p. 1121 ss.

[129] F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 17.

[130] Ciò impattando, oltretutto, sul circuito democratico europeo, come evidenziato da F. DONATI, *La protezione dei diritti fondamentali nel regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 18; F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 7.

[131] *Ibidem*.

[132] O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 127.

questo profilo, il rischio di contrasto risulta ridotto, in virtù dell'avvenuto accentramento di poteri in capo alla Commissione; dall'altro, il dettato normativo potrebbe attribuire facoltà troppo ampie in capo ad un soggetto che, pur rispondendo del proprio operato dinanzi al Parlamento europeo, sta, di fatto, incrementando la propria dimensione governativa[133]. V'è da chiedersi, quindi, se una tale istituzione sia l'organo più adatto ad occuparsi della materia dell'*AI* (o se, invece, sarebbe preferibile affidare l'esecuzione della disciplina in tale ambito ad organismi indipendenti, liberi da interferenze e pressioni esterne).

Ad ogni modo, secondo alcuni studiosi, il citato conflitto potrebbe *in nuce* essere evitato, ricorrendo ad altri espedenti e meccanismi, che consentirebbero agli Stati di incrementare il livello di tutela dei diritti fondamentali di cui all'*AI Act*. Sono molti gli autori che guardano al regolamento quale *minimo* comune denominatore, che apre alla possibilità di offrire una maggiore protezione ai diritti della persona a livello nazionale[134]: il regolamento sull'intelligenza artificiale scalfirebbe una soglia minima di protezione, innalzabile da parte degli Stati. A sostegno di tale orientamento, i fautori di tale tesi invocano la base giuridica dell'*AI Act*, ossia l'art. 114 TFUE, che consente all'Unione di adottare misure di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative

[133] Tale opportunità normativa era, in effetti, stata vagliata in sede di proposta *dell'AI Act*. Sul punto, più approfonditamente, J. ALBERTI, *La manomissione delle sentenze Meroni. Per una lettura originalista della più nota giurisprudenza in materia di delega di poteri nell'ordinamento dell'Unione europea*, in A. ARENA, M. E. BARTOLONI, M. RIBERI (a cura di), *L'integrazione europea attraverso la giurisprudenza comunitaria (1954-1974): i processi, gli attori, le narrative*, Napoli, 2025, in corso di pubblicazione.

[134] F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., pp. 460-461. Altri autori, al contrario, escludono un siffatto potere statale, avendo il legislatore "comunitario" optato per la fonte regolamentare (in luogo della direttiva). Tra questi ultimi: M. EBERTS, V. R. HOCH, F. ROSENKRANZ ET AL., *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act- A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society*, in *Multidisciplinary Scientific Journal*, 2021, p. 589 ss. Ritiene, condivisibilmente, l'esercizio di tale potere da parte del legislatore italiano (legge 23 settembre 2025, n. 132 sull'Intelligenza Artificiale) «*illegittima sovrapposizione*» a quello legislativo sovranazionale, capace di pregiudicare la diretta applicabilità del AI Act, C. BURELLI, *Ancora sul "ddl intelligenza artificiale": il parere circostanziato della Commissione europea ai sensi dell'art. 6, par. 2, comma 2, della direttiva (UE) 2015/1535*, in questa *Rivista*, 2025, p. 251 ss. Più diffusamente anche ID, *Prime brevi considerazioni sul "ddl intelligenza artificiale": incompatibilità o inopportunità?*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 2, 2024, p. 237 ss.

degli Stati membri in materia di funzionamento del mercato interno. La forte vocazione economicistica[135] della disposizione dovrebbe necessariamente essere controbilanciata dal riconoscimento di un margine di manovra a livello nazionale, al fine di evitare una prevalenza dell'interesse concorrenziale e di mercato su quello di tutela dei diritti.

Solo il tempo, ad ogni modo, rivelerà il credito (o scredito) delle riflessioni sinora svolte: le prime applicazioni delle disposizioni dell'*AI Act* finora indagate e le prime pronunce sul punto della Corte di giustizia suggeriranno la via da intraprendere e scioglieranno (auspicabilmente) i nodi problematici sinora descritti.

[135] A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 337; O. POLLICINO, *op.cit.*, pp. 128-129, il quale vede nella scelta dell'art. 114 TFUE quale base giuridica, una «forzatura evidente», atteso che il faro del regolamento dovrebbe essere la tutela della democrazia, dello Stato di diritto e della sfera giuridica individuale in rete.

Abstract (ita)

Tra le pratiche di profilazione e categorizzazione sociale, il *credit scoring* rappresenta un punto di frizione significativo tra innovazione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali. Strumento di valutazione automatizzata dell'affidabilità creditizia, incide sulla dignità della persona, sul principio di eguaglianza e sulla protezione dei dati personali. La Corte di giustizia dell'Unione europea sta assumendo un ruolo centrale nella garanzia di tali diritti, grazie ad un'interpretazione estensiva delle nozioni e dei principi previsti dalla disciplina vigente, in particolare dal GDPR alla direttiva sul credito al consumo. Il legislatore dell'Unione, pur avendo l'occasione di recepire tale approccio garantista all'interno dell'*AI Act*, ha, invece, optato per una regolazione minimale, limitandosi a vietare solo le forme più estreme di *credit scoring*. Tale approccio regolatorio rischia di generare tensioni nei rapporti tra ordinamenti. Le formule generiche utilizzate dal legislatore sovranazionale nonché gli ampi poteri che il regolamento sull'IA riconosce in capo alla Commissione europea mettono, poi, alla prova i (delicati) assetti istituzionali.

Abstract (eng)

Among the various practices of profiling and social categorization, *credit scoring* represents a significant point of friction between technological innovation and the protection of fundamental rights. As an automated tool for assessing creditworthiness, it affects human dignity, the principle of equality, and the protection of personal data. The Court of Justice of the European Union is assuming a central role in safeguarding these rights, through an extensive interpretation of the notions and principles established by the current legal framework, particularly the GDPR and the Consumer Credit Directive. The Union legislator, although having the opportunity to adopt this rights-oriented approach within the *AI Act*, has instead opted for a minimal regulation, merely prohibiting the most extreme forms of *credit scoring*. Such a regulatory approach risks generating tensions between the supranational legal system and the ones of the Member States. Moreover, the broad wording employed by the EU legislator, together with the wide powers conferred on the European Commission, puts the Union's delicate institutional balance to the test.

INTERACTIONS DES INSTRUMENTS POUR LA PROTECTION DE LA CONCURRENCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE

Alice Pisapia*

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Le droit de la concurrence appliqué à l'écosystème numérique. – 3. Le cadre réglementaire fragmenté de l'Union. – 4. Interactions et chevauchements entre les diffèrent instruments de régulation. – 5. Considérations conclusives.

1. *Introduction*

Au cours des dernières années, la Commission européenne a mis en œuvre le plan politique stratégique à partir du document fondateur de la stratégie numérique. Le plan adopté au début du mandat de la Présidente von der Leyen, qui, en parallèle avec deux autres textes d'orientation – celui relatif à la stratégie européenne pour les données et le livre blanc sur l'intelligence artificielle (IA) – constitue un ensemble documentaire d'une orientation méthodologique précise. Cet ensemble affirme en effet la capacité normative de l'Union, reflétant les valeurs consacrées à l'art. 2 TUE[1]. Ces textes assument une fonction d'orientation stratégique et de référence interprétative pour la réalisation de l'ambitieux objectif de souveraineté numérique européenne. Le concept de souveraineté numérique poursuivi par les institutions ne se limite pas à la capacité de développement de moyens technologiques au sein de l'Union. Au contraire se réfère plutôt au pouvoir de l'ordre juridique supranational européen de réglementer et de gouverner l'espace numérique selon ses propres principes fondateurs. Ce choix en opposition direct avec le choix

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università Mercatorum. Ce travail constitue le résultat de I semestre 2024-2025 réalisé à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne en qualité de professeure invitée chargée d'enseignement. Je remercie infiniment Prof. William Gilles (Univ. Sorbonne), Prof. Irène Bouhadana (Univ. Sorbonne) et Prof. Pietro Falletta (Univ. Insubria e Univ. Luiss).

[1] COM, *Shaping Europe's Digital Future*, COM (2020) 67final, 19 Févier 2020; COM, *A European Strategy for Data*, COM (2020) 66final, 19 Février 2020; COM, *Europe fit for the Digital Age*, mesures programmatiques 2020 – 2025.

américain de non-régulation ou à celui chinois de primauté du contrôle étatique centralisé.

La protection de la concurrence, traditionnellement confiée aux instruments antitrust – arts. 101 et 102 TFUE – est aujourd'hui renforcée, mais aussi partiellement redéfinie par les interventions de régulation sectorielle. Les articles du Traité, communément inspirés par la prévention des abus de pouvoir économique de la part des principales plateformes (*gatekeepers* numériques), ont nécessité des intégrations spécifiques. Toutefois, ces instruments de régulation ont acquis des caractéristiques hybrides, à mi-chemin entre celles des directives et celles typiques des règlements. Comme souligné par doctrine influent, le phénomène d'hybridation des actes typiques, si développé que même l'application du critère substantiel de la jurisprudence européenne semble difficile à utiliser pour rattacher sans difficulté les actes adoptés aux catégories des actes de l'art. 288 TFUE, avait déjà été initié par le législateur européen dans le secteur de l'environnement[2].

La Commission est appelée pour la mise en œuvre, dans les prochaines années, d'une politique de concurrence fondée sur l'application combinée de ces instruments. Les solutions déjà définies au sein du droit antitrust, en particulier en ce qui concerne l'interdiction d'abus de position dominante, devront être complétées et coordonnées dans l'application avec les instruments de régulation dans le domaine du numérique[3]. Ces instruments, destinés à constituer une base juridique hétérogène et fragmentée, soulèvent, selon l'auteur, des questions intéressantes concernant la légitimité d'un éventuel cumul des sanctions applicables par la Commission. Une autre question c'est posé sur la répartition des compétences entre les autorités nationales et européennes. Bien que différents par leurs conditions préalables et leurs domaines d'application, ces instruments partagent un

[2] P. DE PASQUALE, rapport au colloque "*Intelligenza artificiale e nuove vulnerabilità: dal diritto europeo della concorrenza e della proprietà intellettuale alla tutela dei diritti fondamentali*", 8 Mai 2025, Macerata.

[3] Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil, du 14 Septembre 2022, relatif à des marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (*Digital Markets Act*); règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil, du 19 Octobre 2022, relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (*Digital Services Act*). En doctrine v. C. GRIECO, *Intelligenza Artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Naples, 2023; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, en *Dir. Inf.*, nn. 4 - 5, 2018, pp. 689 ss.

noyau commun inspiré des principes consacrés par le RGPD[4]. Cela rend donc nécessaire une réflexion sur l'interopérabilité que pourra utiliser la Commission entre les divers régimes de sanctions, en particulier en cas de violations multiples commises par des *gatekeepers* utilisant des systèmes d'intelligence artificielle basés sur des données personnelles, avec des chevauchements possibles de violations et de compétences.

2. *Le droit de la concurrence appliqué à l'écosystème numérique*

La politique de concurrence, accessoire à la politique principale du marché unique telle que consacrée à l'art. 3, par. 3 TUE, a historiquement représenté un instrument clé pour la réalisation d'un marché intérieur libre et dynamique, ainsi que pour le développement d'un bien-être économique partagé au sein de l'Union. Bien que ces instruments soient désormais bien établis dans la pratique de la Commission européenne, l'ère d'économie numérique, caractérisée par la centralité des grands acteurs en position dominante et par le pouvoir d'intermédiation algorithmique, a mis en lumière certaines limites structurelles du cadre traditionnel. Les instruments de protection nécessitant en conséquence d'un complétement par l'adoption d'instruments réglementaires *ad hoc* et des certains ajustements interprétatifs opérés par le juge européen en vertu de sa fonction nomophylactique[5]. En particulier, l'art. 102 TFUE – norme clé pour la lutte contre les abus de position dominante – a fait l'objet d'une extension interprétative afin d'adapter son contenu aux conditions particulières que la norme peut revêtir dans le contexte du marché numérique[6]. En effet, les plateformes numériques, en tant qu'infrastructures d'intermédiation, occupent une position distincte par rapport aux opérateurs traditionnels car elles

[4] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 Avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

[5] E. CALVANO, M. POLO, *Market power, competition and innovation in digital markets: A survey*, en *Information Economics and Policy*, vol. 54, 2021; E. FAZIO, *Adapting Competition Law to the Digital Transition. Two Challenges*, en *EP*, n. 3, 2022, p. 981; P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, en *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, p. 172; P. TULLIO, *Dynamic pricing e tutela della concorrenza*, en *Corporate Governance*, 2020, p. 415.

[6] M. FILIPPELLI, *La collusione algoritmica*, en *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 394.

n'opèrent pas exclusivement à l'intérieur d'un marché pertinent. Au contraire en constituent la structure de base, influençant ses dynamiques, les barrières à l'entrée et fixant elles-mêmes les conditions concurrentielles[7]. La notion de position dominante, traditionnellement la capacité d'agir de manière indépendante des forces concurrentielles du marché, a connu une évolution significative dans l'analyse des marchés numériques développé par la Commission. En particulier, on a assisté à un élargissement progressif des critères d'évaluation du pouvoir de marché grâce au recours à des indicateurs tels que le contrôle des données, les effets de réseau directs et indirects, la dépendance économique des utilisateurs et le rôle des *gatekeepers* dans l'accès au marché[8]. C'est précisément ce dernier élément qui constitue le *prius* logique ayant conduit à l'adoption du règlement DMA[9].

On peut citer, à titre d'exemple d'application de l'article 102 TFUE dans le secteur numérique, le célèbre cas *Google Shopping*, décision par laquelle le Tribunal, en 2021, a abordé les questions liées à l'application des règles antitrust au secteur des moteurs de recherche, saisissant l'occasion de fournir d'importantes précisions concernant les abus de position dominante imputables aux *gatekeepers*[10]. L'abus reproché par la Commission ne reposait pas sur un comportement d'exclusion traditionnellement entendu, mais sur une stratégie algorithmique, pratiquée par *Google*, intégrée dans la structure même de la plateforme. Par une stratégie de *leveraging*, c'est-à-dire d'exploitation de sa position dominante sur le marché en amont, celui des moteurs de recherche généralistes – clairement détenue grâce à l'outil *Google Search* –, son influence s'étendait au marché en aval des services de comparaison d'achats dans lequel opérait *Google Shopping*, outil nettement moins connu. L'attribution d'une plus grande visibilité aux résultats de

[7] V. ZENO-ZENCOVICH, *Do "Data Markets" Exists?*, en *MediaLaws*, n. 1, 2019, p. 132.

[8] EDPB, *Position paper on Interplay between data protection and competition law*, 16 Janvier 2025. Voir C. PERARO, *Quando la violazione della privacy costituisce un illecito antitrust: quali rimedi nell'ordinamento UE?*, en *EJ*, n. 3, 2023, p. 50.

[9] Cfr. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, dans ce *Revue*, 2021; M. LIBERTINI, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, en *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 337.

[10] Tribunal 10 Novembre 2021, T-612/17, *Google et Alphabet/Commission*. Pour une analyse détaillée v. M. BARBANO, *Wind of change: la sentenza Google Shopping del Tribunale dell'Unione (T-612/17) e i possibili riflessi sulla prassi di antitrust enforcement nel settore delle piattaforme digitali*, dans ce *Revue*, 2021.

Google Shopping et la diminution du classement des résultats fournis par d'autres sites entraînaient ainsi une préférence systématique susceptible de fausser la concurrence sur les marchés adjacents, en produisant des discriminations de produits[11]. La contestation de l'autorité est devenue dans la pratique une obligation précise pour la plateforme super-dominante, à savoir celle de s'abstenir d'appliquer des comportements de traitement préférentiel (*self-preferencing*)[12]. Le Tribunal, en confirmant la décision de la Commission, a élaborée une interprétation extensive des dispositions applicables au concept de levier inter-plateformes, rattachant les interdictions imposées par les règles antitrust aux principes généraux de l'ordre juridique européen, également en considération de la position de super-dominance du moteur de recherche en question[13]. La violation de l'art. 102 TFUE opérée dans le marché numérique ne doit pas être analysée uniquement au regard des dynamiques concurrentielles, mais également par rapport au principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination des produits dans le marché unique.

Dans l'affaire plus récente *Alphabet*, des pratiques commerciales relatives à la demande de consentement pour le lien des services ont fait l'objet d'une sanction antitrust[14]. Les accusations portaient sur des informations trompeuses influençant la liberté de choix des utilisateurs. L'affaire a ainsi soulevé devant la Cour des questions sur la convergence entre l'antitrust et la protection de la vie privée, mettant en évidence la nécessité d'une réglementation européen intégrée. La Cour a interprété de manière extensive la disposition classique relative à la position dominante, en étendant l'abus également au comportement d'une entreprise qui, se trouvant en position dominante et ayant développé une plateforme numérique, refuse à une entreprise tierce, ayant présenté une demande,

[11] F. FERRARI, *I nuovi abusi 'digitali': il self-preferencing di Google al vaglio del Tribunale dell'Unione*, dans ce *Revue*, 2021; D. KATSIFIS, *General Court of the EU delivers landmark Google Shopping judgment*, en *Platform Law Blog*, 2021; C. CAFFARRA, *Google Shopping: a shot in the arm for the EC's enforcement effort, but how much will it matter?*, en *Concurrences – e – Competitions*, n. 104053, 2021.

[12] M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, Milan, 2018; P. MANZINI, *Google e l'Anititrust*, en *EJ*, 2016; L. CALZOLARI, *Preliminary Comments on the Google Case: Bridging the Transatlantic Digital Divide by Widening the Antitrust One*, en *SIDI Blog*, 2017.

[13] Sur le principe de neutralité du réseau Cour de justice 15 Septembre 2020, C-807/18 et C-39/19, *Telenor*. Cfr. M. GRANIERI, V. FALCE, *La search neutrality tra regolazione e abuso di posizione dominante*, en *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2016, p. 289.

[14] Cour de justice 25 Février 2025, C-233/23, *Alphabet e a*.

l'interopérabilité de cette plateforme avec une application développée par ladite entreprise tierce. Un abus peut être constitué même si la plateforme n'est pas indispensable pour l'exploitation commerciale de l'application sur un marché en aval, mais est de nature à rendre ladite application plus attrayante pour les consommateurs. Dans le cas spécifique, le refus de garantir l'interopérabilité a donc constitué un abus de position dominante produisant des effets anticoncurrentiels, même purement potentiels, sur le marché aval.

En conclusion, il convient de considérer que l'abus de position dominante dans l'écosystème numérique se manifeste souvent par des comportements particuliers, difficiles à rattacher aux typologies classiques. Outre les pratiques évoquées ci-dessus, on peut également penser aux phénomènes générant des avantages concurrentiels, tels que les pratiques de manipulation algorithmique, ou encore le *nudging*, qui influence les choix des consommateurs, comme le faisait autrefois la publicité, à la différence qu'aujourd'hui les objectifs ne sont pas toujours évidents et déclarés[15].

3. *Le cadre réglementaire fragmenté de l'Union*

Pour parvenir à minimiser les effets négatifs des modernisations technologiques, l'Union européenne a entrepris au cours de la dernière décennie l'ambitieux et fondamental processus de régulation de l'écosystème des marchés numériques, marqué par l'adoption d'une série d'actes normatifs sectoriels déjà mentionné et, plus récemment, l'Artificial Intelligence Act (IA Act)[16] qui visent à réglementer des aspects distincts mais complémentaires de l'activité économique menée par les opérateurs dans l'environnement numérique[17]. Bien que chacun de ces instruments poursuive des objectifs spécifiques – protection des données, transparence

[15] M. GUIDI, *Intelligenza artificiale tra intese e collusioni algoritmiche nel diritto dell'Unione europea: questioni interpretative alla luce del DMA, DSA e AI ACT*, en *EJ*, n. 2, 2025, p. 59.

[16] Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil, du 13 Juin 2024, établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (*AI Act*).

[17] A. ADINOLFI, *L'unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europeo tra il mercato unico digitale e la tutela dei diritti fondamentali*, en S. DORIGO (sous la direction de), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pise, 2020, p. 14; G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI, *Verso una legislazione europea sui mercati e i servizi digitali*, Bari, 2021.

de l'information, accès aux marchés – leur coordination apparaît essentielle à la lumière de la complexité structurelle de l'économie des plateformes, laquelle rend inévitables les intersections entre les disciplines et les risques qui en découlent d'incohérence tant dans l'application que dans les sanctions. L'adoption de ces instruments a répondu, entre autres, à la nécessité de surmonter les limites du cadre traditionnel du droit de la concurrence. Dans le nouveau cadre la Commission est dans la possibilité de faire face aux distorsions résultant de la concentration du pouvoir économique entre les mains de quelques acteurs dominants.

Le RGPD, publié au Journal officiel en 2016 et devenu directement applicable en 2018, constitue le pilier réglementaire en matière de protection des données à caractère personnel dans l'Union. Sa portée horizontale et son cadre juridique fondé sur le principe de responsabilité en font également un instrument central pour l'application du droit de la concurrence. En particulier, l'accès aux données et leur utilisation à des fins commerciales sont souvent à la base des stratégies de consolidation des positions dominantes sur le marché par les opérateurs numériques[18]. Le RGPD devient ainsi, également grâce à l'effet Bruxelles qui en a déterminé une application ultra territoriale, c'est-à-dire bien au-delà des limites géographiques du marché unique, un paramètre réglementaire revêtant également une importance dans l'analyse des dynamiques concurrentielles[19].

Le DMA se présente comme une intervention de régulation *ex ante*, visant à prévenir la formation ou la consolidation de positions dominantes par l'imposition d'obligations spécifiques aux acteurs qualifiés de *gatekeepers*, c'est-à-dire des opérateurs qui exercent une fonction d'intermédiation indispensable entre les utilisateurs commerciaux et les consommateurs finaux. La logique d'application du DMA s'affranchit de l'analyse traditionnelle du pouvoir de marché, reposant plutôt sur des critères de taille de l'entreprise, de nombre d'utilisateurs actifs et de capacité de contrôle de l'accès aux marchés numériques. Parallèlement, le DSA intervient sur le plan de la responsabilité et de la transparence des plateformes numériques, dans le but de garantir la transparence vis-à-vis du consommateur tout en respectant ses droits fondamentaux. Le DSA introduit également un régime réglementaire spécifique pour les grandes plateformes, imposant des obligations en matière de gestion des contenus,

[18] F. PIZZETTI (sous la direction de), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Turin, 2018, p. 37.

[19] A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles, come l'Unione europea regola il mondo*, Milan, 2021.

de publicité, de profilage des utilisateurs et de gestion de leurs données. Dans ce cadre, le traitement des données à caractère personnel constitue un aspect transversal, régi de manière générale par le règlement général sur les données de 2016 et, de manière incidente, mentionné tant dans le DMA que dans le DSA.

Enfin, le plus récent AI Act, bien qu'il ne soit pas encore complètement en fonction[20], cherche à s'insérer de manière cohérente dans le contexte défini par les actes réglementaires susmentionnés, en réglementant l'utilisation des systèmes d'intelligence artificielle selon une approche fondée sur le risque[21]. Le champ d'application du règlement IA doit également prendre en considération les domaines d'application définis par les règlements susmentionnés: un système d'IA utilisé par un *gatekeeper* à des fins de profilage des utilisateurs, par exemple, pourra faire l'objet d'une évaluation tant du point de vue de la transparence (DSA), de la concurrence (DMA et Art. 102 TFUE), de la licéité du traitement des données (RGPD) que de la conformité aux exigences techniques prévues par l'AI Act.

Le cadre réglementaire ainsi présenté dans ses grandes lignes présente des éléments qui, bien que complémentaires, se caractérisent par une technicité très élevée et un niveau non négligeable de fragmentation. Il convient également de considérer que l'AI Act – bien qu'il soit qualifié de règlement, en raison de ce phénomène d'hybridation normative déjà mentionné – présente de larges marges de discrétion pour les législateurs nationaux[22]. Il est donc, selon l'auteur, nécessaire d'adopter une approche d'application systématique de l'ensemble des instruments dans leur fonctionnement global par la Commission, ainsi qu'une exégèse interprétative de ceux-ci par la juridiction suprême de l'ordre juridique

[20] Le 2 août 2025, les règles de gouvernance et les obligations pour les modèles d'IA à usage général (GPAI) deviendront pleinement applicables. Le 2 août 2026 constitue l'échéance pour les systèmes considérés à haut risque et, enfin, le 2 août 2027, les règles s'appliqueront aux systèmes d'IA intégrant l'intelligence artificielle dans des produits réglementés par des législations spécifiques de l'UE, comme par exemple ceux utilisés dans le domaine de la santé ou des transports.

[21] D. BALDINI, *I confini del diritto dell'Unione nella regolazione dell'IA: il caso dei sistemi a rischio minimo*, en *EJ*, n. 5, 2025; E. CIRONE, *L'AI Act e l'obiettivo (mancato?) di promuovere uno standard globale per la tutela dei diritti fondamentali*,

ivi, n. 2, 2024, p. 51; M. INGLESE, *Il regolamento sull'intelligenza artificiale come atto per il completamento e il buon funzionamento del mercato interno?*, *ivi*, n. 2, 2024.

[22] En Italie loi n. 132/2025 entrée en vigueur le 10 octobre 2025 qui ne devrait pas se superposer au règlement européen, mais plutôt accompagner le cadre réglementaire.

européen. Les dispositions des règlements se superposent, parfois sans coordination explicite, générant une incertitude interprétative et d'éventuels conflits de compétence entre différentes autorités. En l'absence d'une règle générale de liaison ou d'un mécanisme systématique de coordination interinstitutionnelle, il appartient à la pratique d'application – et, en dernier ressort, à l'interprétation du juge européen – d'assurer la cohérence du système. Il sera important que la Cour de justice exerce dans ce domaine sa fonction d'interprétation afin d'assurer une cohérence entre les règles générales du droit de la concurrence, celles issues des régulations sectorielles et, enfin, les principes généraux de l'ordre juridique européen. La complexité de l'économie numérique, jointe à la tendance de l'Union à légiférer par compartiments fonctionnels, impose une réflexion structurelle sur le rôle des règles communes, des principes généraux du droit de l'Union et de l'interprétation jurisprudentielle comme instruments d'intégration normative[23].

4. *Interactions et chevauchements entre les instruments de régulation*

L'absence d'un cadre unifié, même pas d'une charte des principes générales, pour coordonner les différents instruments rend nécessaire quelques réflexions sur la cohérence systémique et, par conséquent, la sécurité juridique. Il est estimé que les interactions entre les réglementations sectorielles et les règles du droit de la concurrence constitueront l'un des aspects techniques les plus intéressants de la phase d'application par la Commission.

On peut considérer deux aspects: un premier profil, plus pratique, lié au régime de sanctions des comportements des entreprises, et un second, plus théorique, concernant le chevauchement des champs d'application des règlements.

En ce qui concerne le profil des sanctions, par exemple une plateforme qualifiée de *gatekeeper* au sens du DMA qui utilise un système d'intelligence artificielle pour la personnalisation des contenus, en exploitant les données des utilisateurs collectées grâce à leur suivi comportemental par le biais d'un algorithme d'IA. Dans un tel scénario, le comportement de l'entreprise peut relever simultanément de plusieurs profils: au titre du DMA (art. 5, par. 2),

[23] A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, 2019, p. 47.

si la plateforme croise des données provenant de différents services sans le consentement de l'utilisateur, en violation des obligations de séparation des données; au titre du RGPD, si le traitement des données ne satisfait pas aux exigences de licéité, de transparence et de limitation des finalités (art. 5-6); au titre du DSA, si la plateforme ne rend pas compréhensibles aux utilisateurs les critères de fonctionnement de ses systèmes de recommandation algorithmique (art. 27-38); au titre de l'AI Act, si le système d'IA utilisé est classé à haut risque et ne respecte pas les exigences techniques et organisationnelles de fiabilité, de traçabilité et de contrôle humain (art. 8-15); et, en dernier, également sous l'angle de l'art. 102 TFUE, si l'utilisation stratégique des données et des algorithmes contribue à renforcer une position dominante ou à exclure des concurrents[24].

Il convient donc de réfléchir à la possibilité d'un cumul de sanctions en cas de violation unique commise par la plateforme, mais juridiquement pertinente en application de plusieurs réglementations. Pensons au cas où l'utilisation de données personnelles à des fins de profilage algorithmique serait contestée simultanément sous l'angle de la concurrence déloyale (art. 102 TFUE), de la violation de la réglementation sur la protection des données (RGPD) et du non-respect des exigences de l'AI Act. Chacun de ces instruments prévoit son propre régime de sanctions pécuniaires – jusqu'à 4% du chiffre d'affaires mondial en application de l'art. 83 RGPD, jusqu'à 10% ou 20% en cas de récidive du chiffre d'affaires mondial annuel selon l'art. 30 DMA, et enfin des sanctions comprises entre 3% et 7% du chiffre d'affaires mondial annuel en vertu de l'art. 99 AI Act. Conformément aux prescriptions du DMA, la Commission, en déterminant le montant de l'amende, tient compte de la gravité, de la durée et de la fréquence de la violation commise. Elle pourra également infliger une astreinte dont le montant ne dépassera pas 5% du chiffre d'affaires moyen journalier réalisé à l'échelle mondiale au cours de l'exercice financier précédent, pour chaque jour de retard à compter de la date fixée dans la décision, afin de contraindre l'entreprise à se conformer aux mesures prescrites par la Commission. La question de recherche examinée ici est de savoir s'il est possible d'imaginer que la décision de la Commission contienne plusieurs amendes, fondées sur

[24] G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione*, en *Papers di diritto europeo*, n. 1, 2021, p. 45; G. CARATOZZOLO, *The Digital Markets Act in action: analysis of the early practice of the Commission*, en *EJ*, n. 3, 2024, p. 141; S. GUIDI, *Before the Gatekeeper Sits the Law. The Digital Markets Act's Regulation of Information Control*, en *EP*, n. 8, 2023, p. 405.

des bases juridiques multiples, contestant la violation de plusieurs règlements et infligeant une sanction particulièrement sévère, résultant du cumul des pourcentages de sanctions prévus par les différents instruments de régulation. En l'absence d'un critère général de coordination, un tel cumul pourrait entraîner une double (ou peut-être même triple ou quadruple?) sanction, potentiellement contraire au principe *ne bis in idem* tel que protégé par l'article 50 de la Charte[25].

La jurisprudence *Menci* de la Cour de justice, ensuite déclinée dans *Bpost*, suivant également les indications tracées par la jurisprudence de la Cour EDH dans l'affaire *A et B c. Norvège*[26], a eu l'opportunité de préciser que, pour garantir la légalité du cumul des sanctions résultant de sanctions essentiellement pénales, il est nécessaire de considérer les objectifs poursuivis par les différentes réglementations, en distinguant ceux visant à protéger la concurrence non faussée de ceux relatifs à la libéralisation des marchés[27]. Il est nécessaire que le cumul des procédures et des éventuelles sanctions ne viole pas le principe de proportionnalité. «*Les autorités publiques peuvent légitimement opter pour des réponses juridiques complémentaires à certains comportements nuisibles pour la société, au moyen de différentes procédures qui forment un ensemble cohérent afin de traiter, sous ses divers aspects, le problème social en question, à condition que ces réponses juridiques combinées ne représentent pas une charge excessive pour la personne concernée. Par conséquent, le fait que deux procédures poursuivent des objectifs d'intérêt général distincts, qu'il est légitime de protéger cumulativement, peut être pris en compte dans l'analyse de la proportionnalité d'un cumul de procédures et de sanctions, en tant que facteur justifiant un tel cumul, à condition que ces procédures soient complémentaires et que la charge supplémentaire représentée par ce cumul puisse ainsi être justifiée par les deux objectifs poursuivis*»[28].

Quelques éléments de réflexion peuvent être tirés, par analogie, d'un thème abordé dans l'ordre juridique italien par la doctrine fiscaliste en ce qui concerne l'interdiction du *bis in idem* substantiel dans le contexte des relations entre le système de sanctions administratives et le système pénal[29].

[25] G. M. RUOTOLO, *La disciplina europea della responsabilità dei fornitori di servizi online tra regime pregresso, proposte di riforma e un rischio di ne bis in idem*, en G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI, *op. cit*.

[26] Cour EDH 15 Novembre 2016, rec. nn. 24130/11 e 29758/11, *A et B/Norvège*.

[27] Cour de justice 12 Septembre 2017, C-524/15, *Menci*.

[28] Cour de justice 22 Mars 2022, C-117/20, *Bpost*, points 43-50.

[29] Dans le cas où plusieurs peines de nature différente seraient cumulées pour un même

La synthèse des rapports entre procédures et procès éventuellement rattachables aux deux sphères juridiques, en vue d'un plein respect du principe fondamental *ne bis in idem*, doit se retrouver dans le principe de proportionnalité[30]. «*La proportionnalité doit être entendue pas seulement comme un critère d'évaluation de l'exactitude intrinsèque de la peine ou du cumul des peines, mais aussi comme un élément extrinsèque, organisateur du système, des rapports entre procédures, entre procédures et procès, et entre sanctions de nature et d'origine différentes*[31]». Comme l'a précisé une doctrine influente, l'interdiction du *bis in idem* s'applique entre sanctions formellement pénales et formellement administratives, mais également entre sanctions substantiellement pénales, après les affaires *Bpost* et *Nordzucker*[32] également entre sanctions formellement administratives, telles que celles des autorités indépendantes, mais substantiellement pénales[33]. Le critère jurisprudentiel tiré des affaires soumises à l'examen de la Cour n'empêche toutefois pas la possibilité de duplications de procédures et de sanctions.

5. *Considérations conclusives*

En conclusion, malgré la technique législative hybride, il convient de reconnaître que les actes adoptés par l'Union ont jeté les bases juridiques d'une régulation de l'écosystème numérique conforme aux principes fondamentaux de l'Union elle-même, et en particulier aux droits fondamentaux. La base juridique de l'art. 114 TFUE est utilisé pour l'adoption des mesures contrastant la fragmentation du marché intérieur. Il

fait cfr. A. GIOVANARDI, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante revisione del sistema sanzionatorio tributario*, en *Rivista telematica di diritto tributario*, 2024.

[30] Le cumul des sanctions pénales dans l'ordre juridique italien se réfère à la situation où, pour un même fait ou pour des faits connexes, un individu peut être soumis à plusieurs sanctions pénales ou à une sanction pénale et à d'autres sanctions de nature différente qui se cumulent. Dans le domaine pénal, le concept peut revêtir diverses nuances, parmi lesquelles le cumul matériel des peines, dans le cas où un même individu est condamné pour plusieurs infractions et le juge additionne les peines pour chaque infraction, ou le concours apparent de normes, lorsque un seul fait semble relever de plusieurs qualifications pénales mais que seule la norme la plus spécifique est appliquée (comme le vol ou le vol avec violence).

[31] A. GIOVANNINI, *Sui rapporti fra principio di proporzionalità, ne bis in idem e specialità nel riformato sistema punitivo tributario*, en *Rivista telematica di diritto tributario*, 2024.

[32] Cour de justice 22 Mars 2022, C-151/20, *Nordzucker e a.*

[33] Cfr. P. DE PASQUALE, *Finale di partita per il principio del ne bis in idem? Breve nota alle sentenze bpost e Nordzucker e a.*, dans ce *Revue*, 2022.

convient de noter que ce phénomène législatif ne s'est pas accompagné d'un élargissement formel des compétences de l'Union. Bien que cet aspect soulève quelques doutes sur le principe d'attribution, il témoigne la tendance de l'Union à l'élargissement de ses compétences.

L'évolution du droit de la concurrence dans l'économie numérique a rendu nécessaire une adaptation interprétative de l'interdiction d'abus de position dominante, afin d'élargir progressivement la portée de cette interdiction, de manière à inclure également les comportements étroitement liés à l'utilisation de données, d'algorithmes et d'architectures numériques. Toutefois, la cohérence systémique de l'ensemble du droit antitrust dépend aujourd'hui de la capacité de coordination avec les instruments de régulation sectoriels les plus récents. Cette coordination sera mise en œuvre par la Commission, en tenant compte d'enquêtes éventuellement menées par les autorités nationales de contrôle, et sera soumis à l'examen rigoureux du juge de Luxembourg afin de préciser l'application du critères: la signification du principe de proportionnalité, le respect des bases juridiques applicables aux différentes sanctions et l'interdiction du *ne bis in idem*.

Il convient de souligner que, outre le cumul des sanctions, il est nécessaire de considérer, comme déjà évoqué, certaines antinomies entre les sources réglementaires en ce qui concerne le champ d'application des règlements. Prenons, par exemple, l'obligation de garantir l'interopérabilité entre services prévue par le DMA, qui pourrait entrer en conflit avec l'obligation de protection des données à caractère personnel en envisageant un partage de données personnelles entre plusieurs services. De même, les exigences de transparence algorithmique imposées par le DSA pourraient s'avérer incompatibles avec les logiques de confidentialité commerciale et de protection de la propriété industrielle des entreprises.

Enfin, on identifie comme élément critique la pluralité d'autorités compétentes, distinctes par champ d'intervention, situées au niveau national ou européen. Alors que le DMA confère à la Commission européenne un rôle exclusif dans l'application des règles et l'imposition des sanctions, le RGPD repose en revanche sur un système d'exécution décentralisé, avec des compétences attribuées aux autorités nationales de protection des données et, précisément, au juge national. En tout état de cause, bien qu'il ait été établi que la Commission soit l'unique autorité compétente pour l'application du DMA, les autorités antitrust nationales peuvent néanmoins mener des enquêtes relatives à d'éventuels manquements de la part des *gatekeepers*. Cette pluralité institutionnelle pourrait engendrer des incohérences dans l'application, des chevauchements d'enquêtes, puisque

les résultats des enquêtes de la Commission sur les algorithmes pourront être partagés avec l'ensemble du réseau des autorités antitrust nationales[34]. Les pouvoirs d'inspection de la Commission dans les enquêtes antitrust apparaissent élargis et pénétrants: conformément à l'art. 21, para. 1 et 3 du DMA, la Commission est habilitée à demander aux entreprises, par une décision motivée et fondée sur une base juridique, l'accès aux données et aux algorithmes; conformément à l'art. 23, para. 1 et para. 2, point d), la Commission a la faculté de demander l'accès au système informatique, aux algorithmes, à la gestion des données et aux pratiques commerciales[35]. Le partage des enquêtes concernant les codes sources et les algorithmes entraînera une extension significative des pouvoirs d'inspection de l'ensemble des autorités de contrôle[36]. Bien que la Commission ait expressément reconnu la complémentarité du DMA par rapport au droit de la concurrence, il apparaît nécessaire d'élaborer des principes généraux communs. Est aussi nécessaire développer des formes de coopération interinstitutionnelle permettant une application cohérente et intégrée des réglementations, tout en tenant compte du plein respect des droits de la défense des entreprises faisant l'objet d'enquêtes. Ces actes interprétatifs de la Commission seront également utiles aux acteurs privés, qui, dans le paysage actuel, se trouvent confrontés à une charge significative en matière de conformité.

[34] Conformément à l'art. 40 du DMA, la Commission a institué le groupe de haut niveau pour le règlement sur les marchés numériques, composé de l'Organisme des régulateurs européens des communications électroniques, du Contrôleur européen de la protection des données et du Comité européen de la protection des données, de l'ECN, du Réseau de coopération pour la protection des consommateurs et du Groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels.

[35] M. GUIDI, *op. cit.*, p. 32.

[36] T. SCHREPEL, *Decoding the AI Act: Implications for Competition Law and Market Dynamics*, en *Journal of Competition Law&Economics*, vol. 21, n. 3, 2025, p. 3.

Abstract (ita)

Il contributo è volto all'analisi dell'interazione tra i differenti strumenti regolatori di recente adozione nell'ecosistema digitale. Tali strumenti si intersecano per l'ambito di applicazione, di non precisa definizione, e per le competenze ripartite tra autorità nazionali ed europee coinvolte, costituendo una base giuridica frammentata per sostenere la legittimità del cumulo di profili sanzionatori eventualmente applicabili dalla Commissione. Gli strumenti regolatori addottati dall'Unione, volti alla creazione di una rete per la protezione dei consumatori e alla salvaguardia della concorrenza, sebbene testimonino la tendenza espansiva delle competenze dell'Unione, tuttavia non arginano lo squilibrio di poteri tra le parti. Il contributo ricostruisce un avvio d'interpretazione estensiva della giurisprudenza di Lussemburgo di alcuni elementi cardine del diritto della concorrenza, come per esempio l'abuso di posizione dominante, per applicarli alle peculiarità del settore digitale.

Abstract (eng)

The paper aim to analyze the interaction between different instruments – regulatory nature – recently adopted by the EC in the "digital ecosystem". These instruments overlap, due to their scope of application and the shared competences between national and European authorities, determining an inconsistent legal basis for cumulative sanctions, eventually imposed by the EC. The regulatory instruments adopted by the Union, aimed at creating a net for consumer protection and protection of the competition, while demonstrating the Union's expansive tendency, however do not solve the imbalance of power between the parties involved. This paper reconstructs the beginning of a broad interpretation in Luxembourg case-law on key elements of competition law, such as the abuse of dominant position, in order to apply them to the digital sector.

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE E LA C.T.U.: RIMANE UNO SPAZIO PER L'ATTIVITÀ DECIDENTE DEL GIUDICE?

Alessandro Rossi*

SOMMARIO: 1. Accertamento del fatto e impatto dell'intelligenza artificiale: considerazioni iniziali. – 2. Il giudice e l'accertamento del fatto. – 3. C.t.u. e possibili benefici derivanti dall'uso dell'intelligenza artificiale. – 4. Considerazioni conclusive: l'imprescindibilità dell'apporto umano all'interno del processo.

1. *Accertamento del fatto e impatto dell'intelligenza artificiale: considerazioni iniziali*

È ormai consapevolezza acquisita che il giudice, nell'esercizio del suo potere decisorio, soggiaccia a quello che si può definire come "sillogismo giudiziale"[1]. Al fine di rendere la propria decisione, infatti, il magistrato dovrà svolgere prima la "premessa minore", la quale si risolve nell'accertamento dei fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia, e successivamente la "premessa maggiore", ovvero la sussunzione del fatto nella fattispecie generale e astratta della norma da applicare al caso concreto[2]. La

* Dottore di ricerca in Diritto Processuale Civile c/o l'Università "Sapienza" di Roma e Professore a Contratto c/o l'Università degli Studi di Macerata.

[1] C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2024, p. 67. La figura del sillogismo è storicamente attribuita al filosofo Aristotele che la spiegava con l'esempio che segue: "Tutti gli uomini sono mortali" (premessa maggiore), "Socrate è un uomo" (premessa minore) e "Dunque, Socrate è un mortale" (conclusione). Critico nei confronti della teorica del sillogismo giudiziale è R. POLI, *Il sillogismo giudiziale e la posizione della premessa di fatto*, in C. PUNZI (a cura di), *Giudizio di fatto e giudizio di diritto,* Milano, 2022, p. 274 ss.; ID., *Logica del giudice, standard di prova e controllo in cassazione*, in AA.VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti. Atti del XXXII Convegno Nazionale*, Bologna, 2020, p. 378 ss. Tale A., infatti, ritiene che tale figura non possa essere condivisa in quanto: 1) non sarebbe possibile distinguere in maniera netta tra gli elementi inerenti al giudizio di fatto e quelli inerenti al giudizio di diritto; 2) l'attività decisoria risulterebbe molto più complessa rispetto alla mera applicazione del sillogismo; 3) l'attività decisoria concreta si evince dalla motivazione della sentenza nella decisione delle questioni di fatto controverse e 4) la difficoltà della decisione non risiede nel trarre le conclusioni ma nel formulare le premesse.

[2] D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020, p. 11.

premessa minore potrebbe, peraltro, essere divisa a sua volta in una nuova premessa minore, identificata con il risultato della prova, e in un'ulteriore premessa maggiore, la quale si comporrebbe della massima di esperienza applicabile al caso concreto e della conclusione portata dalla stessa[3].

Attualmente può dirsi che si sia raggiunta la consapevolezza che l'intelligenza artificiale possa apportare una concreta utilità nello svolgimento delle attività processuali, risultando così un ausilio tangibile al giudice nello svolgimento di entrambe le premesse sillogistiche.

L'ausilio che l'intelligenza artificiale potrebbe rendere nell'attività giurisdizionale si può declinare in varie sfaccettature, potendosi riconoscere che la stessa possa svolgere sia una funzione di "automazione" che di "assistenza" dell'esercizio della funzione decidente[4]. Nel primo caso l'IA esercita direttamente la funzione decidente (pur rimanendo la possibilità di controllo successivo del giudice umano); nel secondo, invece, la medesima svolge una funzione di solo supporto all'attività umana per favorire l'esercizio dell'attività in maniera più spedita ed efficiente[5].

Nell'ambito di questa seconda subcategoria non è trascurabile l'importanza del tema della c.d. "giustizia predittiva". In questo ambito, gli algoritmi predittivi generati dall'i.a. vengono sfruttati al fine di cercare di prevedere, tramite determinati calcoli, l'esito del giudizio[6]. Un esempio delle implicazioni fornite dall'uso dei *software* di "giustizia predittiva", e dei pericoli che esso comporta, si rinviene nel ben noto caso *Loomis*[7].

[3] L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano, 1999, p. 50 ss.; R. POLI, *Il sillogismo giudiziale*, cit., p. 275.

[4] G. GIOIA, *Intelligenza artificiale e indipendenza della magistratura: un equilibrio tra trasparenza e controllo*, in *RDP*, n. 2, 2025, p. 1138 ss., spec. p. 1340 ss.

[5] *Ivi*. I seguenti piani non vanno sovrapposti con quello della *e-justice*, ovvero l'uso della tecnologia per digitalizzare la giustizia. Per ulteriori approfondimenti si segnala A. BIGI, *Una corte on-line come possibile vettore di giustizia digitale nel sistema di diritto processuale civile italiano*, in *RDP*, n. 1, 2023, p. 68 ss.

[6] A. SIMONCINI, *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. riflessioni su intelligenza artificiale e processo*, in *RDP*, n. 2, 2024, p. 389 ss., spec. p. 390; L. VIOLA, voce *Giustizia predittiva*, in *Treccani Diritto online*, 2018. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a C. CASTELLI, *Giustizia predittiva*, in *Questione giustizia*, 2022.

[7] Sembra necessario, per far comprendere anche questo aspetto dell'uso dell'i.a., spendere qualche breve cenno sul punto. Il caso *Loomis*, come detto nel corpo testo, rappresenta una significativa esperienza che mette in luce le possibili criticità (nello specifico quelle che potrebbero sporgere per ragioni discriminatori) che si possono presentare utilizzando degli algoritmi per calcolare l'esito del giudizio. L'esperienza processuale a cui ci si riferisce trae origine dai controlli, effettuati nel 2013, sul mezzo che veniva condotto dal Sig. Loomis e che

Il presente lavoro, però, si pone prospettiva di studio degli ausili che l'intelligenza artificiale potrebbe fornire all'organo decidente in un diverso ambito dello svolgimento della premessa minore, ovvero nella valutazione delle risultanze tecniche acquisite all'interno del giudizio.

Seppur non si possa considerare tale attività priva di regole che permettano di compiere un controllo sulle conclusioni raggiunte dal giudice, c'è da sottolineare come le stesse possano essere connotate da un marcato tasso di soggettività[8].

risultava essere stato precedentemente usato per una sparatoria. In ragione dell'occorso, verso lo stesso venivano formulati diversi capi d'accusa ed il medesimo veniva condannato dal Tribunale Circondariale di La Crosse a 6 anni di reclusione. Il profilo critico sotteso dal caso in esame non è ricollegato alla decisione resa sull'effettiva colpevolezza dello stesso o meno, la quale, secondo gli atti della controversia, era stata adottata dal decidente senza ingerenze esterne. Le perplessità sollevate, infatti, si fondavano in ragione dell'uso del *software COMPAS* che, nel caso di specie, era stato utilizzato al fine di stabilire il rischio di recidiva ascrivibile al Sig. Loomis. Il calcolo che tale strumento compie si basa sull'elaborazione dei dati presenti nel fascicolo dell'imputato – inclusi trascorsi criminali, condizioni socioeconomiche e personali, e risposte fornite in colloquio – ed il risultato così ottenuto viene usato per tracciare un grafico che classifichi il rischio di recidiva come "*low*" (basso), "*medium*" (medio) o "*high*" (alto). Il Sig. Loomis, il quale era stato classificato come soggetto con alto percentile di recidiva, asseriva che l'uso di *COMPAS* avrebbe violato il suo diritto ad un equo processo poiché il *software* avrebbe stimato il rischio comparando le informazioni raccolte sul singolo con quelle della comunità cui afferisce. Quindi, secondo l'imputato, l'uso del programma non sarebbe riuscito a fornire una concreta valutazione del rischio di recidiva del singolo. Interessante è la decisione resa dalla Corte Suprema del Wisconsin. Tale giudice, seppur dopo il rigetto delle medesime doglianze pronunciato dalla Corte Distrettuale, affermava il principio di diritto secondo il quale i punteggi di rischio di recidiva non possono essere utilizzati come fattori determinanti ai fini della comminazione della pena o come soli fattori determinanti la comminazione della stessa. Tale conclusione, quindi, permette di considerare ammissibile l'uso di *software* quali *COMPAS* purché il giudicante non usi i risultati acquisiti a mezzo dello stesso come unico indice per la decisione da rendere sul riconoscimento o meno dell'aggravante della recidiva. Per ulteriori approfondimenti sulla vicenda si rinvia a S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 4, 2019; C. FILIPPONE, *Il caso Compas e il tema della giustizia predittiva, tra opacità e distorsioni*, in *Rivista di Cultura e Diritto*, 2025.

[8] Questo margine di soggettività si assottiglia – non si azzera poiché rimane sempre la necessità che il giudice interpreti le dichiarazioni orali e quelle contenute nei documenti – nel caso in cui si tratti di prove legali. Le prove legali, come previsto ai sensi del combinato disposto di disposizioni quali l'art. 116 c.p.c. e 2699 c.c., sono quelle che non permettono al giudice il libero apprezzamento dei risultati probatori in quanto gli stessi sono predeterminati dalla legge. Un tipico caso di prove legali è rappresentato dalla confessione, ovvero quella prova precostituita o costituenda, orale o documentale, attraverso la quale una parte afferma

Nel presente elaborato questo profilo sarà analizzato ponendo particolare attenzione alla valutazione dei documenti "tecnici", ovvero alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio e alle osservazioni dei periti di parte.

L'uso dell'intelligenza artificiale in questa materia potrebbe portare ad una certa (o comunque maggiore) "omogeneità" nella risoluzione delle questioni di fatto su cui si basa la decisione delle controversie. Una speranza di maggiore conformità va certamente nutrita quando il giudice è chiamato a valutare le conclusioni compiute dal c.t.u. e le osservazioni dei c.t.p. Il decidente, infatti, attinge dal sapere di un soggetto qualificato al fine di acquisire la conoscenza necessaria a decidere alcuni fatti rilevanti per la decisione e che si caratterizzano per il loro marcato profilo tecnico.

Quest'attività, la quale è fondamentale al fine della decisione della controversia, si presta ad alcuni profili critici. Seppur il decidente sia il *peritus peritorum*, ovvero abbia il potere di accogliere una conclusione diversa da quella che il consulente ha riportato nella sua relazione, lo stesso potrebbe non avere le competenze per valutare la bontà delle considerazioni svolte dal c.t.u. Peraltro, a complicare maggiormente il quadro così delineato si pongono le ulteriori considerazioni che, al fine del rispetto del principio del contraddittorio pure sulle dissertazioni tecniche, possono essere espresse dai c.t.p.

Il giudice, quindi, si trova a dover decidere su un argomento tecnico che non afferisce alle conoscenze che normalmente appartengono al suo bagaglio culturale e deve pure cercare di comprendere quale tra i più esperti, quello d'ufficio e quelli di parte, abbia espresso la conclusione maggiormente condivisibile per la risoluzione del caso concreto.

In questo contesto, peraltro, non è neppure possibile dare rilevanza al criterio dell'autorevolezza di cui il singolo esperto potrebbe godere all'interno della comunità scientifica posto che – e, soprattutto, questo vale per i c.t.p. – lo stesso, nell'esercizio del suo incarico, potrebbe raggiungere delle conclusioni che risentano dei limiti del mandato in cui opera e degli interessi a tutela dei quali il medesimo è stato conferito.

L'intelligenza artificiale – permettendo al giudice di applicare correttamente i c.d. "Criteri *Daubert*" ove "allenata" a svolgere tale compito – potrebbe riuscire a sopperire a questo *gap* conoscitivo e aiutare il decidente a

un fatto a sé sfavorevole ma favorevole all'altra parte. Per un approfondimento del tema della prova legale si rinvia a L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, p. 61 ss.; M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 207 ss.

valutare la correttezza delle valutazioni espresse dai citati periti nei propri elaborati e nelle proprie osservazioni.

2. *Il giudice e l'accertamento del fatto*

Prima di svolgere l'analisi dei punti citati *ut sopra*, appare utile premettere delle brevi considerazioni in ordine all'accertamento del fatto in sede giudiziale.

Secondo gli studiosi che hanno affrontato l'argomento, l'*iter* logico del giudizio di fatto si articolerebbe nei seguenti cinque momenti[9] in cui il giudice:

a) percepisce i fatti, li apprezza e li interpreta soggettivamente attribuendogli un significato e, infine, li converte in enunciati probatori;

b) assegna un valore probatorio ai citati enunciati, sempre a mezzo di una valutazione soggettiva, apprezzando l'attendibilità delle fonti di prova;

c) individua discrezionalmente la connessione tra premesse ed esiti probatori;

d) determina il grado di plausibilità degli argomenti;

e) esprime, nel rispetto delle regole dell'onere della prova e tenendo conto del livello di prova richiesta, il proprio giudizio sull'esistenza o meno del fatto[10].

[9] R. POLI, *Il sillogismo giudiziale*, cit., p. 277. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a R. POLI, *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, in S. PATTI, R. POLI (a cura di), *La prova nel diritto e nel processo*, Torino, 2023, p. 115 ss.

[10] L'esito di questo ragionamento solo in via tendenziale può condurre ad un sistema binario, ovvero alla verità o falsità dell'enunciato. Per approfondimenti si consulti M. TARUFFO, *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, in *RTDPC*, n. 2, 2013, p. 500 ss., che rileva come, in realtà, sia possibile raggiungere almeno sei conclusioni diverse. Rispetto al fatto, infatti, può: 1) essere provata la sua verità; 2) rinvenirsi una prova debole della sua verità; 3) riscontrarsi l'assenza della prova del suo accadimento; 4) vedersi provata la sua inesistenza; 5) esistere una prova debole della sua falsità; 6) non esistere la prova della sua falsità. Conseguentemente, quindi, il fatto può essere vero, falso o *gappy* (incerto) e si arriva a poter raggiungere la serie di convincimenti prima riportanti anche in ragion del fatto che non necessariamente il fatto non vero è falso o viceversa. Oltre a questo, secondo il citato A., tali elementi possono pure combinarsi tra loro (ad. es. «La prova della verità di X è compatibile con una prova debole della falsità di X, poiché la prova non implica certezza assoluta e può esservi margine per una prova debole contraria») potendosi raggiungere un numero di soluzioni compatibili pari a otto. Ove, poi, i fatti da analizzare siano due, si arriverebbe, verificate le compatibilità esterne ed interne, a poter rinvenire trentasei combinazioni possibili.

Il transitare dalla prima alle successive fasi richiede al giudice di compiere delle scelte di valore tra alternative aperte[11], come nel caso in cui lo stesso debba statuire sull'attendibilità di un testimone o delle conclusioni svolte da un perito o, ancora, sull'autenticità di un documento

Il risultato acquisito si connota per la sua opinabilità e per la sua natura meramente probabilistica.

È opinabile poiché le scelte di valore compiute dal giudice si basano sulla selezione e sulle probabilità che si riconoscono al nesso di consequenzialità che si assegnano alle "Leggi di Strutturazione, Organizzazione e Funzionamento del Mondo" che si applicano[12] ed in ragione della giustificazione delle medesime attraverso l'argomentazione dialettico-retorica[13].

Alle conclusioni raggiunte dal giudice, invece, va riconosciuto un valore meramente probabilistico in ragione:

1) delle caratteristiche e dei limiti legali del giudizio di fatto;

2) della distanza tra i dati che emergono dagli elementi probatori allegati nel processo e quelli che sono stati concretamente percepiti dal giudice[14];

3) dalla natura opinativa delle scelte operate dal giudice;

4) dai limiti di conoscenza delle L.S.O.F.M.;

5) dall'imprevedibilità e dai limiti dello studio della causalità che si riflettono sulle conseguenze tratte dal giudice[15].

La conclusione di questa sequenza cronologica di plurime attività termina con il raggiungimento del convincimento sull'esistenza o

[11] R. POLI, *Il sillogismo giudiziale*, cit., p. 278.

[12] L. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 72; R. POLI, *Il sillogismo giudiziale*, cit., p. 279.

[13] In materia non può non citarsi la pronuncia Cass. pen. 17 dicembre 2009, n. 48320, in *ForoPlus*, la quale ha statuito che «(*omissis…*) è chiaro che, alla fine, la Corte di cassazione esprime un giudizio di valore come quando ritiene "debole" la regola di inferenza utilizzata dal giudice di merito ma ciò rientra nel controllo di legittimità previsto dalla norma indicata perchè una prova insufficiente o una regola di inferenza "debole" utilizzata dal giudice e su cui sia fondata la decisione incrinano irrimediabilmente la congruità logica della decisione». In dottrina, in via conforme, G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, p. 115; M. GRADI, *Il giudice e i fatti*, in G. RUFFINI (a cura di), *Diritto Processuale civile*, Bologna, 2023, p. 501 ss. definisce questa logica argomentativa dalla prospettiva dell'attore e del convenuto come quella «in forza del quale le parti, o meglio i loro avvocati, mirano a convincere il giudice dell'attendibilità dei risultati delle prove».

[14] C. BONA, *Sentenze imperfette*, Bologna, 2019, p. 71 ss.; A. FORZA, A. MENGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017, p. 93 ss.; R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, 2019, p. 39 ss.

[15] V. PASCALI, *Causalità ed inferenze nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011, p. 140 ss.

sull'inesistenza dei fatti controversi del giudizio, con conseguente censurabilità delle conclusioni formulate con i mezzi d'impugnazione previsti per legge nei limiti in cui le stesse ammettano la censura della ricostruzione del fatto storico.

3. *C.t.u. e possibili benefici derivanti dall'uso dell'intelligenza artificiale*

Venendo ora alla consulenza tecnica d'ufficio, è corretto dire che la stessa non afferisce alla categoria dei mezzi di prova ma, diversamente, va definita quale strumento d'integrazione probatoria posto che, tramite la nomina di un consulente, permette al giudice di acquisire delle cognizioni tecniche che normalmente non appartengono al bagaglio culturale-conoscitivo che il medesimo ha acquisito con il compimento degli studi giuridici[16]. Si suole distinguere la c.t.u. in deducente e percipiente in ragione dell'essere utilizzata per la valutazione dei fatti che risultano già acquisiti in via probatoria (deducente) o per essere impiegata come fonte oggettiva di prova di quei fatti che sono rilevabili solo tramite l'ausilio di cognizioni tecniche (percipiente)[17].

L'attività del consulente risulterà delimitata in ragione dei quesiti – i quali saranno formulati nell'ordinanza con il quale il medesimo viene nominato ai sensi dell'art. 191 c.p.c. – a lui rivolti dal giudice e sui cui il perito sarà chiamato a far luce attraverso la sua relazione nella quale, secondo quanto previsto ai sensi dell'art. 195, co. 3, c.p.c., lo stesso riporterà il quesito, la descrizione dell'attività svolta, le valutazioni tecniche effettuate e le proprie conclusioni motivate[18].

Alle parti è permesso svolgere le proprie difese tecniche a mezzo dei propri consulenti di parte i quali, oltre a poter assistere alle operazioni svolte dal c.t.u., potranno presentare le proprie istanze e osservazioni al consulente tecnico d'ufficio che dovrà tenere in conto tali ulteriori riflessioni per redigere la sua relazione finale[19].

[16] C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 170.

[17] S. BARONE, *Sub art. 191 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura Civile. Commentario*, II, Milano, 2018, p. 347. Per ulteriori riferimenti sulla distinzione, L. DITTRICH, *La consulenza tecnica e l'esame contabile*, in ID. (a cura di), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, p. 1796 ss. Si permetta anche il rinvio a A. ROSSI, *C.t.u. tra principio di non contestazione e ricorribilità* ex *art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *GI*, n. 3, 2022, p. 625.

[18] S. BARONE, *Sub art. 195 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *op. cit.*, p. 361.

[19] S. BARONE, *Sub art. 201 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *op. cit.*, p. 370.

Seppur il magistrato, nella pressoché totalità dei casi, si sia avvalso della nomina del consulente tecnico d'ufficio proprio in ragione della necessità di apprendere da esso le conoscenze tecniche che non possiede, rimane in capo al giudice il potere di decidere quale tra le plurime conclusioni formulate dal c.t.u. e dai c.t.p. sia la più affidabile per la risoluzione del caso di specie. Egli, come già detto, è considerato il *peritus peritorum*[20] e può, pur fornendo adeguata motivazione di tale scelta[21], disattendere le risultanze della relazione peritale[22].

Secondo quanto descritto, quindi, potrebbe sorgere, più o meno in maniera spontanea, la necessità di rispondere al seguente interrogativo: come può, essendo privo delle conoscenze specifiche e necessarie al fine della risoluzione della controversia, il giudice maturare una convinzione consapevole ed informata sulla bontà o meno delle valutazioni espresse dal c.t.u. e dai c.t.p. ed arrivare, eventualmente, a confutare i pareri che gli sono stati forniti dagli esperti di quella materia?

In effetti, pur essendo riconosciuta al giudice la facoltà di disconoscere le conclusioni del perito, con relativa possibilità di aderire a quelle formulate dai consulenti di parte, non si vede come egli possa materialmente, ed in maniera critica, prendere delle posizioni su tali risoluzioni tecniche. Il decidente, salvo casi meramente eccezionali ed occasionali, non sarà stato formato sulla specifica materia dal quale dipende la risoluzione della controversia e, conseguentemente, non sarà neppure in grado di orientarsi tra la plurima bibliografia scientifica prodotta sull'argomento e non sarà neppure plausibilmente capace di discernere quale tra le più tesi esposte possa maggiormente essersi avvicinata a quella che nel caso di specie dovrebbe essere considerata quale "scienza migliore".

È proprio nella risoluzione di tali profili critici, però, che potrebbe riconoscersi un ruolo determinante all'utilizzo dell'intelligenza artificiale. Va subito sottolineato, però, come la medesima non possa essere utilizzata per sostituire alla radice l'attività svolta dal consulente nel giudizio. Ammettere tale soluzione, oltre al non desiderabile effetto di ad una sostituzione che comporterebbe la sostituzione dell'attività decidente svolta dal giudice con

[20] N. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in *EdD*, IX, Milano, 1961, p. 538.

[21] Corte app. Palermo, 6 settembre 2023, n. 1518. Parimenti, il giudice dovrà motivare adeguatamente le ragioni che lo hanno portato ad aderire alle risultanze della c.t.u. ove nei confronti delle stesse siano state mosse dalle parti delle contestazioni. Conformemente, Cass. civ. 12 novembre 2024, n. 29163.

[22] C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 176.

quella della macchina, imporrebbe un'inattendibilità della soluzione tecnica in ragione della «possibile mancata indicazione delle fonti di conoscenza utilizzate e della dovuta assenza di ogni deferenza verso il modello di calcolo della risposta»[23].

Va, quindi, fatto un uso ben diverso dello strumento rendendosi necessario che lo stesso venga impiegato solo in funzione ancillare all'attività decidente.

Chi ha studiato tale profilo tende a pensare che una i.a. a tale scopo "allenata", ovvero contenente le risultanze del sapere sviluppatesi in una determinata scienza, possa essere uno strumento che il giudice potrebbe usare con profitto al fine di applicare i c.d. "Criteri *Daubert*"[24].

Tali criteri sono quelli che si sono usati nella decisione del famoso caso *Daubert v. Merrel Dow Pharm. Inc.*[25] ed impongono in capo al magistrato le verifiche che seguono:

[23] F. AULETTA, *Accertamento del fatto e intelligenza artificiale nel processo civile*, in *Il diritto processuale civile italiano e comparato*, n. 4, 2024, p. 922 ss., spec. p. 923 ss. Queste criticità si sono manifestate nel caso olandese *Rechtbank Gelderland* in cui, nella decisione di un giudizio vertente sul rispetto delle distanze tra edifici, il giudice aveva interrogato ChatGPT come se l'IA dovesse svolgere le funzioni proprie del consulente tecnico all'interno del processo. Benché il decidente abbia sottolineato come la risposta acquisita sia stata utilizzata solo come linea guida a supporto della sua decisione, l'utilizzo dell'IA nel caso di specie mina l'attendibilità della testimonianza tecnica acquisita in quanto ChatGpt è un LLM (*Large Language Model*) e, quindi, il suo fine è quello di generare una successione di determinate parole che formano una risposta apparentemente con il *prompt* fornito dall'utilizzatore. Per ragioni di trasparenza il giudice avrebbe dovuto, quantomeno, indicare le richieste fatte a ChatGpt per compiere la valutazione e la tracciabilità della risposta offerta dal sistema. Per l'approfondimento del tema, oltre al contributo già citato nella presente nota, si segnala E. FALLETTI, *Le Corti comparate e l'uso di ChatGPT come "consulente" di giudici e avvocati*, in *Il QG*, 2 settembre 2024.

[24] Giunge a tale conclusione J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, p. 86 ss.

[25] Questo famoso caso giurisprudenziale è originato dalla richiesta di risarcimento formulata nei confronti della società farmaceutica Merrel Dow. Secondo gli astanti, l'assunzione del farmaco *Benedict*, utilizzato come antinausea dalle gestanti, sarebbe stato fonte di deformazioni nei bambini. Al fine della risoluzione dei profili critici relativi all'ammissibilità della *expert testimony*, la Corte Suprema si è chiesta se fosse necessario applicare il principio dello *Standard di Frye* o quello dettato dalla regola n. 702 dei *Federal Rules of Evidence*. Quest'ultima regola, modificata nel 1975, impone che «If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise». Lo standard di Frye (noto anche come Frye opinion), invece, è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale compiuta in sede

1) va controllato se le conclusioni espresse sono state articolate nel rispetto e con l'ossequio del metodo scientifico, ovvero attraverso la formulazione della tesi e la confutazione delle medesima a mezzo dell'antitesi;

2) bisogna accertarsi che la metodologia utilizzata sia stata oggetto di revisione da parte della comunità scientifica e che la stessa sia stata oggetto di pubblicazione;

3) deve essere appurato il grado di errore della metodologia applicata;

4) si deve accertare il mantenimento degli *standards* di controllo sull'affidabilità della tecnica;

5) va riscontrato il consenso della comunità scientifica sulla tecnica utilizzata (il c.d. "*standard* di *Frye*").

Pur vero questo, però, sembrerebbe non superabile in maniera completa il *gap* informativo che il giudice soffre nel decidere una controversia che necessita di applicazione di una scienza che non governa.

Un'intelligenza artificiale "allenata", infatti, non sarebbe considerabile una valida guida per il giudice nel caso in cui la relazione del c.t.u. e le osservazioni del c.t.p. siano rispettose dei "Criteri *Daubert*". In tale ipotesi, infatti, si arriverebbe solamente ad una "validazione formale" delle metodologie utilizzate e delle conclusioni raggiunte dai periti[26].

Non sono comunque trascurabili i risultati che si potrebbero

penale dinnanzi alla Corte d'Appello del Distretto della Columbia nel caso *Frye v. United States*. Il profilo critico di diritto che rilevava verteva sulla possibilità di ammettere, o meno, la prova a mezzo poligrafo (un prototipo della macchina della verità) che secondo la difesa avrebbe potuto scagionare l'imputato. La Corte rigettò l'istanza stabilendo che la deduzione probatoria si sarebbe dovuta qualificare per essere «sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs». Per ulteriori approfondimenti si rinvia a S. FUSELLI, *L'endossalità dei saperi esperti. Rileggere Daubert attraverso Aristotele*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 2022, p. 118 ss., spec. p. 125 ss. Nel caso *Daubert v. Merrel Dow Pharm. Inc.* il giudice Blackmun, investito della causa, ha superato lo *standard* di *Frye* stabilendo che la testimonianza esperta sia ammissibile in giudizio ove sia rilevante nel caso di specie e basata su una *reliable foundation* (il c.d. fondamento affidabile). Quest'ultimo, secondo l'opinione del decidente, per essere tale non potrebbe che fondarsi sull'applicazione del metodo scientifico. Va detto che, comunque, la decisione in esame non ha del tutto superato lo *standard* di *Frye* ma lo ha riformulato come parametro ancorato al grado di diffusione della tecnica nella comunità scientifica che ne garantirebbe la sua attendibilità. Per approfondimenti in materia si rinvia A. DONDI, *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense*, in *RTDPC*, n. 1, 1996, p. 261 ss.; S. FUSELLI, *op. cit.*, p. 126; M. UBERTONE, *Il giudice e l'esperto: deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*, Torino, 2022, p. 18 ss.

[26] J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*, p. 87.

raggiungere nel caso in cui non vi sia un riscontro positivo della corretta applicazione dei citati criteri posto che, utilizzando l'intelligenza artificiale, al giudice potrebbero apparire in maniera chiara le ragioni per cui non condividere gli elaborati peritali[27].

Nello svolgimento del giudizio di fatto, secondo quanto riportato al par. 2 del presente elaborato, il magistrato si trova a dover compiere delle scelte di valore tra le quali rientra anche quella relativa alla valutazione dell'attendibilità delle conclusioni formulare dal c.t.u. e l'i.a., anche se non possa assurgere a criterio generale di validazione delle medesime per la soluzione del caso concreto, potrebbe essere impiegata per procedere all'esclusione delle tesi che, per un motivo o per un altro, risultano in maniera manifesta contrarie ai "Criteri *Daubert*".

Non una panacea di tutti i mali, quindi, ma comunque un risultato di rilievo che permetterebbe l'esercizio una logica *ad escludendum* nei confronti delle conclusioni peritali incongruenti che, senza l'uso dell'i.a., difficilmente potrebbero essere apprezzabili come tali dal giudice.

4. *Considerazioni conclusive*: *l'imprescindibilità dell'apporto umano all'interno del processo*

Secondo quanto premesso, quindi, possono rassegnarsi le conclusioni che seguono.

L'intelligenza artificiale, quantomeno nella prospettiva che si è analizzata, non può essere considerata come strumento pienamente risolutivo dei profili critici che si manifestano in materia di consulenza tecnica d'ufficio.

Come detto in apertura, infatti, le difficoltà che il decidente potrebbe soffrire nella valutazione dell'attendibilità della c.t.u. si rinvengono, innanzitutto, nella non conoscenza che il giudice ha del dato scientifico rilevante per la soluzione della controversia.

Oltre a questo, *vuluns* "strutturale", a complicare l'attività del magistrato si rinviene il dato oggettivo della presenza di più conclusioni da confutare e che potrebbero risultare, soprattutto nel caso dei c.t.p., influenzate dagli interessi dedotti in giudizio e dai limiti del mandato conferito agli esperti.

Come detto, però, ben difficilmente sarà possibile offrire al giudice uno strumento che permetta di esercitare un controllo che non si limiti alla

[27] *Ivi*.

verifica solo formale del rispetto dei "Criteri *Daubert*" e questo dimostra la non superabilità dell'apprezzamento umano all'interno del giudizio. Lo stesso, infatti, rimane necessario al fine del corretto ed equo svolgimento del processo, sia esso civile o penale.

Il ragionamento che il giudice svolge, infatti, è un'attività complessa che non si può superare attraverso le analisi svolte dagli algoritmi e che seguono una logica meramente statistica e percentuale.

Dall'altro canto, però, è innegabile che l'i.a. possa essere un concreto ausilio al giudice nello svolgimento del proprio lavoro.

Come detto al par. 2, il decidente deve esercitare delle scelte di valore nelle varie fasi del giudizio di fatto. Evitare che il medesimo, in ragione della mancanza di conoscenze specifiche di settore, possa cadere in errore ritenendo attendibile una ricostruzione scientifica che risulta, invece, opinabile è un risultato assolutamente non trascurabile e che potrebbe apportare concreti benefici in almeno tre – sicuramente quelle *sub* b), *sub* c) e *sub* d) sopra riportate ma con possibilità di miglioramento pure della fase sub a) nel caso in cui la c.t.u. abbia natura percipiente – delle cinque fasi dell'*iter* logico che il giudice svolge nel giudizio di fatto. Una i.a., quindi, che non interpreta un ruolo di sostituzione della figura del giudice ma che si pone quale bussola utilizzabile dallo stesso per orientarsi nel perimetro di un settore scientifico a lui non pienamente noto.

Che questo sia il *trend* da seguire sembra dimostrato anche in ragione della più recente giurisprudenza formatasi in materia di "abbaglio dell'intelligenza artificiale"[28], ovvero nei casi in cui l'i.a., usata per la redazione degli

[28] Sul punto vanno certamente citate le considerazioni svolte nelle *Raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia* e rese dal CSM con delibera plenaria del giorno 8 ottobre 2025. Dalla lettura delle stesse si comprende la piena percezione dei rischi che potrebbe creare l'utilizzo dell'i.a. nel processo maturata dal Consiglio Superiore della Magistratura. Si è, infatti, sottolineato che «In questa fase, dunque, e fino all'introduzione di sistemi conformi al regolamento europeo, deve essere escluso l'utilizzo non autorizzato di sistemi di IA nell'attività giudiziaria in senso stretto; resta però ferma la possibilità di sviluppare, in ambiente protetto e sperimentale sotto la supervisione congiunta del Ministero e del Consiglio, applicazioni anche in ambiti giudiziari, purché previa anonimizzazione e tracciabilità dei dati (come sta avvenendo, tra gli altri, nei tribunali di Bologna, Catania, Milano) (*omissis*…)».

In materia, peraltro, si è già espresso il giudice di merito di Torino. Con pronuncia Trib. Torino, 17 settembre 2025, in *ilcaso.it*, tale giudice ha considerato possibile condannare parte attrice *ex* art. 96 c.p.c. per l'uso dell'intelligenza artificiale nel caso in cui il medesimo dia luogo ad un ricorso in cui sono riportate citazioni normative e giudiziarie in maniera disordinata e/o inconferente ed in cui sono formulate eccezioni manifestatamente infondate

atti, va a citare dei precedenti giurisprudenziali in realtà inesistenti. Proprio in queste evenienze sembra più che mai percepibile il ruolo di mero ausiliario che va assegnato all'intelligenza artificiale all'interno del processo. L'uso non vigilato della stessa potenzialmente potrà dar luogo a plurimi errori che si basano tutti sulla stessa matrice comune: il dato inserito nel *software* potrebbe non essere stato aggiunto o lavorato nella maniera corretta all'interno del sistema[29].

[«(*omissis*…) ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c., si ritiene altresì necessario condannare parte attrice al pagamento della somma di euro 500 in favore di ciascuna delle parti convenute. La ricorrente ha infatti agito in giudizio con malafede o, quantomeno con colpa grave, dal momento che ha proposto opposizione nei confronti di avvisi di addebito che le erano stati tutti notificati in precedenza, già oggetto di plurimi atti di esecuzione anch'essi tutti regolarmente notificati ed ha svolto – tramite un ricorso redatto "col supporto dell'intelligenza artificiale", costituito da un coacervo di citazioni normative e giurisprudenziali astratte, prive di ordine logico e in larga parte inconferenti, senza allegazioni concretamente riferibili alla situazione oggetto del giudizio – eccezioni tutte manifestamente infondate. A tale statuizione consegue, ai sensi dell'art. 96, c. 4, c.p.c. la condanna ad una somma in favore della cassa delle ammende che si determina equitativamente in € 500 (*omissis*…)»].

Differentemente, nella pronuncia Trib. Firenze, 14 marzo 2025, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, in un caso di allucinazione dell'i.a. non si è pronunciata la condanna della parte che aveva utilizzato *ChatGpt* per la redazione dell'atto in quanto la citazione delle sentenze, inesistenti e generate dal programma, avrebbe solamente corroborato, e non fondato, le difese già svolte e articolate. Inoltre, pare che nel caso di specie l'assenza di colpa grave e di mala fede si affermi anche in ragion del fatto che l'uso dell'IA era ignoto dal patrocinatore ed imputabile ad una collaboratrice del medesimo. Si da atto che i fenomeni dell'uso non vigilato dell'i.a. nella redazione degli atti processuali e delle "allucinazioni dell'intelligenza artificiale" non sono una sola prerogativa del bel paese. Nello stato di New York, già nel 2023, due avvocati (Steven Schwartz, Peter LoDuca) ed il loro studio legale (Levidow, Levidow & Oberman) sono stati condannati dal Giudice distrettuale di Manhattan al pagamento di 5.000 dollari in quanto gli stessi avrebbero compiuto «atti di consapevole elusione e dichiarazioni false e fuorvianti alla corte». Anche in questo caso l'errore era stato generato dall'uso non vigilato di ChatGpt che aveva citato nell'atto di parte delle pronunce rivelatesi inesistenti. Per un approfondimento del tema si rinvia a M. DI SALVIO, *Quando la sentenza viene inventata dall'A.I.: la responsabilità di giudici e avvocati*, in *Salvis Juribus*, 2025; A. SCASSELLATI, *Intelligenza artificiale: avvocati di New York sanzionati per l'utilizzo di falsi casi ChatGPT in cause legali*, in *www.dirittisociali.org*.

[29] *Raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia*, cit., «L'intelligenza artificiale è, poi, profondamente determinata dai dati su cui è stata addestrata: non è, quindi, mai neutrale e, al contrario, incorpora tutte le imprecisioni contenute nel database di addestramento, nonché gli eventuali pregiudizi di chi ha progettato il sistema e ne ha guidato l'addestramento (cd. bias), dovendosi in proposito considerare che i sistemi, utilizzando algoritmi di tipo statistico, generano output che si basano fondamentalmente sul riconoscimento delle correlazioni tra dataset». Per delle considerazioni sugli

Così stando le cose, quindi, non pare possibile sostituire la figura del giudice persona fisica (ma anche quella degli avvocati persone fisiche), dovendosi ancora considerare imprescindibili ed insostituibili il controllo e l'apprezzamento umano all'interno del processo[30].

ulteriori profili critici ancora non risolti in tema di uso dell'I.A. all'interno del giudizio si può citare M. LATINI VACCARELLA, *Per prima cosa ammazziamo tutti gli avvocati. Il diritto processuale all'alba dell'intelligenza artificiale*, in *RTDPC*, n. 4, 2025, p. 971 ss., spec. p. 983 ss.

[30] Così le *Raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia*, cit., secondo cui «(*omissis…*) ogni utilizzo dell'IA deve essere supervisionato dall'utente per verificare il rispetto delle normative sui diritti fondamentali dell'uomo, sul trattamento dei dati, del copyright e della sicurezza, oltre che per verificare la correttezza ed affidabilità dell'output. La supervisione/sorveglianza umana dovrà correggere eventuali risultati inattendibili, reinterpretarli o modificarli. Occorre sempre verificare di poter replicare autonomamente le conclusioni fornite dall'IA (*omissis…*)».

Abstract (ita)

Il presente contributo tratta dell'uso in sede processuale dell'intelligenza artificiale con specifica attenzione ai benefici che il suo impiego potrebbe produrre in materia di valutazione delle risultanze rese nella consulenza tecnica d'ufficio e nelle osservazioni operate dai periti di parte. Il giudice, infatti, soprattutto in quest'ambito potrebbe aver bisogno di un ausilio per compiere in maniera corretta il giudizio di fatto (nello specifico la c.d. "premessa minore") in quanto egli potrebbe non disporre delle conoscenze tecniche che si rendono necessarie per la decisione del caso di specie. Le considerazioni svolte permettono di concludere che l'intelligenza artificiale possa effettivamente avere una non marginale utilità all'interno del giudizio.

Centrale, però, rimane in ogni caso l'apprezzamento umano del decidente che resta imprescindibile ed insostituibile anche in ragione delle nuove criticità che l'utilizzo dell'i.a. ha sollevato nella più recente giurisprudenza formatasi in tema di "allucinazione dell'intelligenza artificiale".

Abstract (eng)

This paper discusses the use of artificial intelligence in litigation, focusing specifically on the benefits its use could produce in assessing the findings of court-appointed technical reports and the observations made by party experts. Indeed, especially in this area, judges may need assistance in correctly assessing the facts (specifically, the so-called "premessa minore"), as they may not possess the technical knowledge necessary to decide the case at hand. The above considerations allow us to conclude that artificial intelligence can indeed be of significant use in litigation. Central, however, is the human judgment of the decision maker, which remains essential and irreplaceable, especially given the new critical issues that the use of AI has raised in recent case law regarding the "allucinazioni dell'i.a.".

INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI NELLE INFRASTRUTTURE DIGITALI E NELLE TECNOLOGIE CRITICHE ALLA LUCE DELL'ECCEZIONE DI SICUREZZA NAZIONALE NEL PANORAMA EUROPEO

Davide Vaira[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione della disciplina delle infrastrutture critiche nell'Unione europea. – 3. Gli investimenti esteri diretti e il rischio di ingerenze economiche e politiche da parte di Stati terzi. – 4. I meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti alla luce del regolamento (UE) 2019/452. – 5. L'eccezione di sicurezza nazionale e la sua giustiziabilità. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel mese di novembre 2025, il Consiglio Supremo di Difesa si è riunito al Palazzo del Quirinale per discutere in merito a situazioni di conflitto, concrete o potenziali, in Europa e in Paesi extra-europei[1]. Tra gli argomenti oggetto di discussione, particolare rilevanza ha assunto la tematica delle minacce ibride[2], intese come rischio per la sicurezza e l'integrità delle democrazie occidentali[3].

[*] Assegnista di ricerca in Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Cagliari. Il presente contributo è stato realizzato grazie al finanziamento del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) per il progetto di ricerca PRIN 2022 PNRR F53D23011940001 intitolato «*Minacce ibride e resilienza democratica: un pacchetto di strumenti analitici e pratici (HYDRA)*».

[1] Consiglio Supremo di Difesa, Il Ministro della Difesa, Guido Crosetto, ha presentato il non-paper *"Il contrasto alla Guerra ibrida: una strategia attiva"*, Roma, 17 novembre 2025, consultabile al link www.difesa.it/primopiano/consiglio-supremo-di-difesa/83696.html.

[2] Nel 2018, l'Unione europea, con l'ausilio del Servizio europeo per l'azione esterna, ha tentato di fornire una propria definizione, intendendo, come ibride, quelle minacce che «combinano attività convenzionali e non convenzionali, militari e non militari, che possono essere usate in modo coordinato dagli Stati o da attori non statali per raggiungere specifici obiettivi politici […] [e che] prendono di mira le vulnerabilità critiche e cercano di creare confusione che impedirebbe un processo decisionale rapido ed efficace». Servizio Europeo per l'Azione Esterna, A Europe that Protects: Countering Hybrid Threats, giugno 2018, disponibile sul sito www.eeas.europa.eu/sites/default/files/hybrid_threats_en_final.pdf.

[3] G. CROSETTO, *Il contrasto alla Guerra Ibrida: una strategia attiva*, novembre 2025. Il

Nel considerare l'efficacia di tali minacce, si è manifestata una particolare preoccupazione per il settore delle infrastrutture critiche, sia in quanto bersaglio primario degli attacchi, soprattutto digitali, sia in quanto potenziale strumento attraverso il quale gli Stati terzi, tramite investimenti, possono attuare una coercizione geo-economica, politica e strategica sullo Stato *target*[4].

L'occasione, nel corso della quale si è sottolineata la necessità, da parte degli Stati membri, di reagire alle minacce ibride con tempestività e coesione, attraverso l'individuazione di strumenti a tutela delle infrastrutture critiche, ha evidenziato il primario interesse degli Stati e delle Istituzioni europee per queste ultime.

Le infrastrutture critiche, intese come «un elemento, un impianto, un'attrezzatura, una rete o un sistema o una parte di [essi] necessari per la fornitura di […] un servizio fondamentale per il mantenimento di funzioni vitali della società, di attività economiche, della salute e della sicurezza pubbliche e dell'ambiente»[5], ricoprono un ruolo di primo piano per il funzionamento e per lo sviluppo economico e sociale dei Paesi[6].

Il concetto di infrastruttura critica si estende a una pluralità di settori "tradizionali" – trasporti, energia, comunicazioni –, ai quali, in tempi recenti, si è affiancato il settore digitale che utilizza le infrastrutture per la trasmissione e la conservazione dei dati[7].

L'ambito digitale – con le relative infrastrutture critiche[8] – rappresenta,

documento è disponibile al sito www.difesa.it/assets/allegati/83696/non-paper_il_contrasto_alla_guerra_ibrida.pdf.

[4] *Ivi*, p. 21.

[5] Tale definizione normativa è data dalla lettura del combinato disposto tra i nn. 4) e 5) dell'art. 2, par. 1, della direttiva (UE) 2024/2557. La medesima definizione normativa è stata recepita, nell'ordinamento italiano, all'art. 2 del d.lgs 4 settembre 2024 n. 134. Per approfondimenti sulla definizione si veda altresì V. VIVERA, *Security and power in the cyberspace*, Bucharest, 2017, pp. 7-9.

[6] O. E. IACOB, *Concerns at the Level of the European Union for the Protection of Critical infrastructures,* in *Acta Universitatis Danubius*, vol. 20, n. 2, 2024, pp. 115-123, spec. p. 116.

[7] Il dominio digitale è stato equiparato dalla NATO ai domini terrestre, marittimo, aereo ed extra-atmosferico, estendendo anche alle ipotesi di cyberattacco le conseguenze previste dall'art. 5 del Trattato Nord Atlantico. Per approfondimenti al riguardo si veda NATO, Cyber Defence, 30 luglio 2024. Disponibile a www.nato.int/cps/en/natohq/topics_78170.htm#:~:text=Allies%20also%20recognised%20that%20the%20impact%20of,North%20Atlantic%20Treaty%2C%20on%20a%20case%2Dby%2Dcase%20basis.

[8] Queste possono essere sia fisiche virtuali e ricomprendono, *ex multis*, i cavi per la

nello specifico, un settore strategico per gli Stati, in quanto inevitabilmente legato al funzionamento di altri settori essenziali per la società, quali la sanità, i trasporti o l'istruzione[9].

L'Unione europea, pertanto, da ultimo, ha concentrato la sua attenzione sulle infrastrutture digitali, al fine di garantire la sicurezza nel funzionamento dei settori essenziali ed evitare, come si vedrà nel presente studio, influenze da parte di Stati terzi, promotori di valori che non sempre coincidono con quelli europei[10].

L'importanza delle infrastrutture critiche per il funzionamento della società ha reso le stesse sensibili non solo agli attacchi tradizionali, ma anche alle minacce ibride, volte a destabilizzare un Paese *target*[11] pur rimanendo

trasmissione dei dati, i server per la loro conservazione, le reti 5g, i data center, le piattaforme digitali o gli strumenti utili per il cloud computing. L'elenco delle infrastrutture digitali è in costante aggiornamento. Sul punto si veda l'approfondimento del Ministero dell'Interno disponibile a www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/protezione_civile/0867_2008_02_14_app_infrastrutture_critiche.html#:~:text=Le%20infrastrutture%20critiche%20sono%20le,salute%2C%20la%20sicurezza%20e%20il.

[9] Commissione europea, *EU Cybersecurity Strategy*, 1° luglio 2025, disponibile a www.digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/cybersecurity-policies. Nello stesso senso si è orientato anche il dialogo con la NATO, che tramite la EU-NATO *Task Force on the resilience of critical infrastructures* ha confermato tali settori come essenziali e strettamente dipendenti dalle infrastrutture critiche sia fisiche che digitali. Sul punto si veda EU-NATO Task Force, *Final Assessment Report on strengthening our resilience and protection on critical infrastructure*, press release, 29 giugno 2023, disponibile a www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3564.

[10] Quest'orientamento, già espressamente adottato nella *EU Security Union Strategy* 2020-2025, è stato poi confermato nella nuova strategia denominata *ProtectEU*, che da aprile 2025 ha sostituito la precedente. Per approfondimenti si vedano comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Settima relazione sui progressi compiuti nell'attuazione della strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza, Bruxelles, 15 maggio 2024, COM (2024) 198 definitivo; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Protect EU*: strategia europea di sicurezza interna, Strasburgo, 1° aprile 2025, COM (2025) 148 definitivo.

[11] L'eterogeneità delle attività che compongono le minacce ibride – da cui il concetto di "*Weaponization of Everything*" – ha indotto a tentativi volti a individuarne le caratteristiche comuni che, tuttavia, si sono rivelati vani, soprattutto per l'affiorare, negli ultimi anni, di vulnerabilità e nuovi meccanismi di destabilizzazione. Tali caratteristiche sono state ravvisate: nella "negabilità plausibile", intesa come possibilità per uno Stato di negare il proprio coinvolgimento nell'attività, in modo da evitare ritorsioni; nella "asimmetria", intesa come scelta di attuare una minaccia ibrida in un dominio in cui lo Stato target mostra particolari

collocate in una "zona grigia"[12], senza mai sconfinare in un vero e proprio attacco armato[13].

Il presente lavoro ha come oggetto l'analisi di una delle minacce ibride più atipiche nel panorama attuale, derivante dagli investimenti esteri diretti che, pur essenziali per un rapido ed efficace sviluppo delle infrastrutture e tecnologie critiche – le quali, in maniera del tutto peculiare, come si vedrà, non costituiscono in questo caso un *target*, bensì un mezzo –, comportano il rischio di indebite ingerenze economiche, geopolitiche e strategiche da Stati terzi, tali da mettere in pericolo la salvaguardia dei valori democratici[14].

Di qui, i limiti e le restrizioni che gli Stati destinatari possono applicare sugli investimenti esteri diretti e il rischio di misure protezionistiche, dovute a un potenziale uso abusivo dell'eccezione di sicurezza nazionale, cui fanno da contraltare, da un lato il tentativo, da parte dell'Unione europea, di disciplinare, tramite il regolamento (UE) 2019/452, il controllo degli investimenti esteri diretti rivolti alle infrastrutture critiche e, dall'altro, la giustiziabilità dell'eccezione di sicurezza nazionale che i Paesi possono invocare.

Il lavoro, per motivi di brevità, non si estende al tema delle minacce ibride rivolte alle infrastrutture intese come *target,* quali le minacce finalizzate ad acquisire o sfruttare illecitamente i dati, o quelle volte a perturbare o interrompere i mezzi di comunicazione e la trasmissione di dati, o, ancora, quelle con finalità di distruzione delle infrastrutture critiche[15].

vulnerabilità; nella "intensità" dell'attacco, intesa come impatto sullo Stato target entro una soglia che, rimanendo in una zona grigia, non sconfini in attacco armato. Per approfondimenti, si veda M. GALEOTTI, *The Weaponization of Everything*, Yale, 2023; I. CAPAUL, *A Taxonomy of Hybrid Threats*, in *CSS Analyses in Security Policy*, n. 352, dicembre 2024.

[12] Si parla al riguardo anche di comportamenti cosiddetti "sotto-soglia". Il concetto di "soglia" è stato recepito anche all'interno dell'Unione europea come elemento utile ad individuare e distinguere le minacce ibride da altre tipologie di attacco. Si veda al riguardo comunicazione congiunta della Commissione europea e Alto Rappresentante dell'Unione per gli Affari Esteri e la Politica di Sicurezza al Parlamento Europeo e al Consiglio, Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride, la risposta dell'Unione Europea*,* Bruxelles, 6 aprile 2016, JOIN (2016) 18 definitivo, p. 2. Disponibile a www.eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex:52016JC0018.

[13] NATO, *Countering Hybrid Threats*, 7 maggio 2024, disponibile a www.nato.int/en/what-we-do/deterrence-and-defence/countering-hybrid-threats.

[14] G. GIANNOPOULOS, H. SMITH, M. THEOCHARIDOU, *The Landscape of Hybrid Threats: A conceptual model*, in *Publications Office of the European Union*, 2021, pp. 27 e 28.

[15] Per un approfondimento sulle stesse si rinvia alla comunicazione della Commissione, del 31 marzo 2011, relativa alla protezione delle infrastrutture critiche informatizzate, realizzazione e prossime tappe: verso una sicurezza informatica mondiale, Bruxelles, COM (2011) 163 definitivo.

Nelle conclusioni si tenterà una riflessione sull'effettivo valore degli strumenti di contrasto alle minacce ibride, adottati nell'Unione europea nel contesto delle infrastrutture digitali e tecnologie critiche, e sulle attuali competenze degli Stati.

2. *L'evoluzione della disciplina delle infrastrutture critiche nell'Unione europea*

La definizione di infrastruttura critica è fortemente influenzata dalle esigenze dei singoli Stati membri, sia perché il concetto stesso di infrastruttura critica è legato allo sviluppo e al funzionamento della società di ogni Paese, sia per motivi di sicurezza nazionale, in quanto definire critiche alcune infrastrutture piuttosto che altre – arrivando, in alcuni casi, a mantenere confidenziale la lista che le comprende – permette ai singoli Stati di circoscrivere e gestire meglio la loro tutela[16].

Tuttavia, a causa del pericolo sempre maggiore di minacce idonee a determinare impatti transfrontalieri, si è rivelata, come impellente, la necessità di un coordinamento tra gli Stati volto a individuare, prevenire e contrastare, in maniera congiunta, le stesse[17].

[16] P. TESSARI, K. MUTI, *Strategic or Critical Infrastructures, a way to interfere in Europe: state of play and recommendations*, in European Parliament Policy Department for External Relations and Directorate General for External Policies of the Union, 2021, pp. 4-5.

[17] Comunicazione della Commissione, del 12 dicembre 2006, relativa a un programma europeo per la protezione delle infrastrutture critiche, Bruxelles, COM (2006) 786 definitivo, p. 9. Più di recente, raccomandazione (UE) 2017/1584 della Commissione, del 13 settembre 2017, relativa alla risposta coordinata agli incidenti e alle crisi di cybersicurezza su vasta scala. Riferimenti a sistemi di allarme rapidi che permettono una risposta coordinata da parte degli Stati membri possono essere individuati anche in tempi recenti*, ex multis*, per il settore digitale nel *Cyber Solidarity Act* e per le tecnologie critiche – tra cui l'IA – nell'*Economic Security Strategy*. In tal senso comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Settima relazione sui progressi compiuti nell'attuazione della strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza, Bruxelles, 15 maggio 2024, COM (2024) 198 definitivo, pp. 4-5. Infine, va ricordato che nel 2004, al programma europeo per la protezione delle infrastrutture critiche (EPCIP) e alla rete informativa di allarme sulle infrastrutture critiche (CIWIN) si è aggiunta la costituzione dell'Agenzia Europea per la Cybersicurezza (ENISA) che ha lo scopo di prevenire, contrastare e rispondere a problemi di sicurezza della rete e dell'informazione, e di suggerire, agli Stati membri, soluzioni. Si veda, al riguardo, regolamento CE 460/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2004, che istituisce l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione e Libro Verde, del 17 novembre 2005, relativo a un

Quanto al profilo normativo, nel diritto dell'Unione europea, la direttiva 2008/114/CE[18], pur essendo rivolta alla sola tutela delle infrastrutture critiche attinenti ai settori dell'energia e dei trasporti e applicabile esclusivamente alle infrastrutture condivise da almeno due Stati membri[19], ha avuto il merito di individuare una prima, espressa e unitaria definizione di infrastruttura critica[20] che si è ulteriormente evoluta[21] con la successiva direttiva (UE) 2022/2557[22].

Quest'ultima, che ha abrogato la precedente, ha ricompreso

Programma europeo per la protezione delle infrastrutture critiche, Bruxelles, COM (2005) 576 definitivo. Più in generale la cooperazione intracomunitaria per il contrasto alle minacce provenienti dall'esterno e la tutela delle infrastrutture critiche è stata una costante in numerose iniziative UE. Il concetto di cooperazione tra gli Stati e a livello pubblico-privato è infatti affrontato nell'*EU Cybersecurity Strategy* – strategia comune ai Paesi che condividono valori di democrazia, *rule of law* e tutela dei diritti umani e mira alla cooperazione per implementare un "*open cyberspace*"–, nel *Data Governance Act* che persegue, come si vedrà infra, i propri obiettivi tramite lo sviluppo del "data sharing" e nella nuova strategia denominata "*ProtectEU*", che prevede una cooperazione più intensa e una maggiore condivisione delle informazioni tra gli Stati Membri, sotto la supervisione dell'ENISA, nonché un rafforzamento del coordinamento nelle risposte tramite l'implementazione di un Programma UE per le infrastrutture critiche e un Programma UE per la cybersicurezza. In tal senso si veda Commissione europea, *EU Cybersecurity Strategy*, 1 luglio 2025, disponibile a www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/cybersecurity-strategy; Commissione europea, *European Data Governance Act*, 10 ottobre 2024, disponibile a www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-governance-act; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Settima relazione sui progressi compiuti nell'attuazione della strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza, Bruxelles, 15 maggio 2024, COM (2024) 198 definitivo.

[18] Direttiva 2008/114/CE del Consiglio, dell'8 dicembre 2008, relativa all'individuazione e alla designazione delle infrastrutture critiche europee e alla valutazione della necessità di migliorarne la protezione.

[19] Si veda in tal senso Commission Staff Working Document on the Review of the European Programme for Critical Infrastructure Protection (EPCIP), Bruxelles, 22 giugno 2012, SWD (2012) 190 definitivo.

[20] L'art. 2 della direttiva 2008/114/CE definiva le infrastrutture critiche come «un elemento, un sistema o una parte di questo, ubicato negli Stati membri, che è essenziale per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale dei cittadini e il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo in uno Stato membro a causa dell'impossibilità di mantenere tali funzioni».

[21] V. *supra* nota 6.

[22] Direttiva (UE) 2022/2557 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, relativa alla resilienza dei soggetti critici e che abroga la direttiva 2008/114/CE del Consiglio.

espressamente nella definizione di infrastruttura critica anche quelle digitali[23] e ha individuato nuovi modelli di cybersicurezza, idonei ad affrontare non solo gli attacchi "tradizionali", ma anche i rischi derivanti dalle minacce ibride[24].

L'Unione europea ha riconosciuto, inoltre, il potenziale strategico dell'IA[25] per la protezione delle infrastrutture critiche, prevalentemente ma non esclusivamente digitali[26], attraverso il monitoraggio, in tempo reale, dei rischi e la gestione predittiva degli stessi mediante l'analisi di dati utili a rilevare eventuali anomalie o vulnerabilità[27].

Di conseguenza, nell'aprile 2025, l'IA è stata riconosciuta come valido

[23] Considerando n. 5 della direttiva (UE) 2022/2557, specificato nell'Allegato della medesima direttiva.

[24] G. GONZÀLEZ FUSTER, L. JASMONTAITE, *Cybersecurity Regulation in the European Union: The Digital, the Critical and the Fundamental Rights*, in M. CHRISTEN, B. GORDIJN, M. LOI (eds.), *The Ethics of Cybersecurity, The International Library of Ethics, Law and Technology*, Cham, 2020, pp. 97-115, spec. pp. 98, 100, 103 e 113.

[25] All'inizio del nuovo millennio, tra Francia, Germania, Italia, Regno Unito, Spagna e Svezia è stato siglato il "*Framework Agreement concerning measures to facilitate the restructuring and operation of the European defence industry*", del 27 luglio 2000 (che ha poi portato all' *Implementing Arrangement on Security of Supply pursuant to the Framework Agreement* del 18 dicembre 2003), nel quale, per la prima volta, sono state indicate le attività strategiche "chiave", intese come limitate aree di capacità tecnologiche necessarie per la sicurezza e, dunque, come «attività funzionali al mantenimento o al ripristino di specifiche tecnologie nazionali considerate vitali o essenziali per la sicurezza nazionale e che pertanto risultano essere necessarie a esigenze operative essenziali e a specifici impegni nazionali». A seguito dello sviluppo delle nuove tecnologie, le aree sono state ampliate e si è posta particolare attenzione alle infrastrutture per l'energia, i trasporti, le telecomunicazioni, in quanto necessarie ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali e di rilevanza strategica per l'interesse e la difesa nazionale. Ancora, nel 2017, nella definizione sono stati ricompresi anche i settori ad alta intensità tecnologica e, nell'anno 2019, quelli attinenti all'IA. In tal senso Segretariato Generale degli Armamenti, Direzione Generale degli Armamenti, *Direttiva interna sugli offset*, 2 luglio 2012; F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *SIE*, 2014, pp. 57-80, p. 69; L. BELVISO, *Golden Power - profili di diritto amministrativo*, Torino, 2023, p. 119.

[26] Libro Bianco, del 19 febbraio 2020, sull'Intelligenza Artificiale – un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, Bruxelles, COM (2020) 65 definitivo.

[27] Si veda al riguardo comunicazione della Commissione europea, del 16 dicembre 2020, congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio – Le strategie dell'UE in materia di cybersicurezza per il decennio digitale, Bruxelles, JOIN/2020) 18 definitivo; Commissione europea: Piano Coordinato sull'intelligenza artificiale 2021, Bruxelles, 21 aprile 2021, COM (2021) 205 definitivo.

strumento di sviluppo e protezione delle infrastrutture critiche nei settori inerenti all'assistenza sanitaria, all'istruzione, all'industria e alla sostenibilità ambientale[28].

La stretta sinergia tra Intelligenza Artificiale e infrastrutture digitali deriva dalla circostanza che la prima per poter funzionare necessita delle seconde e che, oggi, la maggior parte dei dati che viaggiano attraverso le infrastrutture digitali vengono elaborati e interpretati dall'IA[29], situazione che, se da un lato aumenta il rischio di cyberattacchi, e incrementa la complessità e l'efficacia di questi ultimi[30], dall'altro consente l'uso dell'IA anche per incrementare la sicurezza nazionale nel settore delle infrastrutture[31].

Di qui il riconoscimento dell'IA come "tecnologia critica", utile per la sicurezza dell'Unione europea e di ciascuno Stato membro e la considerazione che le minacce ibride rivolte alle infrastrutture critiche digitali possano ripercuotersi anche sulle tecnologie critiche[32].

[28] Piano d'azione per il continente dell'IA, aprile 2025, disponibile a www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/factpages/ai-continent-action-plan.

[29] M. BRKAN, M. CLAES, C. RAUCHEGGER, *European Fundamental Rights and Digitalization,* in. *MJECL*, n. 6, 2020, p. 697.

[30] Esempi in tal senso possono essere ad esempio l'uso dell'IA per hackerare veicoli a guida autonoma – per esempio droni – al fine di condurre attacchi materiali contro infrastrutture critiche fisiche quali ad esempio centrali elettriche, oppure l'utilizzo dell'IA per individuare nuove vulnerabilità o incrementare esponenzialmente il danno causato dall'azione di una singola persona. E. VIGANÒ, M. LOI, E. YANGHMAEI, *Cybersecurity of Critical Infrastructures*, in M. CHRISTEN, B. GORDIJN, M. LOI (eds.), *op. cit.*, pp. 157-177, pp. 166-169.

[31] L'utilizzo benevolo dell'Intelligenza Artificiale, alla luce della natura spesso transfrontaliera delle infrastrutture critiche digitali, ha indotto i governi degli Stati a incrementare la cooperazione e lo scambio di informazioni[31] e, al contempo, a implementare la sicurezza e la resilienza di tali tecnologie con investimenti considerati, a tutti gli effetti, essenziali per la sicurezza nazionale.

In tal senso, il libro bianco del 2020 della Commissione Europea sottolinea come, anche da un punto di vista economico, la cooperazione in materia di IA necessiti di attori internazionali, pubblici e privati, che condividano con l'UE i valori democratici e l'attenzione per la tutela dei diritti fondamentali, prospettando, contestualmente, i rischi derivanti da rapporti economici con attori che non si allineano ai valori europei. In tal senso Libro bianco sull'Intelligenza artificiale – un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, Bruxelles, 19 febbraio 2020, COM (2020) 65 definitivo; P. MEYER, *Norms of Responsible State Behaviour in Cyberspace*, in M. CHRISTEN, B. GORDIJN, M. LOI (eds.), *op. cit.*, pp. 347-360 e E. VIGANÒ, M. LOI, E. YANGHMAEI, *op. cit*., p. 170.

[32] La definizione di "tecnologia critica" è stata espressamente attribuita all'intelligenza artificiale, come si vedrà infra, nell'art. 4 par. 1 lett. b) del regolamento (UE) 2019/452. Tuttavia, il riconoscimento dell'importanza dell'Intelligenza artificiale per la tutela di settori critici

3. *Gli investimenti esteri diretti e il rischio di ingerenze economiche e politiche da parte di Stati terzi*

Tra le possibili minacce ibride nel settore delle infrastrutture e delle tecnologie critiche, meritano particolare attenzione, in vista del potenziale lesivo per la sicurezza nazionale degli Stati *target* e per la difficoltà di inquadramento, gli "investimenti esteri diretti"[33] (IDE) di un Paese nel territorio di un altro, idonei a determinare indebite ingerenze di tipo politico e/o economico del primo nei confronti del secondo[34], anche attraverso aziende private[35].

connessi a tecnologie emergenti è stato più volte evidenziato anche in altre occasioni. *Ex multis* si ricordano il parere della Commissione per gli Affari Esteri, del 9 marzo 2023, destinato alla Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia "Tecnologie critiche per la sicurezza e la difesa: situazione attuale e sfide future", (2022/2079(INI)) e la raccomandazione della Commissione, del 3 ottobre 2023, sui settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'UE per un'ulteriore valutazione dei rischi con gli Stati Membri, C(2023) 6689 definitiva, che riconosce una lista di dieci tecnologie critiche, inserendo l'intelligenza artificiale tra le quattro più importanti per la difesa e la sicurezza dell'Unione Europea, in quanto altamente suscettibile di presentare i rischi più sensibili e immediati legati alla sicurezza e alla fuga di segreti industriali.

[33] La definizione di investimento estero diretto è contenuta nell'art. 2 del regolamento (UE) 2019/452, secondo cui con tale definizione si intende «un investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica». Si è cercato, a livello UE, sia di definire un *framework* comune per l'individuazione e la gestione degli investimenti esteri diretti – che ha portato all'identificazione di criteri certi e formali, grazie ai quali un investimento estero può dirsi diretto se effettuato non solo da imprese estere, ma anche da imprese di altri Stati membri, controllate da Paesi terzi

Si parla, al riguardo, di "rapporto di filiazione" e la proposta di regolamento (COM(2024) 23 definitivo) citata richiama la definizione data dall'art. 22, par. 1, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio e abrogazione delle direttive 78/660/CEE del Consiglio, basata su criteri quali la maggioranza dei diritti di voto, l'influenza dominante, la partecipazione in qualità di socio o azionista o la nomina della maggioranza degli organi di governance. Sulla questione si è espressa nello stesso senso anche la Corte giust. 13 luglio 2023, C-106/22, *Xella Magyarország épìtòanyagipari kft./Innovàciòs és technològiai Miniszter*.

[34] Risoluzione del Parlamento europeo, del 9 marzo 2022, sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici dell'Unione europea, inclusa la disinformazione, Strasburgo, 9 marzo 2022, 2020/2268(INI), parr. BA, BB, 73, 78, 79, 80, 94.

[35] La necessità di un rapido sviluppo di queste tecnologie, dovuto anche alla

Si tratta dell'unica minaccia ibrida che non considera le infrastrutture critiche come *target*, bensì come potenziale strumento.

Esplicativa, al riguardo, è la circostanza che gli investimenti esteri diretti non danneggiano *ex se* le infrastrutture critiche, né ne influenzano negativamente l'utilizzo, ma rappresentano uno dei principali strumenti volti all'implementazione e allo sviluppo delle stesse.

Un esempio di ingerenza economica e geopolitica da parte di uno Stato, derivante dagli investimenti nelle infrastrutture critiche digitali, utile per comprendere l'evoluzione della posizione dell'Unione europea sul tema, si rinviene nella *Digital Silk Road* cinese, parte della più ampia strategia denominata *Belt and Road Initiative* (BRI), che consiste nel finanziare e nell'installare infrastrutture digitali di ultima generazione nei Paesi *target* da parte della Cina.

La BRI, annunciata per la prima volta nel 2012 come un progetto dalle implicazioni prevalentemente economiche, si è poi rivelata come strumento di influenza logistica, politica e culturale nei confronti dei Paesi aderenti[36], anche in settori solo marginalmente collegati alla stessa, attraverso linee guida, raccomandazioni e *soft law* – cd. *Informal International Law* – predisposte dalla Cina che, pur non vincolanti, devono essere rispettate dai Paesi che intendono mantenere la partecipazione all'iniziativa[37].

Il progetto della Cina di creare o modernizzare, con ingenti investimenti di denaro, infrastrutture, anche digitali, nei Paesi che la BRI attraversa per raggiungere i mercati occidentali, potrebbe generare il rischio di ingerenze

competizione con attori internazionali tecnologicamente più avanzati – quali Stati Uniti e Cina – determina il rischio di totale affidamento degli Stati a compagnie private straniere, con la conseguente concentrazione di potere nelle mani di privati, soggetti ad altre giurisdizioni, che può generare un'indiretta ingerenza di Paesi extra-europei, con perdita di sovranità e autonomia strategica, nonché rischi derivanti dal transito, attraverso queste infrastrutture critiche, di dati utili per la sicurezza nazionale. In tal senso J. P. DARNIS, *Space as a Key Element of Europe's Digital Sovereignity*, in *Ifri*, 2020, pp. 8, 15, 17, 19 e 20.

[36] L. VON HAUFF, *Towards a new quality of cooperation? The EU, China and Central Asian Security in a Multipolar Age*, in *Asia Eur. Journal*, vol. 17, 2018, pp. 195-210.

Si segnala, che attualmente i Paesi membri della BRI sono circa 150, di cui 17 facenti parte dell'Unione Europea. Per un elenco dettagliato si rinvia a Countries of the Belt and Road Initiative, disponibile a greenfdc.org.

[37] D. W. P. RUITER, R. A. WESSEL, *The legal nature of Informal International Law: A Legal Theoretical Exercise*, in *Informal International Law-Making Conference*, *NIAS*, 17-19 maggio 2021; J. PAUWELYN, *Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions*, in J. PAUWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2013.

indebite[38], soprattutto a causa dei valori e degli standard differenti da quelli dei Paesi destinatari, che, in questo modo, indirettamente li subiscono[39], nonché dei rischi per la sicurezza nazionale derivanti dalla possibilità, per lo Stato investitore, di incidere direttamente sul funzionamento delle infrastrutture o di utilizzare, in maniera poco trasparente[40], i dati raccolti dalle stesse[41].

[38] Sul punto ci permettiamo di rinviare a D. VAIRA, *Trillion Dollar Baby: l'importanza strategica dell'Afghanistan nel contesto degli strumenti giuridici della Belt and Road Initiative Cinese*, in *OIDU,* 2021.

[39] Un esempio è costituito dal *China Standards 2035 Industry Policy Plan,* orientato a favorire la creazione, da parte della Cina, di standard tecnologici, in materia di Intelligenza Artificiale, Internet of Things e infrastrutture 5G, da esportare in altri Paesi attraverso la *Belt and Road Initiative*. Sul punto J. E. GRAY, *The Geopolitics of Platforms: the TikTok challenge*, in *Internet Policy Review*, 11 May 2021, p. 18; P. TRIOLO, R. GREENE, *Will China control the global internet via its Digital Silk Road?*, in *Supchina* (website), 8 maggio 2020, disponibile a www.supchina.com/2020/05/08/will-china-control-the-global-internet-via-its digital-silk-road/amp/. L'imposizione al Paese target di valori e standard attraverso accordi commerciali, e le possibili ingerenze derivanti da questi ultimi, genera il rischio di incompatibilità con altri mercati che, in casi estremi, può sfociare nella formazione di blocchi contrapposti di Stati, definita "Guerra Fredda Digitale", intesa come situazione di instabilità tra i Paesi (specialmente tra i contrapposti blocchi di Stati Uniti e Cina). S. SHACKEFORD, A. CRAIG, *Beyond the New 'Digital Divide': Analyzing the Evolving Role of National Governments in Internet Governance and Enhancing Cybersecurity*, in *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 119-184, spec. p. 125.

[40] L'art. 7 della China Intelligence Law, ad esempio, non solo obbliga i privati e le aziende a cooperare, previa richiesta, con il governo cinese e a fornire anche il supporto materiale per la trasmissione dei dati, ma impone anche il silenzio in merito all'esistenza di questi rapporti. Sul punto M. ROGERS, D. RUPPERSBERGER: *Investigative Report on the U.S. National Security issues posed by Chinese Communications Companies Huawei and ZTE*, US House of Representatives, 8 ottobre 2012. Disponibile al sito www.intelligence.house.gov/sites/intelligence.house.gov/files/documents/huawei-zte%20investigative%20report%20(final).pdf.

[41] Un esempio in tal senso, che ha avuto una risonanza globale, è stato costituito dal caso Huawei, accusata dell'acquisizione surrettizia per conto del governo cinese di dati tramite installazione di backdoors nelle infrastrutture, che ha portato ad una diversa risposta da parte degli Stati target, che in alcune occasioni hanno impedito all'azienda di poter operare in determinati territori, arrivando a limitarne gli investimenti nelle infrastrutture critiche digitali, non adottando però il medesimo trattamento per imprese domestiche che operavano nello stesso modo. Nello specifico, negli Stati Uniti si diffuse l'idea che l'azienda cinese, attraverso l'infrastruttura 5G, da essa stessa fornita e gestita, fosse in grado di acquisire surrettiziamente i dati personali degli utenti relativi non solo a informazioni sensibili ma anche ad abitudini, orientamenti politici, da cui derivava la rischiosa compromissione della sicurezza nazionale. Tale idea, rafforzata dalla convinzione che il governo cinese stesse adottando meccanismi di cooperazione con le proprie aziende diretti a creare un database utile a conoscere le abitudini

Di qui il cambio di atteggiamento assunto nei confronti dell'iniziativa dall'Unione europea[42], i cui Stati membri, dopo un iniziale interesse condiviso dai più, si sono divisi tra quanti hanno abbandonato il progetto o posto limiti allo stesso – anche a causa della convergenza di vedute politiche tra Cina e Russia[43] – e quanti, invece, continuano ad aderirvi[44], rimanendo

dei cittadini americani, in modo da rafforzare e facilitare le attività di intelligence e sorveglianza, venne condivisa da altri Paesi, quali l'Australia e il Canada e, in Europa, la Francia, la Germania, la Polonia e la Repubblica Ceca. Si ritenne pertanto esservi il rischio che tutte le tecnologie che sfruttavano le reti 5G di Huawei per trasmettere i propri dati potessero generare una falla nella sicurezza in relazione a un numero indefinito di prodotti e servizi. L'azienda Huawei fu considerata un potenziale "cavallo di Troia", attraverso il quale il governo cinese avrebbe voluto e potuto inserirsi nelle infrastrutture digitali operanti non solo negli Stati Uniti, ma anche in altri Paesi per condurre attività di spionaggio con modalità difficilmente individuabili. Per approfondimenti si vedano: R. D. WILLIAMS, *Beyond Huawei and TikTok: Untangling U.S. Concerns over Chinese tech Companies and Digital Security,* Working Paper for the Penn Project on the Future of U.S. China Relations, 2021, pp. 8 e 9, disponibile al sito www.brookings.edu/articles/beyond-huawei-and-tiktok-untangling-us-concerns-over-chinese-tech-companies-and-digital-security/; E. WILKING HÄGER, C. DACKÖ, *Cybersecurity Law Overview*, Stockholm, aprile 2017, pp. 3 e 7; K. KASKA, H. BECKVARD, T. MINÀRIK, *Huawei, 5G and China as a Security Threat*, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallin, 2019, p. 8; M. SHOEBRIDGE, *Chinese Cyber Espionage and the National Security Risks Huawei Poses to 5g Network*, in *Macdonald-Lauriel Institute Publication*, novembre 2018, p. 2; M. ROGERS, D. RUPPERSBERGER, *Investigative Report on the U.S. National Security issues posed by Chinese Communications Companies Huawei and ZTE*, US House of Representatives, 8 October 2012 disponibile al sito www.intelligence.house.gov/sites/intelligence.house.gov/files/documents/huawei-zte%20investigative%20report%20(final).pdf.

[42] G. MOHAN, *Europe's Response to the Belt and Road Initiative*, in *The German Marshall Fund of the United States*, n. 14, 2018, pp. 1-6, spec. p. 2.

[43] L'idea di una "*partnership with no limits*" avanzata nel 2022 dalla Cina pochi giorni prima dell'invasione russa dell'Ucraina ha poi trovato, nei successivi anni, diverse conferme. Si veda in tal senso *Moscow-Beijing partnership has 'no limits'*, in *Reuters*, 4 febbraio 2022 e *China's Xi affirms 'no limits' partnership with Putin in call on Ukraine war anniversary*, in *Reuters*, 24 February 2025.

[44] I Paesi dell'Unione Europea che si sono dimostrati scettici verso la BRI sono prevalentemente quelli collocati ad occidente – tra cui l'Italia, che nel 2023 ha abbandonato il progetto – e a nord del continente, nonostante anche alcuni Paesi centro-orientali come la Repubblica Ceca, la Slovacchia, l'Estonia, la Lettonia e la Lituania abbiano abbandonato il progetto. I Paesi che invece sono favorevoli alla BRI risultano prevalentemente collocati nella zona balcanica, tra cui si segnala la Croazia, che ha ricevuto numerosi investimenti in infrastrutture critiche dalla Cina negli ultimi anni. Sul punto N. CASARINI, *The future of the Belt and Road in Europe: How China's Connectivity Project is Being Reconfigured across the Continent – and what it means for the Euro-Atlantic Alliance*, in *IAI Papers*, February 2024, pp. 1-22, spec. pp. 10 e 11.

destinatari degli investimenti nel settore delle infrastrutture critiche, nonostante il rischio di un controllo dei *critical asset* da parte della Cina[45], e dunque di infiltrazioni strategiche e ingerenze, nocive per la coesione interna e per la sicurezza dell'UE, strettamente legata a quella dei singoli Stati che ne fanno parte[46].

La necessità di bilanciare la tutela della sicurezza nazionale con la libera circolazione dei capitali[47], ha indotto l'Unione europea a promuovere un controllo armonizzato degli investimenti esteri diretti, adottando il regolamento (UE) 2019/452.

4. *I meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti alla luce del regolamento (UE) 2019/452*

La difficoltà di individuare una disciplina unitaria in materia di restrizioni agli investimenti esteri diretti, deriva principalmente dalla riluttanza con la quale gli Stati cedono le prerogative in settori rilevanti per la sicurezza nazionale, quale quello delle infrastrutture critiche.

A livello europeo, infatti, se da un lato l'art. 63 TFUE vieta le restrizioni al libero movimento di capitali tra gli Stati membri e tra questi ultimi e i

[45] J. KOCIUBINSKI, *The Eu Framework for the Screening of Foreign Direct Investment as a Response to the Belt and Road Initiative in the Post-COVID Era*, in *Studies in European Affairs*, vol. 3, 2023, pp. 87-104, spec. pp. 87-89.

[46] L'Unione europea pur non essendo titolare di un proprio ordine pubblico – distinto da quello degli Stati membri – o di una sicurezza sovranazionale, negli ultimi anni ha sollecitato le Istituzioni a considerare la possibilità di uniformare o, quantomeno, armonizzare il concetto di sicurezza, al fine di garantire una risposta unitaria da parte degli Stati Membri, stimolando le stesse ad attenzionare le tecnologie critiche anche a livello unionale. La proposta, avanzata dalla Commissione, di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 gennaio 2024 (COM(2024) 23 definitivo) cita più volte il concetto di ordine pubblico e sicurezza con riferimento all'Unione europea, dimostrando la volontà di indirizzarsi in tale direzione e prevedendo, all'art. 13, che gli investimenti esteri incidenti su infrastrutture critiche o tecnologie critiche debbano essere sottoposti a controlli ulteriori in quanto potenzialmente incisivi sull'ordine pubblico e la sicurezza. Diversamente, nell'ambito del Consiglio d'Europa, un concetto di ordine pubblico delle democrazie esiste sin dagli anni '60, ed è finalizzato a salvaguardare l'eredità comune degli Stati sottoscrittori della CEDU in materia di tradizioni politiche, ideali, libertà e rule of law. In tal senso Commissione EDU, 11 gennaio 1961, ric. n. 788/60, *Austria/Italia*, p. 18.

[47] *Ibidem*, pp. 93-95.

Paesi terzi, dall'altro l'art. 4 TUE attribuisce espressamente competenza esclusiva agli Stati in materia di sicurezza nazionale.

Ciò – in uno con la circostanza che le scelte attinenti alla sicurezza nazionale spesso sono influenzate da motivi politici o interessi propri del singolo Stato, nonché caratterizzate da una confidenzialità delle informazioni che rende complesso alle controparti opporsi[48] – ha determinato, in tempi recenti, lo sviluppo diversificato non solo del concetto di sicurezza nazionale, ma anche dell'importanza da attribuire agli investimenti stranieri e ai diversi meccanismi di *screening* degli stessi[49].

Ne è derivata, quindi, la tendenza ad attribuire allo Stato ospitante un ampio controllo sugli investimenti esteri diretti[50], tendenza che, nel corso degli anni, ha consentito lo sviluppo di normative nazionali tra loro eterogenee[51], che tali sono rimaste anche dopo l'interesse rivolto dall'Unione europea al settore delle infrastrutture critiche e delle tecnologie critiche.

Si assiste, pertanto, al permanere di una prerogativa degli Stati sul controllo degli investimenti esteri diretti sul proprio territorio, sino al punto da poterli inibire in tutto o in parte, così da mantenere il monopolio sui settori sensibili o, comunque, il controllo sui meccanismi per individuare gli stessi[52].

Nonostante lo stretto collegamento tra la libera circolazione dei capitali e gli investimenti esteri diretti, in passato si è registrata una dicotomia tra le competenze attribuite all'Unione europea e quelle attribuite agli Stati membri, solo parzialmente colmata.

Negli anni '70, la Corte di giustizia delle Comunità europee (attualmente Corte di giustizia dell'Unione europea), aveva esteso, in via interpretativa, la competenza delle Istituzioni europee in materia di politica commerciale anche ai rapporti con Stati terzi[53].

[48] Z. VIG, *The Regulation of Screening of Foreign Direct Investments in the European Union*, in *Pro Futuro: A Jovo Nemzedekek Joga*, n. 4, 2020, pp. 9-24, p. 17.

[49] A. G. DESSIE, *op. cit*., pp. 23, 44.

[50] *Ibidem*, p. 26.

[51] Una comparazione tra le normative nazionali, ad esempio, in materia di *screening* degli investimenti è stata fatta da Z. VIG, *op. cit.*, pp. 13-16.

[52] UNCTAD, *World Investment Report 2016: Investor-Nationality Policy Challenges*, 2016, pp. 97 ss. Il report è disponibile al sito www.unctad.org/system/files/official-document/wir2016_en.pdf.

[53] Corte giust. 31 marzo 1971, 22/70, *Commissione/Consiglio*. Successivamente, nello stesso senso, 5 novembre 2002, C-467/98, C-468/98, C-472/98, C-475/98 e C-476/98, *Commissione/ Danimarca, Svezia, Belgio, Lussemburgo, Austria e Germania*.

Successivamente, il Trattato di Maastricht – che ha incluso la materia degli investimenti nella politica commerciale[54] – e l'adesione all'Organizzazione Mondiale del Commercio hanno ampliato la competenza dell'Unione europea in materia di investimenti esteri diretti, lasciando tuttavia agli Stati membri prerogative in merito all'apertura dei flussi di investimenti nei confini nazionali, alla luce delle esigenze di sicurezza di ciascuno[55].

A seguito dell'aumento degli investimenti esteri diretti, da parte della Cina e della Russia, negli Stati membri[56], si è osservata un'accelerazione della politica europea di controllo, culminata con l'adozione del regolamento (UE) 2019/452, finalizzato: alla procedimentalizzazione di meccanismi di controllo per gli investimenti esteri, a garanzia di una maggiore trasparenza non solo per gli Stati membri, ma anche per gli Stati terzi che intendono operare nell'Unione europea; all'individuazione di criteri oggettivi utili a rintracciare le operazioni degli investitori esteri che devono essere interdette o escluse dagli Stati membri; alla definizione di meccanismi di cooperazione tra le Istituzioni e gli Stati membri e tra questi ultimi; all'istituzionalizzazione

[54] Ad oggi, gli investimenti esteri diretti rientrano a pieno titolo nella politica commerciale comune, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. 3) TFUE. Questa previsione è espressamente richiamata anche dal considerando n. 6 del regolamento (UE) 2019/452.

[55] L'Unione europea pur non essendo titolare di un proprio ordine pubblico – distinto da quello degli Stati membri – o di una sicurezza sovranazionale, negli ultimi anni ha sollecitato le istituzioni a considerare la possibilità di uniformare o, quantomeno, armonizzare il concetto di sicurezza, al fine di garantire una risposta unitaria da parte degli Stati membri, stimolando le stesse ad attenzionare le tecnologie critiche anche a livello unionale. La proposta, avanzata dalla Commissione, di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 gennaio 2024 (COM(2024) 23 definitivo) cita più volte il concetto di ordine pubblico e sicurezza con riferimento all'Unione europea, dimostrando la volontà di indirizzarsi in tale direzione e prevedendo, all'art. 13, che gli investimenti esteri incidenti su infrastrutture critiche o tecnologie critiche debbano essere sottoposti a controlli ulteriori in quanto potenzialmente incisivi sull'ordine pubblico e la sicurezza. Diversamente, nell'ambito del Consiglio d'Europa, un concetto di ordine pubblico delle democrazie esiste sin dagli anni '60, ed è finalizzato a salvaguardare l'eredità comune degli Stati sottoscrittori della CEDU in materia di tradizioni politiche, ideali, libertà e rule of law. In tal senso Commissione EDU, 11 gennaio 1961, ric. n. 788/60, *Australia/Italia*, p. 18.

[56] Secondo il Comitato economico e sociale europeo, nel parere – proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea, COM (2017) 487 definitivo – 2017/0224, gli investimenti cinesi nei territori europei sono aumentati di circa dieci volte rispetto al 2009, mentre gli investimenti europei in Cina sono diminuiti del 25%.

di un sistema di controllo attraverso l'armonizzazione dei controlli in corso; alla progettazione di programmi di interesse per l'Unione europea[57].

Il regolamento individua una lista meramente esemplificativa[58] di settori sensibili, rilevanti sotto un profilo strategico per la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico[59], tra cui le infrastrutture critiche, anche digitali, e le tecnologie critiche, quali l'Intelligenza Artificiale, allo scopo di armonizzare i diversi meccanismi di *screening* già esistenti a livello nazionale e di mediare tra il rischio di erosione della sovranità nazionale in materia di sicurezza, attribuita alla competenza esclusiva degli Stati ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, e quello di un'incontrollata applicazione, in aperto contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali che l'UE promuove[60], di misure surrettiziamente economiche e protezionistiche da parte dei Paesi[61].

A tal fine, la Commissione, ribadito agli Stati membri l'invito a predisporre meccanismi nazionali di controllo degli investimenti esteri diretti, si è impegnata a promuovere l'armonizzazione dei processi legislativi nazionali sul tema[62].

Dalla lettura del regolamento risulta, per un verso, che – analogamente a quanto previsto dall'art. 4, par. 2, TUE, che attribuisce discrezionalità nell'individuare gli interessi essenziali di sicurezza[63] da tutelare in virtù dell'art. 346 TFUE – la decisione sul *se* e *in che misura* controllare un investimento estero diretto rimane nell'esclusiva competenza degli Stati membri[64]; per altro verso che, qualora gli Stati decidano di adottare meccanismi

[57] Considerando n. 7 del regolamento (UE) 2019/452.

[58] La non tassatività della lista ha permesso ai legislatori nazionali di estendere in taluni casi il perimetro applicativo del regolamento. Sul punto D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 194-212.

[59] Considerando n. 19 e art. 4 del regolamento (UE) 2019/452.

[60] *Ivi*, considerando n. 2.

[61] F. MARCONI, *Regolamento (UE) 2019/452 e meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti: il vaglio europeo sul caso ungherese*, in *FSJ*, n. 1, 2023, pp. 181-205, pp. 192-193.

[62] Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Prima relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione*, COM (2021) 714 definitiva e *Seconda relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione*, SWD (2022) 219 definitivo.

[63] A tal proposito occorre evidenziare che, pur se il considerando n. 13 del regolamento attribuisce sia agli Stati membri che alla Commissione la facoltà di analizzare i fattori pertinenti e le circostanze per valutare se un investimento estero diretto possa o meno incidere sulla sicurezza o l'ordine pubblico, il successivo considerando n. 17 ribadisce la competenza esclusiva degli Stati nella decisione in merito alle misure da applicare.

[64] Questa previsione emerge dalla lettura congiunta dell'art. 1, par. 3 e dell'ultima parte del considerando n. 8 del regolamento (UE) 2019/452.

volti a limitare gli investimenti esteri diretti, dovranno rispettare gli obblighi di trasparenza, orientati a garantire un trattamento non discriminatorio verso gli investitori[65] e quelli di dotarsi di meccanismi di *enforcement,* e garantire, ai destinatari delle misure restrittive, la possibilità di impugnare le stesse là dove considerate sproporzionate o ingiustificate[66].

Il regolamento (UE) 2019/452, riconosciuta la competenza esclusiva degli Stati membri sul controllo degli investimenti, si concentra prevalentemente su aspetti di natura procedurale[67], incrementando la cooperazione tra gli Stati e le Istituzioni europee, attraverso i meccanismi previsti dagli articoli 6, 7, 8 e 9, relativi, rispettivamente, agli investimenti oggetto di un controllo già in corso, a quelli per i quali il procedimento di controllo non è ancora stato avviato[68], a quelli idonei ad incidere su progetti o programmi di particolare interesse per l'Unione[69], ai contenuti e alle modalità relativi agli obblighi di informazione.

Le norme citate stabiliscono, in primo luogo, l'obbligo di notifica verso la Commissione e gli altri Stati membri da parte dello Stato destinatario dell'IDE[70], notifica che deve contenere tutte le informazioni utili per consentire ai destinatari di valutare l'impatto dell'investimento estero diretto e di formulare osservazioni – nel caso di Stati membri – o emettere un parere – nel caso della Commissione –[71], indirizzato allo Stato destinatario dell'investimento e titolare del controllo[72], che deve essere tenuto da questo in "debita considerazione"[73].

[65] Considerando nn. 7 e 8 e art. 3, par. 2, del regolamento (UE) 2019/452.

[66] *Ivi*, art. 3, par. 5.

[67] *Ivi*, art. 1.

[68] *Ivi*, considerando n. 16.

[69] *Ivi*, considerando n. 19.

[70] Tale notifica può riguardare sia gli investimenti oggetto di un controllo in corso da parte di uno Stato nel proprio territorio, che gli investimenti diretti in un altro Stato e non ancora oggetto di controllo, che lo Stato membro ritiene possano incidere sulla sicurezza o ordine pubblico nel proprio territorio. Artt. 6, par. 1 e 7, par. 1, del regolamento (UE) 2019/452.

[71] Il contenuto delle informazioni oggetto di notifica è indicato dall'art. 8, par. 2 e riguarda gli assetti proprietari degli investitori esteri, il valore approssimativo dell'investimento, i prodotti, servizi o attività cui l'investimento è diretto e la fonte del finanziamento.

[72] Il parere espresso dalla Commissione sul meccanismo di controllo applicato dallo Stato rispecchia il controllo previsto dall'art. 348 TFUE da parte della Commissione, in quanto custode dei Trattati, in merito alle condizioni alle quali le eccezioni di sicurezza nazionale vengono apposte, così da evitare un'applicazione surrettiziamente economica delle stesse, finalizzata ad alterare la concorrenza nel mercato interno a vantaggio delle imprese domestiche, in violazione degli obblighi imposti dall'OMC, che l'Unione europea e gli Stati membri sono tenuti a rispettare.

[73] Considerando n. 17 del regolamento (UE) 2019/452.

Diversamente, nell'ipotesi di investimento idoneo a incidere su programmi o progetti di interesse per l'Unione, il parere deve essere tenuto nella "massima considerazione"[74], così attribuendo, di fatto, alla Commissione il ruolo di co-decisore in merito alla restrizione dell'investimento estero, risultando arduo per lo Stato motivare l'adozione di un provvedimento divergente da quanto suggerito dalla Commissione[75].

Cosa potrebbe accadere nel caso in cui lo Stato *target* disattenda, senza adeguate motivazioni, i pareri della Commissione?

Ad avviso della dottrina[76], nel caso in cui il parere della Commissione sia disatteso, l'unica forma di tutela – neanche considerata particolarmente efficace nel caso di specie – che l'istituzione può esercitare è rappresentata dalla procedura di infrazione, di cui agli artt. 258 e 259 TFUE[77], in quanto alla Commissione, a differenza dei singoli Stati, non è attribuito il potere di *enforcement* relativamente agli investimenti esteri diretti[78].

In conclusione, l'analisi del regolamento evidenzia che l'Unione europea, la cui normativa è volta all'armonizzazione dei controlli, si sta orientando verso l'uniformazione della disciplina, nel tentativo di recuperare terreno in un settore tradizionalmente presidiato dagli Stati membri, focalizzando tuttavia l'attenzione su aspetti meramente procedurali, senza sconfinare in quelli di natura sostanziale, nonostante la possibilità di attingere dalla disciplina dettata da legislazioni nazionali in materia[79].

[74] *Ivi*, considerando n. 19.

[75] A. SANDULLI, *La febbre del Golden Power*, in *RTDP*, 2022, p. 764.

[76] Sul punto G. D'AGNONE, *Il regolamento 2019/452 che istituisce un quadro per lo screening degli investimenti esteri diretti: uno strumento in evoluzione*, in questa *Rivista*, 24 ottobre 2024, p. 15; D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *Atti Convegni AISDUE*, 2022, p. 202; T. VERELLEN, *When Integration by Stealth Meets Public Security: the EU foreign Direct Investment Screening Regulation*, in *LIEI*, vol. 48, n. 1, 2021, pp. 19-42, spec. p. 36.

[77] Procedure di infrazione si sono avute verso gli Stati già relativamente al precedente strumento delle *Golden Shares*. *Ex multis* v. Corte giust. 23 maggio 2000, C-58/99, *Commissione/Italia*; 26 marzo 2009, C-326/07, *Commissione/Italia*. Per un approfondimento sul punto si vedano C. SAN MAURO, *La disciplina delle "Golden Shares" dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Concorrenza e mercato*, n. 2, 2010, pp. 409-432; M. SALERNO, *Sulle golden shares l'Italia è costretta ad un nuovo passo indietro: troppa discrezionalità nell'esercizio dei poteri speciali*, in *DPCE*, 2009, p. 1358 ss.; I. DE MAURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, in *GCOM*, n. 4, 2009, pp. 640 ss.

[78] G. D'AGNONE, *op. cit*., pp. 21-22.

[79] *Ex multis*, un esempio è dato dallo strumento dei *Golden Powers* previsti nell'ordinamento italiano. Meccanismi di controllo degli investimenti sono comunque presenti, seppur

5. *L'eccezione di sicurezza nazionale e la sua giustiziabilità*

Accanto ai meccanismi di controllo, di cui al regolamento (UE) 2019/452, che gli Stati utilizzano per valutare l'impatto di un investimento estero diretto sulle infrastrutture critiche, un altro efficace strumento di tutela è rappresentato dall'eccezione di sicurezza nazionale, che consente allo Stato che la invoca di porre limiti alla liberalizzazione degli scambi per salvaguardare interessi ritenuti essenziali per la sicurezza nazionale[80].

Inserita in numerosi accordi internazionali, sia multilaterali[81] che bilaterali[82], e recepita, a livello europeo, dai citati articoli 346 e 347 TFUE,

con alcune differenze, in quasi tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Per un approfondimento al riguardo si veda Senato della Repubblica – Ufficio Valutazione Impatto, Poteri Speciali – Dalla *Golden Share* al *Golden Power*: in che modo i governi (tra cui il nostro) controllano le imprese nazionali strategiche, luglio 2023, disponibile a www.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/documento/files/000/112/523/DA28_Focus_Golden_power.pdf. Sul punto si veda anche G. SCARCHILLO, *Golden Powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *DCI*, n. 2, 2020, pp. 569-601, p. 600.

[80] P. DELIMATSIS, T. COTTIER in R. WOLFRUM, P.T. STOLL (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, vol. 6, Leiden-Boston, 2008, pp. 329-348.

[81] Il regolamento (UE) 2019/452, ribadendo all'art. 1 par. 2 la competenza esclusiva degli Stati in materia di sicurezza nazionale, nel considerando n. 35 richiama espressamente l'art. XIV lett. a) e l'art. XIV-*bis* del GATS, così prevedendo per gli Stati la possibilità di limitare gli investimenti esteri nel caso in cui ritengano che questi possano ledere la propria sicurezza nazionale, nel rispetto, tuttavia, di un bilanciamento con l'esigenza di libera circolazione di beni, servizi e capitali nel mercato interno volto a scongiurare l'ipotesi di protezionismo dissimulato.

Per un approfondimento in merito all'eccezione di sicurezza nazionale contenuta negli accordi multilaterali citati si veda R. P. ALFORD, *The Self-Judging WTO Security Exception*, in *Utah Law Rev.*, n. 687, 2011, pp. 697-759.

[82] Sul punto, un recente studio dell'UNCTAD ha dimostrato un aumento della presenza della clausola di eccezione relativa alla sicurezza nazionale negli accordi bilaterali, sul modello delle clausole inserite nel GATT e nel GATS. Nello specifico, l'eccezione di sicurezza nazionale è stata richiamata da numerosissimi "Model BITs", utilizzabili dai Paesi che li predispongono come modello orientativo per tutti gli accordi di investimento stipulati con Paesi terzi. *Ex multis*, l'eccezione è presente nei seguenti modelli: Art. 16 Italy Model BITs 2024 e 2022, nell'eccezione di sicurezza nazionale dell'EU Model BIT 2023, nell'Art. 13 del Bulgaria Model BIT 2023, nell'art. 22 del Canada Model BIT 2021, nell'art.14 dello Slovakia Model BIT 2019, nell'art.13 del Czech Republic Model BIT 2016, nell'art. 61 del Russian Federation Model BIT 2016, nell'art. 5 del Azerbaijan Model BIT 2016, nell'art. 33 dell'India Model BIT 2015 e nell'art.12 della sua precedente versione 2003, nell'art. 26 del Norway Model BIT 2015, nell'art.11 del Serbia Model BIT 2014, nell'art. 25.4 del SADC Model BIT 2012, nell'art. 18 dello United States Model BITs 2012 e 2004 e nell'art.14 delle versionic1998 e

l'eccezione, inizialmente sollevata in ambiti strettamente legati al settore militare e a quello della difesa dello Stato, è stata via via estesa ad altri settori commerciali sino ad arrivare al settore degli investimenti esteri diretti[83].

Non a caso, la stessa è richiamata espressamente dal considerando n. 35 del regolamento (UE) 2019/452 che, nel citare l'art. XIV-*bis* GATS, evoca la possibilità per gli Stati di sollevare l'eccezione anche nel settore della libera circolazione dei capitali e degli investimenti esteri diretti.

L'eccezione di sicurezza nazionale, nei termini stabiliti dai trattati multilaterali e recepiti dal diritto UE, soffre di ampia discrezionalità applicativa[84], in quanto prevede per ciascuno Stato la possibilità di limitare la liberalizzazione degli scambi di beni e servizi e la circolazione di capitali – tra i quali rientrano investimenti esteri diretti – attraverso le misure che «ritenga necessarie» per la tutela degli interessi essenziali alla propria sicurezza[85].

Caratterizzata da rapidità applicativa, la citata eccezione offre il fianco a rischi di abuso[86] soprattutto nel settore delle infrastrutture critiche digitali, nel quale la linea di demarcazione tra interessi economici – rispetto ai quali la stessa non è applicabile – e interessi di sicurezza – che ne consentono l'applicazione – è estremamente labile[87].

1994, nell'art.4 del Turkey Model BIT 2009, nell'art.10 del Macedonia (precedentemente Yugoslav Republic) Model BIT 2009, nell'art.10 del Ghana Model BIT 2008, nell'art.2.3 del Colombia Model BIT 2008, nell'art.26 del Norway Model BIT 2007, nell'art.10.4 del Canada Model BIT 2004, nell'art. 7 dell'Israel Model BIT 2003, nell'art.12 del Kenya Model BIT 2003, nell'art.14 del Finland Model BIT 2001, nell'art.5 del Peru Model BIT 2000, nell'art.5.2 del Belgio-Luxembourg Model BIT, nell'art.4 del Senegal Model BIT, e nell'art.5.2 del Sudan Model BIT. I relativi testi sono disponibili al sito www.investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements.

[83] G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 592.

[84] Va precisato, tuttavia, che esistono diversi orientamenti circa la portata effettiva di questa discrezionalità: a coloro che ritengono la norma pienamente *self-judging*, si contrappongono quanti reputano che la discrezionalità sia mitigata dall'obbligo di agire in buona fede e quanti, ulteriormente, considerando le condizioni applicative delle misure come suscettibili di *judicial review*. Per un approfondimento sul punto si veda R. P. ALFORD, *op. cit.*, p. 704. Sulla discrezionalità applicativa dell'eccezione di sicurezza nazionale da parte degli Stati si veda anche J.B. HEATH, *The New National Security Challenge to the Economic Order*, in *The Yale Law Journal*, vol. 129, 2020, pp. 1020-1098, pp. 1071-1072.

[85] M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2018, p. 77.

[86] A. G. DESSIE, *A Scrutiny of Foreign Direct Investment Regulation in Light of Evolving National Security Concerns in International Investment Law*, in *Jimma University Journal of Law*, vol. 13, 2021, pp. 19- 46, p. 23. Nello stesso senso J. MA, *International Investment and National Security Review*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n. 52, 2019, p. 899.

[87] R. BHALA, *National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and*

È quindi necessaria la previsione di un sistema che garantisca la tutela della sicurezza nazionale ma, al contempo, incentivi gli investimenti esteri diretti, così evitando che l'indiscriminata limitazione degli stessi induca gli Stati terzi a dislocarli altrove o rafforzi la concorrenza sleale[88].

A tal fine, al netto di quanto previsto dal citato Regolamento, si è prospettata la possibilità di limitare l'eccezione di sicurezza nazionale[89] prevedendo la giustiziabilità della stessa alla luce dei principi di proporzionalità[90] e buona fede[91] e della connessa esigenza di bilanciamento tra l'interesse essenziale di sicurezza e la liberalizzazione del mercato[92].

what the United States Does Symposium on Linkage as Phenomenon: An Interdisciplinary Approach, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 19, pp. 263-317, spec. p. 273.

[88] F. PRENESTINI, *Golden Power e meccanismi societari di difesa dall'acquisto del controllo*, in *federalismi.it*, n. 33, 2022, p. 72; D. ZAOTTINI, *Golden Power. La disciplina dei poteri speciali del governo*, in Documento di Analisi n. 28, Senato della Repubblica, 2023.

[89] Le difficoltà riscontrate nell'operazione di bilanciamento tra le esigenze di sicurezza nazionale e le contrapposte esigenze di liberalizzazione del mercato hanno sollevato dubbi applicativi anche a livello internazionale. La contrapposizione ha visto da un lato Paesi che sottolineavano la natura totalmente *self-judging* dell'eccezione di sicurezza nazionale, derivante dall'idea che la locuzione "interessi che lo Stato considera necessari" andasse a sottolineare la totale autonomia del paese nell'individuazione degli stessi, anche alla luce della natura a volte strettamente politica di tali interessi e, dall'altro, Paesi che ritenevano la incondizionata discrezionalità come contrastante con quanto stabilito dall'art. 23.1 DSU – secondo cui gli Stati membri dell'OMC hanno diritto alla riparazione dei danni causati da comportamenti che violano gli obblighi OMC –, nonché con i principi di prevedibilità e trasparenza previsti dall'OMC e con l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sottolineando quindi la necessità di una giustiziabilità dell'eccezione. Sul punto OMC, Report of the Panel, 5 aprile 2019, WT/DS512/R, *Russia – Measures concerning Traffic in Transit*, par. 7, 54-56; 7.80.

[90] Giova precisare che il rispetto del principio di proporzionalità richiede una valutazione caso per caso. J. MA, *International Investment and National Security Review*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 52, n. 4, ottobre 2019, pp. 819-948, p. 934.

[91] Il principio di buona fede è basato sugli articoli 26 e 31(1) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che richiedono agli Stati di adempiere ai propri obblighi secondo buona fede e interpretare i trattati in buona fede – vale a dire seguendo il significato ordinario attribuibile ai termini utilizzati nel trattato nel loro contesto e alla luce degli obiettivi e finalità dello stesso – Sul punto R. KOLB, *Principles as Sources of International Law (with special reference to good faith)*, in *Netherlands International Law Review*, vol. 53, 2006, p. 18.

[92] La Corte di giustizia, in più occasioni, ha ribadito che l'eccezione di sicurezza nazionale deve essere applicata in maniera delimitata e non estensiva e che gli Stati membri che intendono avvalersene devono provare che la sua invocazione è necessaria e proporzionata alla tutela degli interessi essenziali di sicurezza. Corte giust. 16 settembre 1999, C-414/97, *Commissione/Spagna*, punto 21, 22; 15 maggio 1986, 222/84, *Johnston*, punto 26.

Si tratta di una previsione che incontra non poche difficoltà in quanto nel settore delle infrastrutture critiche – a differenza di quanto avviene nel settore della difesa in cui è necessario dimostrare la sussistenza di un grave pregiudizio per gli interessi essenziali dello Stato –, per invocare l'eccezione di sicurezza nazionale è sufficiente che si verifichi una qualsiasi evenienza che possa rappresentare una minaccia per il funzionamento della rete o degli impianti[93], così da consentire più ampia libertà nell'applicare restrizioni agli investimenti esteri diretti.

Il rapporto tra investimenti esteri diretti nelle infrastrutture critiche e l'eccezione di sicurezza nazionale, pur non rappresentando un tema nuovo per la Corte di giustizia dell'Unione europea[94], è stato da questa affrontato solo trasversalmente.

Sul punto si ricorda, ad esempio, la recente pronuncia[95] relativa ai limiti alla libertà di stabilimento per imprese che operano in settori critici, nella quale la Corte, nonostante non si sia occupata in maniera specifica di investimenti esteri diretti, ha affermato che le restrizioni alla libera circolazione dei capitali nei settori critici – in cui vengono ricomprese anche le infrastrutture critiche[96], incluse quelle digitali – non possono essere giustificate da fini puramente economici e che, sebbene gli Stati vantino discrezionalità nell'individuare gli interessi essenziali di sicurezza da proteggere, questi ultimi devono essere intesi in senso restrittivo «in modo che la loro portata non [possa] essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle Istituzioni dell'Unione»[97].

Il rapporto tra investimenti esteri diretti e sicurezza nazionale è stato affrontato anche dagli organi di risoluzione delle controversie del Centro

[93] J. SPORTOLETTI, *Il Golden Power, tra compatibilità europea e prospettive di riforma*, in *Nomos*, n. 3, 2023, p. 11.

[94] L'esigenza di orientamenti per bilanciare le contrapposte esigenze in materia di infrastrutture critiche era emersa già nel periodo antecedente i *Golden Powers*, con i *Golden Shares*. Si è assistito ad una serie di sentenze che hanno previsto la possibilità per gli Stati, a certe condizioni, di limitare gli investimenti esteri diretti o sottoporli a preventiva autorizzazione. Tra queste si segnalano: Corte giust. 4 giugno 2022, C-483/99, *Commissione/Francia*; 4 giugno 2022, C-503/99, *Commissione/Belgio*; 4 giugno 2022, C-367/98, *Commissione/Portogallo*; 13 maggio 2003, C-98/01, *Commissione/Regno Unito*; 13 maggio 2003, C-463/00, *Commissione/Spagna*; 2 giugno 2005, C-174/04, *Commissione/Italia*; 28 settembre 2006, C-282/04 e C-283/04, *Commissione/Olanda*.

[95] *Xella Magyarország épìtòanyagipari kft./Innovàciòs és technològiai Miniszter*, sopra citata.

[96] *Ivi*, punto 69.

[97] *Ivi*, punti 63-66.

Internazionale per il regolamento delle controversie relative ad Investimenti (ICSID), cui aderisce la quasi totalità dei singoli Stati membri dell'Unione europea[98].

In ambito ICSID, la giustiziabilità dell'eccezione di sicurezza nazionale è passata da un approccio c.d. *only way*, secondo il quale lo Stato deve dimostrare che l'eccezione adottata sia l'unico modo per affrontare la situazione emergenziale[99], a un approccio c.d. *less restrictive alternative*, secondo cui non è obbligatorio dimostrare l'assoluta indispensabilità dell'eccezione, ma è sufficiente, nel rapporto costi-benefici, che essa rappresenti la misura meno restrittiva tra le opzioni ragionevolmente disponibili per raggiungere l'obiettivo[100].

6. *Conclusioni*

Le minacce ibride, incidendo sul corretto funzionamento delle tecnologie digitali, sono considerate attività volte a destabilizzare i Paesi *target* e, pur non raggiungendo mai la soglia di un attacco armato, possono essere ricondotte al concetto di grave tensione internazionale[101] che, in via residuale rispetto alle altre ipotesi previste dagli artt. 346 e 347 TFUE, nonché dagli artt. XIV-*bis* GATS e XXI GATT[102], consente agli Stati di limitare o

[98] Le regole dell'arbitrato ICSID sono state incorporate negli accordi di scambio e investimenti conclusi dall'Unione europea in tema di protezione degli investitori. In tal senso European Commission, *Proposal for a Council Decision on the position to be taken on behalf of the European Union in the International Centre for Settlement on Investment Disputes (ICSID)*, Brussels, 9 febbraio 2022, COM (2022) 38 final 2022/0025 (NLE).

[99] ICSID, *CMS Gas Transmission Co. V. Argentine Republic*, 12 maggio 2005, ARB/01/8, par. 316; *Sempra Energy Int'l v. Republic of Argentina*, 28 settembre 2007, ARB/02/16, parr. 347-350.

[100] ICSID, *Continental Casualty Co. v. Argentine Republic*, 5 settembre 2008, ARB/03/9, par. 195 ss.

[101] In tal senso si è espresso anche l'organo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, 29 aprile 2019, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R e WT/DS512/R/Add.1.

[102] L'eccezione di sicurezza nazionale, per come prevista dagli articoli XXI GATT, XIV-bis GATS e 346 e 347 TFUE, può infatti essere applicata agli interessi relativi a materie fissili, traffico di armi, munizioni o qualsiasi altro articolo o materiale destinato direttamente o indirettamente all'approvvigionamento delle forze armate o, ancora, può riguardare le misure applicate in tempo di guerra o, in via residuale, quelle applicate in caso di grave tensione internazionale.

bloccare lo scambio con Paesi terzi di beni, servizi e, come sottolineato nel presente elaborato, anche capitali.

Ai continui tentativi dell'Unione europea di armonizzare le risposte degli Stati alle minacce ibride nel settore delle infrastrutture critiche, in particolare digitali, si contrappone l'approccio ancora frammentato all'utilizzo dell'eccezione di sicurezza nazionale da parte dei singoli Stati, che godono di ampia autonomia nell'individuare l'interesse essenziale di sicurezza e nel valutare la misura più idonea a proteggerlo.

All'ampia autonomia riconosciuta agli Stati nell'applicare l'eccezione di sicurezza nazionale in settori sensibili, quale quello delle infrastrutture critiche digitali, si aggiunge la tendenza degli stessi a concludere accordi preferenziali o bilaterali per la disciplina di settori innovativi, con conseguente frammentazione della regolamentazione[103], nonché l'esiguo numero di casi posti all'attenzione delle Corti e la limitata competenza delle stesse nel valutare la giustiziabilità dell'eccezione[104].

Si è ritenuto infatti che la giustiziabilità dell'eccezione di sicurezza nazionale non possa riguardare aspetti inerenti la valutazione di sussistenza di una violazione dell'interesse di sicurezza nazionale o la necessarietà della misura, ma possa afferire solo alla proporzionalità della stessa rispetto all'attacco subìto – invero, sempre particolarmente grave nel caso di infrastrutture critiche digitali –, nonché all'ottemperanza agli obblighi procedurali – fulcro della disciplina del regolamento (UE) 2019/452 –, quali, ad esempio, la corretta notifica della volontà di invocare l'eccezione di sicurezza nazionale da parte dallo Stato *target*, così da assicurare che l'eccezione rappresenti solo un contrasto alla minaccia ibrida e non si riveli, invece, una misura surrettiziamente economica[105].

[103] J.Y. YOO, D. AHN, *Security exceptions in the WTO system: bridge or bottle neck for trade security?*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 19, n. 2, 2016, pp. 417-444.

[104] Tale situazione vede inoltre, a livello internazionale, una crescente sfiducia negli organi di risoluzione delle controversie. Ne è un esempio il mancato riconoscimento delle pronunce dell'Appellate Body dell'OMC da parte degli Stati Uniti che di fatto permette, in caso di riscontrato abuso nell'esercizio dell'eccezione di sicurezza nazionale, di impugnare "nel vuoto" la pronuncia dell'organo di primo grado, sospendendone l'efficacia a tempo indeterminato. Sul punto K. HOPEWELL, *The (surprise) return of development policy space in the multilateral trading system: what the WTO Appellate Body blockage means for the developmental state,* in *Review of International Political Economy*, vol. 31, n. 4, 2024, pp. 1245–1270.

[105] In questo senso R. P. ALFORD, *op. cit.*, p. 708; R. BHALA, *National Security and International Trade Law: What the GATT says and what the United States Does. Symposium on Linkage as Phenomenon: An Interdisciplinary approach*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 19, 1998, pp. 263-317, spec. p. 279. Dottrina contrapposta ha invece

Quanto ai meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti previsti dal diritto UE, l'assenza di un reale potere di *enforcement* da parte della Commissione e l'ampia discrezionalità di cui gli Stati godono nell'individuare le misure necessarie da applicare, hanno indotto parte della dottrina[106] per un verso a inquadrare i provvedimenti emanati dai Governi nell'esercizio dei poteri loro attribuiti in materia nella categoria degli atti di alta amministrazione, confermando il limite della giustiziabilità ai soli aspetti formali e alla valutazione di proporzionalità dell'eccezione, con esclusione di quella sul merito, e, per altro verso, a sottolineare lo squilibrio tra la posizione dell'investitore estero e quella dello Stato destinatario dell'investimento, che gode di ampia discrezionalità sul *se* e *in che modo* invocare l'eccezione.

Alla luce di quanto analizzato è possibile concludere che le infrastrutture critiche digitali e le connesse tecnologie critiche, tra le quali anche l'IA, imprescindibili per il corretto sviluppo della società, rappresentano uno dei principali bersagli delle minacce ibride. Di qui, da un lato l'esigenza di armonizzare la disciplina a livello europeo, utile a garantire una risposta coordinata agli attacchi e, dall'altro, quella degli Stati di mantenere un controllo preponderante e immediato attraverso l'eccezione di sicurezza nazionale.

Il superamento di questa duplicità di esigenze non è semplice, tenuto conto dei costanti e rapidi aggiornamenti che la disciplina richiede, nonché della necessità di bilanciare la tutela degli interessi essenziali degli Stati con il mantenimento di un'apertura al mercato degli investimenti, bilanciamento reso ulteriormente complesso dai differenti approcci con i quali gli Stati affrontano il delicato settore della sicurezza nazionale, ancora fortemente influenzato dalla sovranità nazionale.

ritenuto la possibilità di una parziale giustiziabilità nel merito dell'eccezione di sicurezza nazionale, valutandola alla luce del principio di buona fede, in tal senso C. LUCKIE, *The Invocation of article XXI of GATT 1994 and the question of jurisdiction. Where to?*, 30 aprile 2024, p. 3, disponibile sul sito www.ssrn.com/abstract=4836860.

[106] In tal senso G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *GDA*, n. 5, 2019; R. GAROFOLI, *Golden Power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, in *federalismi.it*, n. 31, 2022; R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 e della legge di conversione 20 maggio 2022*, *ivi*, n. 51, 2022; D. IELO, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "golden powers"*, in *CERIDAP*, n. 4, 2021.

Abstract (ita)

Il presente contributo, ripercorsa l'evoluzione della disciplina delle infrastrutture critiche nel diritto dell'Unione europea, si pone l'obiettivo di individuare i potenziali rischi che derivano dagli investimenti esteri diretti alle infrastrutture stesse negli Stati membri e di analizzare gli strumenti volti a bilanciare la sicurezza nazionale con la libera circolazione dei capitali nel settore, ritenuto particolarmente sensibile dall'Unione europea e dai singoli Stati. Nello specifico, il contributo si sofferma sui meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti, disciplinati dal regolamento (UE) 2019/452, che mirano a garantire maggiore trasparenza e cooperazione e implementare i criteri utili a individuare gli investimenti esteri diretti che devono essere interdetti dagli Stati membri, tentando di conciliare la necessità di preservare la sovranità nazionale in materia di sicurezza con l'apertura dei mercati che l'UE promuove. Ancora, si sofferma sulle restrizioni che gli Stati target possono applicare agli investimenti esteri diretti mediante l'eccezione di sicurezza nazionale, non senza considerare la giustiziabilità della stessa alla luce dei principi di proporzionalità e buona fede, volta a prevenire il rischio di misure protezionistiche derivanti dal potenziale uso abusivo dell'eccezione.

Abstract (eng)

The present contribution, after tracing the evolution of the regulatory framework governing critical infrastructures within the European Union, seeks to identify the potential risks arising from foreign direct investments directed at such infrastructures within the Member States and to analyse the legal instruments designed to balance between national security and the free movement of capital, in a sector considered as particularly sensitive at both Union and national level. More specifically, the contribution focuses on the foreign direct investment screening mechanisms established by Regulation (EU) 2019/452, which aim to enhance transparency and to strengthen cooperation mechanisms and assessment criteria to identify foreign direct investments that should be prohibited by the Member States. In this regard, the Regulation reflects an attempt to strike a delicate balance between the preservation of Member States' prerogatives in the field of national security, and the Union's objective of promoting an open market. Furthermore, the contribution examines the scope and limits of the national security

exception as a legal basis for imposing restrictions on foreign direct investments, with particular attention to its justiciability in light of the principles of proportionality and good faith, aimed at preventing the risk of protectionist practices resulting from the potentially abusive invocation of such an exception.

L'APPROCCIO REGOLATORIO DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Gianluca Contaldi*

SOMMARIO: – 1. Come è mutato l'atteggiamento statunitense nei confronti della regolamentazione dell'IA nel corso della presidenza Trump. – 2. Il diverso approccio europeo alla regolamentazione della materia. – 3. Il rapporto tra la regolamentazione sull'intelligenza artificiale e le altre normative europee di diritto industriale. – 4. L'incidenza della normativa europea sull'intelligenza artificiale su talune categorie giuridiche tradizionali. – 5. Conclusioni.

1. *Come è mutato l'atteggiamento statunitense nei confronti della regolamentazione dell'IA nel corso della presidenza Trump*

Per porre meglio in evidenza le ragioni dell'eccezionalità dell'ordinamento dell'Unione europea in materia di regolamentazione dell'intelligenza artificiale, può essere utile partire da una premessa.

Allorché si parla, infatti, di intelligenza artificiale, il termine di paragone è abitualmente rappresentato dall'ordinamento statunitense. Ciò si verifica, innanzitutto, per ragioni empiriche: innanzitutto perché il maggior tasso di innovazione in questo ambito tecnologico è universalmente riconosciuto alle *Big tech* statunitensi. Queste detengono, infatti, indubbiamente il primato in materia, essenzialmente per due ordini di ragioni, strettamente correlate tra di loro: perché hanno investito ingenti capitali e perché hanno sviluppato dei chip talmente potenti da essere, allo stato, superiori rispetto alle corrispondenti tecnologie di qualunque altro concorrente[1]. Computer più potenti determinano, a propria volta, una maggiore capacità di calcolo e di elaborazione dei dati: conseguentemente riescono ad offrire *output* più precisi ed in tempi notevolmente inferiori a quelli dei concorrenti.

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Macerata.

[1] E questo si verifica nonostante che il Paese, che si pone come diretto concorrente degli Stati Uniti d'America nello sviluppo dell'intelligenza artificiale generativa, ovvero la Cina, abbia una capacità di produzione di energia elettrica notevolmente superiore a quella statunitense (A. ARESU, *Geopolitica dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2024, *passim*).

L'atteggiamento dell'esecutivo statunitense nei confronti della regolamentazione dell'intelligenza artificiale è, tuttavia, profondamente mutato nel corso dell'ultimo anno. Durante la presidenza Biden, infatti, l'approccio alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale poteva, in definitiva, apparire anche equilibrato. In particolare, con l'*Executive Order* n. 14110 del 30 ottobre 2023[2], il Presidente dell'epoca aveva chiaramente stabilito che lo sviluppo futuro dell'intelligenza artificiale doveva attenersi ad otto principi di *policy*. I primi due principi erano chiaramente diretti agli sviluppatori dei programmi, i quali si dovevano adoperare per creare dei sistemi di IA che fossero sicuri, stabili e che non arrecassero danni agli utenti finali («safe and secure»); essi dovevano, inoltre, promuovere tecnologie utili per la società. Ulteriori quattro principi, invece, descrivevano le caratteristiche che avrebbero dovuto rivestire i futuri sistemi di IA: questi dovevano supportare (e non sostituire) i lavoratori nello svolgimento dei propri compiti ovvero creare nuove opportunità di lavoro; dovevano essere compatibili con i principi di equità e con i diritti civili; dovevano proteggere gli interessi dei consumatori; dovevano, infine, essere rispettosi della privacy e dei dati sensibili. Gli ultimi due principi si rivolgevano, infine, al legislatore e alla pubblica amministrazione: le persone che, in futuro, avrebbero fatto uso di detti sistemi, specie se pubblici ufficiali, avrebbero dovuto ricevere un adeguato addestramento; da ultimo, gli Stati Uniti si sarebbero resi promotori, a livello internazionale, per la diffusione dei principi enunciati in detto *Order*, in modo da creare le condizioni per un uso responsabile e sicuro della tecnologia.

In definitiva, l'Ordine esecutivo dell'Amministrazione Biden non conteneva principi troppo dissimili da quelli che caratterizzano la legislazione europea: anche questa, come si vedrà nel paragrafo successivo, cerca di bilanciare le esigenze del mercato con il rispetto dei diritti umani e con la necessità che vengano rispettate la dignità umana e le esigenze della società.

Con l'avvento del Presidente Trump, l'approccio degli Stati Uniti alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale, tuttavia, è completamente mutato. Il punto focale della nuova amministrazione è infatti quello della deregolamentazione totale della materia.

Che questo assetto fortemente liberista sia l'approccio contemporaneo è emerso fin dai primi atti normativi firmati dal Presidente Trump. Nella

[2] Executive Order 14110, of October 30, 2023, *Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*, in *Federal Register*, vol. 88, No. 210, November 1, 2023.

specie, con l'*Executive Order* n. 14719, del 23 gennaio 2025, viene espressamente abrogato il precedente Ordine esecutivo. Tale abrogazione mira proprio a rimuovere gli ostacoli che, a detta dell'attuale inquilino della Casa Bianca, impedivano un pieno sviluppo della tecnologia ed il mantenimento di una posizione dominante sul mercato mondiale. Si può infatti leggere in detto provvedimento che: «To maintain this leadership, we must develop AI systems that are free from ideological bias or engineered social agendas. With the right Government policies, we can solidify our position as the global leader in AI and secure a brighter future for all Americans. This order *revokes certain existing AI policies and directives that act as barriers to American AI innovation*, clearing a path for the United States to act decisively to retain global leadership in artificial intelligence»[3].

Quindi, l'approccio dell'attuale amministrazione, in tema di intelligenza artificiale, è chiaramente orientato esclusivamente al mercato e a creare le condizioni che consentono agli Stati Uniti di mantenere una leadership in materia. La protezione dei diritti civili, delle prerogative dei lavoratori, dei diritti dei consumatori e, infine, della *privacy* degli utenti, vengono equiparati a veri e propri "ostacoli" che intralciano il perseguimento dell'obiettivo unico della primazia dell'industria statunitense sui mercati mondiali[4].

Che questa sia la finalità emerge ancora più chiaramente con l'Ordine esecutivo emanato nel mese di dicembre 2025[5]. Con detto atto, l'esecutivo mira a circoscrivere il margine di discrezionalità del quale godono gli Stati federati nell'introduzione di specifiche regolamentazioni in materia di intelligenza artificiale. Nella specie, l'Amministrazione richiede espressamente che dette leggi non siano «minimally burdensome», nel senso che esse non devono porre limiti di sorta a qualsiasi sperimentazione in materia[6]. E nel

[3] Executive Order 14179, *Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*, in *Federal Register*, vol. 90, No. 20, January 31, 2025.

[4] V. quanto rilevato da S. DEL GATTO, *Intelligenza artificiale e nuove vulnerabilità. Il difficile bilanciamento tra innovazione e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva del diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, secondo la quale: «la tesi di coloro che ritengono che la regolazione freni l'innovazione, diffuse prevalentemente negli USA anche in ragione delle pressioni delle *big tech* e del mondo degli imprenditori e che hanno portato (e incoraggiato) a fenomeni di *self regulation* da parte delle *big tech*».

[5] Executive Order 14365, *Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*, December 11, 2025.

[6] E ciò anche nel caso in cui i modelli di IA pervengano a risultati discriminatori. L'esempio riportato nell'incipit dell'Ordine esecutivo 14365 è, per la verità, inquietante. Si può infatti leggere che: «State laws are increasingly responsible for requiring entities to embed ide-

perseguire detto obiettivo di semplificazione, l'Ordine esecutivo di dicembre introduce due specifici strumenti: innanzitutto esclude dall'accesso a taluni fondi federali (denominati BEAD, *Broadband Equity Access and Deployment*) gli Stati che mantengono leggi ritenute eccessivamente onerose in materia di regolamentazione di IA[7]. In secondo luogo, viene costituita una *task force*, alla quale viene espressamente affidato il compito di perseguire sul piano legale e con ogni mezzo gli Stati che non si allineano a detto imperativo di semplificazione legislativa.

In sintesi: l'obiettivo è quello di una deregolamentazione della materia, in modo da evitare di introdurre disposizioni eccessivamente rigide o che possano in qualche modo ostacolare il libero sviluppo della tecnologia.

Poste queste premesse, possiamo descrivere le linee guida che caratterizzano la legislazione dell'Unione europea.

2. *Il diverso approccio europeo alla regolamentazione della materia*

Il regolamento 2024/1689 (c.d. AI Act) si fonda su una duplice base giuridica[8]. Questa è composta, rispettivamente, dall'articolo 114 TFUE che, come è noto, riguarda «le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno»;

ological bias within models. For example, a new Colorado law banning "algorithmic discrimination" may even force AI models to produce false results in order to avoid a "differential treatment or impact" on protected groups». In altri termini, non devono essere inseriti adempimenti specifici per porre rimedio ad eventuali discriminazioni a carico di minoranze o gruppi protetti.

[7] Questa "tecnica persuasiva" era già stata anticipate nel documento pubblicato dall'Ufficio esecutivo del Presidente, *Winning the Race. America's AI Action Plane*, del luglio 2025, p. 3, secondo il quale: «AI is far too important to smother in bureaucracy at this early stage, whether at the state or Federal level. The Federal government should not allow AI-related Federal funding to be directed toward states with burdensome AI regulations that waste these funds, but should also not interfere with states' rights to pass prudent laws that are not unduly restrictive to innovation».

[8] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale): detta disciplina si applicherà a partire dal 2 agosto 2026.

e dall'articolo 16 TFUE, che garantisce il diritto di ogni persona alla protezione dei dati di carattere personale[9].

La doppia base giuridica è sintomatica delle diverse finalità perseguite dalle istituzioni europee: da un lato, lo sviluppo del mercato interno, teso a favorire una transizione digitale e ad affermare una sorta di sovranità europea sui dati; e, dall'altro, il rispetto dei diritti fondamentali ed in particolare quello alla tutela dei dati personali[10].

Tale duplice obiettivo emerge fin dal primo considerando, il quale prevede espressamente che: «Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme […] in conformità dei valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione».

Il contemperamento tra i due obiettivi che abbiamo sopra indicato (sviluppo del mercato interno e tutela dei diritti fondamentali) dovrebbe essere garantito dalla ricerca di una sorta di "via europea all'intelligenza artificiale", mediante la creazione di un ecosistema di fiducia[11]. I principi di base del

[9] Sulla base giuridica e sugli obiettivi generali del regolamento v. C. SCHEPISI, *Le "dimensioni" della regolazione dell'intelligenza artificiale nella proposta di regolamento della Commissione*, in V. SALVATORE (a cura di), *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e tutela della salute nell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 29 ss.; M. CARTA, *Il Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale: alcune questioni aperte*, in *EJ*, n. 3, 2024, p. 188 ss., spec. p. 192; G. FINOCCHIARO, *Diritto dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 2024, p. 25 ss., spec. p. 54 ss.

[10] Altra questione è valutare se la base giuridica prescelta non risulti, per certi versi, limitativa, dal momento che altre disposizioni di rango primario appaiono coinvolte (come ad esempio l'art. 19 TFUE in materia di non discriminazione): v. A. ADINOLFI, *Processi decisionali automatizzati e diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea*, in A. SIMONCINI, A. ADINOLFI (a cura di), *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, Napoli, 2022, p. 31 ss., spec. p. 41 ss.).

[11] Questo assetto emerge anche da un altro documento di grande risonanza mediatica ovvero la *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, 2023/C 23/01. Detta dichiarazione è stata adottata da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione nel mese di dicembre 2022. In essa si afferma che: «Il nostro obiettivo è di promuovere un modello europeo per la trasformazione digitale, che metta al centro le persone, sia basato sui valori europei e sui diritti fondamentali dell'UE, riaffermi i diritti umani universali e apporti

regolamento mirano evidentemente a rafforzare la fiducia dei cittadini nell'uso, che può essere garantita solo da un'assoluta trasparenza dei sistemi e da un costante controllo umano sul loro funzionamento[12].

Per contemperare il corretto funzionamento del mercato interno con le esigenze di sicurezza dei sistemi di intelligenza artificiale, il regolamento si fonda su una sorta di «tassonomia del rischio». L'AI Act adotta, infatti, un approccio cosiddetto "*risk-based*", nel senso che maggiore è il rischio che discende dall'immissione in commercio di un determinato sistema di intelligenza artificiale, più rigorose sono le previsioni che i soggetti coinvolti e, soprattutto i fornitori, devono osservare.

In questa scelta è, peraltro, ravvisabile uno dei limiti di operatività del regolamento. Il sistema finisce, infatti, per assumere una certa rigidità[13]. L'inserimento dell'uno e dell'altro livello rischio è infatti determinato da una scelta a monte effettuata dalla Commissione sulla base delle tipologie di sistemi esistenti e della reportistica degli incidenti in relazione a ciascun utilizzo. Data la rapidità dell'evoluzione tecnologica è inevitabile che sorgano nuovi sistemi capaci di svolgere funzioni ulteriori, che risulteranno difficilmente inquadrabili in una delle categorie regolamentate[14].

La rigidità del testo normativo ha, d'altro canto, condizionato anche l'iter negoziale del regolamento. In questa materia vi è, infatti, un evidente rischio per il legislatore, di non riuscire a restare al passo con l'innovazione tecnologica (tema abitualmente definito con la perifrasi anglofona di "pacing problem")[15]. Ciò si verifica, perché mentre l'innovazione tecnologica è estremamente rapida, i processi legislativi, soprattutto a livello sovranazionale per i negoziati tra le istituzioni europee e tra gli stessi Stati membri,

benefici a tutte le persone, alle imprese e alla società nel suo complesso». In dottrina v. P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *DUE*, marzo 2022; E. QUINN, *Much Ado About Nothing. The European Declaration on Digital Rights and Principles*, in *VBlog*, 22 December 2022; L. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali: quid pluris?*, in *DPCE*, 2022, p. 381 ss.; A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in questa *Rivista*, 2023, p. 321 ss., spec. p. 330 ss.

[12] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, COM (2019) 168final, Bruxelles, spec. par. 2.2.

[13] V. G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 15.

[14] Per questo il regolamento, all'art. 97, prevede una delega alla Commissione per adottare un atto delegato ed emendare l'allegato III, concernente i c.d. sistemi ad alto rischio.

[15] V., E. PANDOLFI, *AI Act e pacing problem: la disciplina dell'IA per finalità generali*, in questa *Rivista*, 2025.

richiedono tempi particolarmente dilatati. Questo è stato particolarmente evidente, d'altro canto, proprio in relazione alla nascita della c.d. intelligenza artificiale generativa: l'avvento di ChatGPT, Gemini, Copilot, Midjourney, Claude, DeepSeek, Apple Intelligence e di altri omologhi sistemi ha infatti richiesto l'inserimento di disposizioni specifiche per i modelli di IA che pongono rischi sistemici, che non erano originariamente contemplati dalla proposta presentata dalla Commissione europea[16]. Ed in futuro, sarà necessario il ricorso a tutti i meccanismi di flessibilità previsti dal regolamento, quali l'adozione di una copiosa legislazione delegata da parte della Commissione europea, per consentire al legislatore di riuscire a stare dietro al tumultuoso progresso tecnologico in questo campo[17].

In base a questo approccio è possibile rintracciare quattro diversi livelli di rischio che vanno dal minore al maggiore. Ciascun livello di rischio prevede specifici permessi e/o restrizioni. Questa "piramide del rischio" comprende al livello più basso un rischio "minimo" o assente, al quale corrisponde un permesso all'immissione in commercio senza restrizioni. In tale ambito, viene tuttavia raccomandata l'adozione di un Codice di Condotta a fornitori ed utilizzatori.

Il secondo livello di rischio è quello dei testi o filmati elaborati da sistemi di intelligenza artificiale (ad es., i *chatbot*), per il quale è previsto un permesso generale alla loro diffusione a condizione che siano rispettati gli obblighi di informazione e trasparenza. Per detti sistemi, infatti, l'obbligo principale consiste, infatti, nel garantire «che i sistemi di IA destinati a interagire direttamente con le persone fisiche s(ia)no progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche interessate siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA»[18].

Al terzo livello corrisponde il c.d. *rischio alto* e l'autorizzazione all'immissione in commercio è concessa solo a condizione che il fornitore abbia rispettato i requisiti dell'AI Act e abbia adeguatamente svolto una valutazione di conformità *ex-ante*.

[16] 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 {SEC (2021) 167final} - {SWD (2021) 84final} - {SWD (2021) 85final}, Bruxelles, 21 aprile 2021 COM (2021) 206final 2021/0106 (COD).

[17] E. PANDOLFI, *op. cit.*, parr. 2 e 4.

[18] Art. 50, reg. 2024/1689, cit. In dottrina v. E. LONGO, F. PAOLUCCI, *The Article 50 of the AI Act and the Transparency obligations: The Model and Its Limitations*, in O. POLLICINO, F. DONATI, G. FINOCCHIARO, F. PAOLUCCI (a cura di), *La disciplina dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2025, p. 275 ss.

Il quarto e ultimo livello indica un rischio *inaccettabile*: qui siamo nelle ipotesi nelle quali, secondo la Commissione, ricorrono i maggiori rischi per la tutela delle persone ovvero per i diritti fondamentali. I sistemi di intelligenza artificiale che mirano ad introdurre dei sistemi classificati in questo ambito sono, in linea di principio, vietati[19].

Come è evidente, il regolamento si caratterizza per un approccio notevolmente diverso da quello correntemente seguito negli Stati Uniti. Innanzitutto, perché vi è un chiaro contemperamento tra le esigenze del mercato ed i diritti fondamentali. La stessa distinzione che intercorre tra le diverse tipologie di rischio è incentrata sulla valutazione dell'impatto potenziale che detti sistemi possono produrre sulla sicurezza e sui diritti fondamentali. Soprattutto, poi, la differenza maggiormente rilevante, che dà il senso della profonda differenza di approccio normativo tra le due sponde dell'Atlantico, è rappresentata dal fatto che nel sistema europeo è l'essere umano ad essere posto al centro del sistema normativo.

Detta regolamentazione, tuttavia, non affronta, almeno non in maniera integrale, i problemi posti dall'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale. Perché, come risulta dalle letture contenute in questo volume, le sfide ulteriori che vengono poste dall'introduzione sul mercato di sistemi di intelligenza artificiale, vengono affrontate in ulteriori atti normativi, che devono conseguentemente essere letti congiuntamente con il regolamento in questione.

Vediamo, in concreto, quali sono queste sfide alle quali il diritto dell'Unione europea fa, appunto, fronte attraverso il ricorso ad ulteriori testi legislativi.

3. *Il rapporto tra la regolamentazione sull'intelligenza artificiale e le altre normative europee di diritto industriale*

I lavori trattano raccolti in questa collettanea trattano di diverse tematiche, tutte ovviamente correlate con l'impiego dell'intelligenza artificiale.

[19] Sotto questo profilo, si segnala la lettura di Perlot (M. PERLOT, *Credit scoring: il bilanciamento dei diritti fondamentali nell'AI Act*, in questa *Rivista*, 2025), la quale pone in luce la distinzione intercorrente tra l'attività di *social scoring*, che rientra nel rischio inaccettabile e quella di *credit scoring*, ovvero di affidabilità finanziaria e di solvibilità di un soggetto, che rientra invece nelle attività ad alto rischio, che sono pertanto praticabili, seppure con una cautela. L'autrice pone in luce come una tutela degli individui soggetti a tale valutazione possa avvenire, nell'attesa che il regolamento 2024/1689 entri integralmente in vigore, attraverso il ricorso agli articoli 5, 6, 15 e 22 del GDPR (reg. 2016/679).

Detti lavori, trattano, infatti di questioni correlate all'incidenza dell'intelligenza artificiale sul funzionamento del mercato, sul godimento dei diritti di proprietà intellettuale e dell'incidenza di detta tecnologia su talune categorie generali dell'ordinamento.

Al riguardo, si possono individuare tre gruppi principali. È bene avvertire che detti gruppi non seguono la ripartizione del volume, ma essi sono elencati solo in maniera funzionale rispetto al discorso che stiamo conducendo: ovvero quello di dimostrare la profonda differenza intercorrente tra l'approccio statunitense e quello europeo nella regolamentazione della materia.

Il primo gruppo dei lavori concerne gli aspetti generali che attengono al funzionamento del mercato. Nel secondo gruppo, quello indubbiamente più ampio, dato anche l'oggetto del modulo *Jean Monnet* AIcoIP[20], gli scritti concernono il rapporto tra l'*AI Act* e la disciplina della proprietà intellettuale.

Il terzo gruppo, infine, tratta di questioni apparentemente eterogenee, quali la possibilità, allo stato meramente teorica, di riconoscere una qualche forma di personalità giuridica ai sistemi di intelligenza artificiale, il rapporto con le norme processuali nazionali ed i problemi di delimitazione spaziale nell'applicazione dell'AI Act. Tali scritti presentano, in realtà, un elemento in comune, che è rappresentato dall'incidenza della regolamentazione europea sull'intelligenza artificiale sulle concezioni giuridiche comunemente accolte negli ordinamenti nazionali.

Con riferimento al primo gruppo, i problemi principali concernono il rapporto tra *AI Act*, norme del Trattato sulla concorrenza ed il regolamento correntemente denominato *Digital Markets Act*[21]. Al riguardo, gli autori appartenenti a tale gruppo[22] pongono in luce come il mercato dei sistemi di intelligenza artificiale presenti, allo stato, una struttura marcatamente oligopolistica, in quanto è caratterizzato dalla presenza di poche imprese domi-

[20] V. C. GRIECO, *Affrontare le nuove sfide tecnologiche dell'Unione europea: il contributo del modulo Jean Monnet "Deepening the Possible Impact of Artificial Intelligence Systems on EU Competition Law and Intellectual Property Rights (AIcoIP)"*, in questa *Rivista*, 2026.

[21] 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).

[22] P. ARNESE, *IA, gatekeepers e mercato: equilibri tra innovazione e regolamentazione nell'UE*, in questa *Rivista*, 2025; A. PISAPIA, *Interactions des instruments pour la protection de la concurrence dans l'economie numerique*, *ivi*, 2025.

nanti e da pochissime imprese innovative – in genere *start up* – le quali, tuttavia, raramente raggiungono una soglia dimensionale critica, perché nel momento in cui presentano dei prodotti realmente innovativi, vengono sovente acquisite dalle imprese dominanti, le quali sono finanche disposte a pagare un corrispettivo ulteriore rispetto al loro valore di capitalizzazione, con il precipuo scopo di eliminare un concorrente dal mercato (c.d. *killer acquisitions*)[23].

La questione di garantire un funzionamento concorrenziale del mercato non è affrontata nell'ambito dell'AI Act. Come viene giustamente rilevato, detto regolamento «si concentra su una regolamentazione legale orientata più al carattere etico dell'uso dell'IA, ma non fornisce delle disposizioni in grado di affrontare in modo diretto il rischio che le posizioni dominanti di alcune piattaforme possano influenzare la concorrenza nel mercato IA»[24]. A questo punto, la soluzione obbligata è quella di procedere ad una lettura congiunta dei due atti normativi in questione (il regolamento sull'intelligenza artificiale ed il DMA). Detto regolamento mira, infatti, a prevenire l'uso distorto delle proprie prerogative da parte delle imprese dominanti che operano sui mercati digitali: in questo modo, si riesce verosimilmente a sanzionare anche quelle situazioni nelle quali l'impresa dominante non sta ponendo in essere condotte abusive, ma che, a causa della sua stessa esistenza e di una disponibilità pressoché illimitata di accesso ai dati personali degli utenti, finiscono per limitare la concorrenza ed ostacolare l'innovazione.

Certamente, dall'applicazione cumulativa di diversi atti regolamentari discende anche il rischio di *bis in idem*: determinati comportamenti di un'impresa in posizione dominante potrebbero infatti determinare una violazione sia dell'AI Act, sia del DMA, sia del GDPR[25]. In questo contesto, il

[23] La letteratura sul tema è molto estesa. V., in generale, N. LEVY, H. MOSTYN, B. BUZATU, *Reforming EU Merger Control to Capture "Killer Acquisitions" – the Case for Caution*, in *Competition Law Journal*, vol. 19, n. 2, 2020, p. 51 ss.; T. LÉCUYER, *Digital Conglomerates and Killer Acquisitions. A Discussion of the Competitive Effects of Start-up Acquisitions by Digital Platforms*, in *Concurrences*, n. 1, 2020, p. 42 ss.; C. CAFFARRA, G. CRAWFORD, T. VALLETTI, *"How Tech Rolls": Potential Competition and "Reverse" Killer Acquisitions*, in *Antitrust Chronicle*, 2020, p. 1 ss.; D. MELAMED, *Mergers Involving Nascent Competition*, in *Stanford Law & Economics Olin Workink Paper No. 566*, 17 January 2022; C. SCOTT HEMPHILL, T. WU, *Nascent Competitors*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 168, 2020, p. 1879 ss.; C. CUNNINGHAM, F. EDERER, S. MA, *Killer Acquisitions*, in *Journal of Political Economy*, vol. 129, n. 3, p. 649 ss.

[24] P. ARNESE, *op. cit*.

[25] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile

principio direttivo per l'interprete dovrebbe essere quello desumibile dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel noto caso A e B contro Norvegia, secondo il quale, in astratto è anche possibile pervenire al cumulo dei procedimenti e delle sanzioni, a patto di non violare il principio di proporzionalità[26].

Altro aspetto contrastato, che attiene al funzionamento dei mercati digitali, è quello degli investimenti esteri diretti nelle infrastrutture critiche, tra le quali rientrano indubbiamente i sistemi di intelligenza artificiale. Questi sono stati, in maniera crescente, oggetto di attacchi ibridi da parte di potenze straniere. Anche tale aspetto non è disciplinato dall'AI Act, ma da un ulteriore atto normativo ovvero il regolamento (UE) 2019/452, sugli investimenti esteri diretti. Tale fonte normativa si pone l'obiettivo, da un lato, di armonizzare a livello europeo la disciplina applicabile a tale delicato settore; dall'altro, di rispettare le competenze degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale. Come rileva l'Autore, «(i)l superamento di questa duplicità di esigenze non è semplice, tenuto conto dei costanti e rapidi aggiornamenti che la disciplina richiede, nonché della necessità di bilanciare la tutela degli interessi essenziali degli Stati con il mantenimento di un'apertura al mercato degli investimenti, bilanciamento reso ulteriormente complesso dai differenti approcci con i quali gli Stati affrontano il delicato settore della sicurezza nazionale, ancora fortemente influenzato dalla sovranità nazionale»[27].

Quindi, in relazione alle problematiche poste dall'impatto dell'intelligenza artificiale sul funzionamento ordinato del mercato, in definitiva, attraverso una lettura composita di diversi atti normativi si riesce a pervenire a soluzioni equilibrate e condivisibili.

Maggiormente articolato appare, invece, il rapporto tra intelligenza artificiale e proprietà intellettuale. Veniamo così agli scritti ricompresi nel secondo gruppo.

Tutti gli autori[28] sono concordi su una premessa metodologica: ovvero

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).

[26] A. PISAPIA, *op. cit.*, par. 4.

[27] D. VAIRA, *Investimenti esteri diretti nelle infrastrutture digitali e nelle tecnologie critiche alla luce dell'eccezione di sicurezza nazionale nel panorama europeo*, in questa *Rivista*, 2025, par. 7.

[28] I. DE GASPERIS, *Le invenzioni generate dall'intelligenza artificiale: questioni giuridiche aperte e ipotesi di adattamento della disciplina europea dei brevetti*, *ivi*, 2025; A. LOTTINI, *Diritto d'autore e IA generativa: un banco di prova per l'Unione europea*, *ivi*, 2025, spec. par. 2.

che non si possa, in linea di principio, riconoscere un diritto di privativa, sia esso un brevetto per invenzione ovvero un diritto d'autore, alle opere prodotte da un sistema di intelligenza artificiale. Tale risposta negativa si impone perché i sistemi di protezione delle proprietà intellettuale sono concepiti con riferimento ad un creatore umano. Se rispetto a tale premessa vi è unanimità di vedute, maggiormente sfumate risultano invece le conclusioni allorché il sistema di intelligenza artificiale costituisce solo lo strumento per pervenire ad una data soluzione. In questo contesto, va accolta con favore la soluzione proposta dalla Corte federale tedesca, la quale ha ammesso che i moderni sistemi brevettuali possono rilasciare il titolo di privativa a colui che ha attivamente posto in essere le condizioni ("colui che ha indotto": «*veranlassen*») affinché il sistema di IA giungesse alla creazione di un determinato trovato, dotato dei caratteri di innovatività e di industrialità necessari per accedere alla protezione[29].

Ancora più articolata, sul piano della protezione della proprietà intellettuale, è la questione delle violazioni compiute da un sistema di intelligenza artificiale, specie durante la fase di addestramento: in questo caso, infatti, ben può accadere che il sistema utilizzi opere protette dalla normativa autoriale ovvero dei dati personali degli utenti, senza il consenso dei titolari. In questa ipotesi, il contemperamento delle esigenze di istruzione del sistema e di tutela degli interessati viene, infatti, realizzato attraverso il ricorso ad un altro strumento normativo: ovvero attraverso l'uso appropriato delle eccezioni previste dagli articoli 3 e 4 della direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale[30]. Dette disposizioni prevedono, rispettivamente, la possibilità per gli enti di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale di effettuare attività di riproduzione e di estrazione di opere coperte da *copyright* (art. 3). Dal canto suo, l'art. 4 consente attività analoghe a fini commerciali solo se i titolari dei diritti d'autore non hanno espresso una specifica riserva.

Allo stato è verosimilmente in corso un'interpretazione evolutiva della materia, da parte di taluni giudici nazionali ed in particolare di quelli tedeschi, secondo i quali le attività c.d. di *web scraping* compiute dai sistemi di intelligenza artificiale non devono essere automaticamente considerate come

[29] I. DE GASPERIS, *op. cit.*, par. 3.

[30] A. M. GALLO, *Text and Data Mining (TDM) e violazioni del copyright: l'addestramento della GenAI e il diritto umano alla scienza alla luce di alcuni elementi di prassi recente*, in questa *Rivista*, 2025; A. LOTTINI, *op. cit.*, par. 2.

attività commerciali, solo perché così sono classificabili i prodotti che ne discendono; ma occorre che la valutazione si basi «sull'uso concreto dei dati e sugli effetti sul mercato delle opere originali»[31]. D'altro canto, lo stesso AI Act contiene al proprio interno gli strumenti per tutelare le opere protette: l'art. 53, infatti, «impone ai fornitori di modelli di intelligenza artificiale di uso generale (*General Purpose AI, GPAI*) l'adozione di una *policy* volta a garantire il rispetto del diritto d'autore, con attenzione all'individuazione e al rispetto delle riserve di diritti espresse mediante strumenti tecnici leggibili da macchina. A ciò si aggiunge l'obbligo di pubblicare una sintesi «sufficientemente dettagliata» dei dati utilizzati per l'addestramento, concepita come strumento di trasparenza e responsabilità nei confronti dei titolari dei diritti»[32]. A fronte di una diffusione dei sistemi di IA generativa e delle correlate necessità di addestramento sembrerebbe, pertanto, in corso una sorta di interpretazione evolutiva del sistema, sia sul piano giurisprudenziale, sia su quello normativo, tendente – ad una lettura estensiva dell'eccezione dell'art. 3 della direttiva 2019/790 ed eventualmente ad accompagnare detta lettura estensiva con specifici obblighi di trasparenza.

Da ultimo, è opportuno considerare come si pongano le questioni di tutela dei diritti di proprietà intellettuale a fronte di eventi traumatici – almeno sul piano giuridico – quali l'uscita di uno Stato membro dall'Unione europea.

Il tema si pone soprattutto in relazione a diritti di proprietà intellettuale garantiti dal sistema sovranazionale e debitamente registrati, prima che il recesso dall'Unione produca effetto, presso l'Ufficio europeo per l'armonizzazione del mercato interno. Il problema è stato affrontato in due recenti sentenze dei giudici inglesi. Il legislatore d'oltremanica, per consentire ai privati di conservare determinate prerogative, ha infatti introdotto la categoria dei diritti di privativa corrispondenti (o dei c.d. "*UK clones*"), che prevede la sostituzione dei titoli europei con analoghi diritti garantiti dal sistema giuridico nazionale. La cosa sorprendente è che le Corti inglese, pur a fronte del recesso dall'Unione europea, continuano tuttavia ad interpretare i corrispondenti titoli ottenuti sulla base del diritto interno in maniera conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia: e ciò fanno, soprattutto, per esigenze di certezza del diritto. Come rileva l'Autore che ha trattato questo tema, ciò evidentemente significa che «il processo di integrazione europea

[31] A. M. GALLO, *op. cit.*, par. 6.

[32] A. LOTTINI, *op. cit.*, par. 4.

permea così in profondità i diritti interni da renderne difficilmente reversibili gli effetti, ben al di là del periodo di permanenza nell'UE»[33].

4. *L'incidenza della normativa europea sull'intelligenza artificiale su talune categorie giuridiche tradizionali*

I rilievi da ultimo sviluppati ci consentono, a questo punto, di affrontare l'ultimo gruppo degli scritti raccolti nel presente volume, i quali, a vario titolo, trattano dell'incidenza della regolamentazione europea sull'intelligenza artificiale su taluni principi abitualmente diffusi nei sistemi giuridici nazionali. Questo aspetto può essere esaminato da un triplice punto di vista.

Il primo di questi tratta del diritto penale. Certamente il diritto penale è caratterizzato da una struttura essenzialmente antropomorfa, ma ciò non ha esclude, almeno in via aprioristica, che esso debba rispondere alle sollecitazioni poste dalle nuove tecnologie. In via esemplificativa, in relazione a determinate fattispecie criminose, il legislatore è riuscito ad elaborare una responsabilità penale degli enti. Allo stesso modo, in futuro, a fronte della diffusione massiccia dei sistemi di intelligenza artificiale generativa si dovranno stabilire nuove categorie giuridiche. Il problema si porrà soprattutto per i sistemi di intelligenza artificiale caratterizzati da una forte autonomia ovvero quelli che saranno in grado di individuare da soli i contenuti per il proprio apprendimento e che, conseguentemente, potranno assumere talune decisioni in maniera totalmente indipendente. In questa ipotesi, si potranno forse legislativamente prevedere dei casi nei quali la responsabilità penale, non risponderà più al fondamento antropomorfo tradizionalmente ricorrente nei sistemi penali. Secondo l'Autrice, infatti, «(l)a risposta sarà data dal … livello di autonomia. Pertanto, se abbiamo a che fare con un sistema di intelligenza artificiale che offre risposte autonome e imprevedibili (anche per il programmatore o per il produttore stesso), sembra eccessivo ritenere responsabile il produttore o l'utente. In teoria, la responsabilità potrebbe essere attribuita direttamente alla macchina, se la legge lo prevede»[34].

Altra questione concerne l'incidenza del regolamento sul processo civile italiano. Già l'allegato III, punto 8, lett. *a*), dell'AI Act ricomprende, tra gli

[33] E. CALZOLAIO, *Il marchio europeo nel dopo Brexit: l'approccio delle corti inglesi*, in questa *Rivista*, 2025, par. 4.

[34] A. I. GARCÍA ALFARAZ, *Intelligenza artificiale, proprietà intellettuale e diritto penale*, in questa *Rivista*, 2025, par. 3.

usi considerati ad alto rischio, l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale all'interno del processo. La disposizione in questione fa riferimento ai «sistemi di IA destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti». La previsione in esame, oltre a ricomprendere i sistemi di intelligenza artificiale che vengono utilizzati nel campo dell'amministrazione della giustizia nel novero dei sistemi ad alto rischio, stabilisce anche i limiti al loro impiego.

In concreto, la norma prevede che il giudice possa fare ricorso a sistemi di intelligenza artificiale nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti: quindi, un sistema di IA non potrà mai sostituire il giudice, ma potrà aiutarlo ad interpretare i fatti laddove essi fuoriescono dal suo bagaglio di conoscenze, come ad esempio nel caso in cui sono richieste delle competenze in campo scientifico.

Questa situazione si verifica, tipicamente, in presenza di una consulenza tecnica d'ufficio, rispetto alla quale il Giudice potrebbe essere privo delle competenze necessarie per decidere, tra le varie versioni proposte, quale sia quella maggiormente condivisibile[35]. In questo caso sembra legittimo, per integrare le competenze dell'organo giudicante, fare appunto ricorso a sistemi di IA.

[35] A. ROSSI, *L'intelligenza artificiale e la c.t.u.: rimane uno spazio per l'attività decidente del giudice?*, in questa *Rivista*, 2026, par. 3, secondo il quale: «(n)ello svolgimento del giudizio di fatto […] il magistrato si trova a dover compiere delle scelte di valore tra le quali rientra anche quella relativa alla valutazione dell'attendibilità delle conclusioni formulare dal c.t.u. e l'i.a., anche se non possa assurgere a criterio generale di validazione delle medesime per la soluzione del caso concreto, potrebbe essere impiegata per procedere all'esclusione delle tesi che, per un motivo o per un altro, risultano in maniera manifesta contrarie ai "Criteri *Daubert*"». Detti criteri discendono da una nota decisione della Corte Suprema statunitense (*Daubert v. Merrel Dow Pharm. Inc.*, in *US Supreme Court Decisions*, vol. 509, 1993, p. 579 ss.), secondo cui il giudice dovrebbe seguire un determinato *iter* logico nel valutare l'attendibilità di una testimonianza scientifica («Faced with a proffer of expert scientific testimony under Rule 702, the trial judge, pursuant to Rule 104(a), must make a preliminary assessment of whether the testimony's underlying reasoning or methodology is scientifically valid and properly can be applied to the facts at issue. Many considerations will bear on the inquiry, including whether the theory or technique in question can be (and has been) tested, whether it has been subjected to peer review and publication, its known or potential error rate, and the existence and maintenance of standards controlling its operation, and whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community. The inquiry is a flexible one, and its focus must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate»).

Da ultimo, è agevole constatare come le regole di diritto internazionale privato, stabilite a livello europeo, quali in particolare l'art. 8, del c.d. regolamento Roma II, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, si fondino tuttora sulla localizzazione della fattispecie. Detto approccio risulta, tuttavia, inadatto rispetto alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale commessi da un sistema di proprietà intellettuale, perché «esso si rivela estremamente complesso da applicare nei casi in cui l'atto lesivo sia posto in essere da un sistema automatizzato accessibile globalmente, senza un'azione localizzabile univocamente». In questo contesto, secondo l'Autore, è necessario intraprendere un'azione coordinata, sia a livello internazionale, nel contesto della WIPO, sia da parte delle istituzioni europee, attraverso un intervento legislativo «volto a superare l'attuale frammentazione tra diritto d'autore, responsabilità da prodotto e normativa sui dati»[36].

5. *Conclusioni*

Come si è constatato, l'approccio europeo alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale risulta ontologicamente diverso da quello statunitense. Abitualmente, quando si cerca di spiegare questa affermazione ci si limita a constatare che il legislatore europeo, a differenza di quello d'oltreoceano, pone al centro l'uomo ed i diritti fondamentali. Mentre l'approccio regolatorio statunitense, soprattutto dopo il secondo avvento del Presidente Trump alla Casa Bianca, mette esclusivamente al centro di ogni attività regolatoria il mercato.

Tuttavia, come emerge dagli scritti raccolti in questo volume, detta diversità di approccio si traduce in un diverso assetto ordinamentale.

Nell'ordinamento europeo sono infatti presenti una serie di atti normativi ulteriori, che mirano a completare il quadro delle garanzie specificamente apprestate dal regolamento sull'intelligenza artificiale. In tale sistema giuridico sono stati infatti adottati svariati atti normativi che si indirizzano specificamente al funzionamento dei mercati e dei servizi digitali: si tratta di regolamenti concepiti e strutturati per tenere specificamente conto delle peculiarità dei mercati digitali.

In secondo luogo, perché nel sistema normativo europeo, è presente una diffusa regolamentazione della tutela dei dati personali, che è essenzialmente

[36] A. JACI, *Proprietà intellettuale e IA: prospettive internazionalprivatistiche*, in questa *Rivista*, 2025, parr. 3 e 6.

contenuta nel GDPR. Questo strumento tende ad imporsi come standard normativo per tutte le imprese che trattano dati personali di cittadini residenti sul territorio degli Stati membri[37].

Da ultimo, perché il diritto dell'Unione europea contiene un'estesa regolamentazione in materia di proprietà intellettuale, la quale non si limita ai tradizionali diritti già riconosciuti, ma contiene disposizioni specifiche per tenere conto delle esigenze dei mercati digitali e delle necessità di apprendimento dei sistemi di intelligenza artificiale.

Forse, più che il regolamento sull'intelligenza artificiale in sé, è tutto l'apparato che circonda detto atto normativo che costituisce l'effettivo ostacolo rispetto ad uno sviluppo incontrastato dell'intelligenza artificiale e che previene gli atteggiamenti predatori in detto campo[38].

Quindi, alla constatata diversità di approccio nella regolamentazione dei servizi digitali tra le due sponde dell'Oceano, fa da contraltare una complessa articolazione normativa del mercato unico digitale, che oggi costituisce la vera rete di protezione per i diritti fondamentali ed i valori fondanti dell'Unione europea.

[37] Si tratta del noto effetto Bruxelles, teorizzato da A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles. Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021, p. 220 ss.

[38] Il contrasto tra Stati Uniti ed Europa nella regolamentazione dei servizi digitali ha, talora, assunto toni grotteschi, come quando il Segretario di Stato Rubio ha dichiarato di avere adottato un "visa ban" nei confronti di cinque personalità, tra le quali rientrava anche l'*ex* Commissario Thierry Breton, considerato il padre del DMA e del DSA. Nel comunicato stampa del 23 dicembre 2025, si può infatti leggere che: «The State Department is taking decisive action against five individuals who have led organized efforts to coerce American platforms to censor, demonetize, and suppress American viewpoints they oppose. These radical activists and weaponized NGOs have advanced censorship crackdowns by foreign states – in each case targeting American speakers and American companies. As such, I have determined that their entry, presence, or activities in the United States have potentially serious adverse foreign policy consequences for the United States» (*Announcement of Action to Combat the Global Censorship-Industrial Complex*, consultabile al sito www.state.gov/releases/office-of-the-spokesperson/2025/12/announcement-of-actions-to-combat-the-global-censorship-industrial-complex/).

Abstract (ita)

Si ritiene abitualmente che la differenza di approccio regolatorio in tema di intelligenza artificiale tra gli Stati Uniti e l'Unione europea sia essenzialmente dovuto al fatto che, mentre i primi pongono al centro della regolamentazione, le esigenze del mercato, la seconda si focalizza soprattutto sull'essere umano e sui diritti fondamentali. O, perlomeno, mira a bilanciare dette contrapposte esigenze. Questo è tanto più esatto, dopo il secondo avvento del Presidente Trump alla Casa Bianca, il quale, con una serie di atti normativi, ha imposto una crescente deregolamentazione della materia. A tale diversità di approccio, fanno tuttavia da contraltare non solo il regolamento sull'intelligenza artificiale, quanto piuttosto una serie di atti normativi, quali il DMA, il DSA, il GDPR, la direttiva copyright nel mercato digitale. Come dimostrano gli scritti raccolti in questo volume, sono soprattutto detti atti normativi e la lettura congiunta di questi con l'AI Act, che costituiscono l'effettivo ostacolo ad uno sviluppo incontrastato ed illimitato delle tecnologie fondate sull'intelligenza artificiale.

Abstract (eng)

It is commonly believed that the difference in regulatory approach to artificial intelligence between the United States and the European Union is essentially due to the fact that, while the former places market needs at the centre of regulation, the latter focuses primarily on human beings and fundamental rights. Or, at least, it aims to balance these conflicting needs. This is even more true since President Trump's second term in the White House, during which he has imposed increasing deregulation of the sector through a series of legislative measures. However, this difference in approach is counterbalanced not only by the regulation on artificial intelligence, but also by a series of legislative measures, such as the DMA, the DSA, the GDPR and the Copyright Directive in the digital market. As the writings collected in this volume demonstrate, it is primarily these legislative acts, read in conjunction with the AI Act, that constitute the real obstacle to the unchallenged and unlimited development of technologies based on artificial intelligence.

Atti del Workshop annuale della Summer School (Modulo Jean Monnet) CoME Circle

Udine, 15 luglio 2025

The European Union as a world leader in the transition to sustainability

a cura di

E. Bergamini*

* Contributo realizzato nell'ambito del Modulo Jean Monnet CoME Circle "Consumer and Market Law in the European Circular Economy" (codice progetto 101127853), finanziato dall'Unione europea. Le opinioni espresse sono esclusivamente quelle degli autori e non impegnano in alcun modo l'Unione europea o la Commissione europea. Il lavoro si inserisce altresì tra le attività del Piano strategico del Dipartimento di Scienze giuridiche WP 6 – Multiculturalità – trasformazione digitale e valori e diritti fondamentali dell'UE.

THE GREEN TURN OF EU FINANCES: THE INTRODUCTION OF THE "DO NO SIGNIFICANT HARM" PRINCIPLE IN THE FINANCIAL REGULATION

Rosalba Famà[*]

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The finances of the EU and their revival. – 3. The EU Green Strategy and the role of finances. – 3.1. The "do no significant harm" principle as a new green standard. – 4. The "do no significant harm": an emerging principle of EU environmental law. – 4.1. The "do no significant harm" principle under the Taxonomy: a negative condition. – 5. The EU Financial Regulation. – 5.1. The "do no significant harm" in the Financial Regulation: legal significance. – 5.2. Operationalization and implications of the application of the "do no significant harm" in the Financial Regulation. – 5.3. Hurdles to the application of the "do no significant harm" principle in the Financial Regulation. – 6. Concluding remarks.

1. *Introduction*

In September 2024, a subtle yet profound reform was introduced with the integration of the "do no significant harm" (DNSH) into the Financial Regulation, which is the law that governs the general budget of the EU.[1] The reform of the Financial Regulation confirms a growing role that EU finances are called to play within the green transition and EU governance more broadly. Following its initial application in the Recovery and Resilience Facility, the largest programme adopted to boost the post-pandemic economic recovery, the reformed Financial Regulation now applies the DNSH

[*] Postdoctoral Researcher, Bocconi University (*CDR*). The author wishes to thank Prof. Elisabetta Bergamini for the organization of the workshop "The European Union as a world leader in the transition to sustainability" held at the University of Udine on the 15th of July 2025, and Prof. Tatjana Jovanić for the comments received on that occasion.

[1] Regulation (EU, Euratom) 2024/2509 of the European Parliament and of the Council, of 23 September 2024, on the financial rules applicable to the general budget of the Union (recast), Recital 2 and Art. 33. Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council, of 18 June 2020, on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment and amending Regulation (EU) 2019/2088 (hereafter the "Taxonomy Regulation").

principle to all finances of the EU.[2] Well-established under international environmental law, the DNSH is assuming an autonomous meaning in the field of EU environmental law. Despite flying under the radar of most scholarly attention,[3] this green-oriented reform of the Financial Regulation signals an important turn of EU public finances towards ecological targets.

As this article will show, the "green" turn of EU finances is a key component of a broader EU ecological agenda. The reform examined in this contribution has embedded environmental considerations directly into the EU financial management principles and the EU budget that, with its multiannual approach, is emerging as a particularly effective instrument for delivering sustainability objectives. Therefore, there is room to argue that the integration of the DNSH principle in the Financial Regulation will mark a paradigm shift towards "ecological primacy" in EU financial governance, thus challenging traditional understandings of the principle of sound financial management.[4] This contribution will explore this new frontier, critically analysing the implications of the DNSH principle's inclusion in the Financial Regulation of the EU. For its level of technicity, the Financial Regulation is hardly studied, while its recent green turn offers the occasion to dig into it, thus providing an innovative contribution to the existing literature.

[2] For an analysis of the genealogy of the integration of the DNSH principle in the Recovery and Resilience Facility see L. KENTACHE, *A Duty Under Customary International Law and a Condition for Funding Under the EU Recovery and Resilience Facility: The Genealogy of the "Do No Significant Harm" Principle*, in *European Journal of Public Procurement Markets*, n. 5, 2023, p. 88 ff. See also I. COSTANZO, *Il principio Do no significant harm (DNSH) nel processo di transizione ecologica: un itinerario di riflessione*, in *RIDPC*, n. 4, 2023, p. 717 ff.; M. PIGNATTI, *The 'do no significant harm' Principle as a Strategic Tool. The 'Sustainable Economic Activity' and Issues for the Innovation in Public Contracts*, in *RRM*, n. 1, 2023, p. 195 ff; F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, p. 173 ff.; R. BIFULCO, *Nascita di un principio? La tormentata formazione del Do No Significant Harm*, in *RGA Online*, 2024, www.rgaonline.it/articoli/contributi/nascita-di-un-principio-la-tormentata-formazione-del-do-nosignificant-harm; R. FAMÀ, *Beyond "Fit for 55": the Emergence of the 'Do No Significant Harm' Principle in EU Law and EU Funding Mechanisms*, in *Review of European, Comparative & International Environmental*, n. 1, 2025, p. 62 ff.

[3] C. KILPATRICK, *Explaining and Remedying the Near Absence of the Budget in EU Law Scholarship*, in *CMLR*, vol. 61, 2024, p. 623.

[4] For the concept of "ecological primacy" see E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *CMLR*, vol. 59, 2022, p. 19. For an early assessment of the DNSH principle in the Next Generation EU see M. ONIDA, *The Do Not (Significantly) Harm Principle*, in KARS DE GRAAF AND OTHERS (eds.), in *Liber Amicorum Jan Jans*, Paris, 2021, p. 45.

2. *The finances of the EU and their revival*

The finances of the EU are a domain that is rapidly evolving and becoming increasingly central in the EU's strategy to address its challenges.[5] The Security Action for Europe (SAFE) Regulation, the recently adopted plan to strengthen defense investments, is an example of such dynamism.[6] Being increasingly confronted with what Draghi has defined as "common imported shocks", the EU is shifting towards more centralized spending strategies.[7] In this context, EU finances are emerging as a powerful political instrument, enabling the spillover of policy initiatives across different domains through forms of conditionality attached to EU finances.[8] Therefore, funds are at the forefront of the EU policy strategy in the "Europe of events," [9] beyond the conventional "Europe of rules."[10]

[5] L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020*, 2021, p.169-195.; R. FAMÀ, *The EU as a Borrower: Reconnecting the Debates on Economic and Monetary Union and the EU Budget*, in *ELR*, vol. 50, n. 5, 2025, p. 568 ff.

[6] European Commission, Proposal for a Council Regulation establishing the Security and Action for Europe (SAFE) through the reinforcement of the European Defence Industry Instrument, Brussels 19 March 2025, COM (2025) 122final. For preliminary commentaries see P. DERMINE, *Funding Europe's Defence: A First Take On the Commission's ReArm Europe Plan*, in *VBlog*, 2025, www.verfassungsblog.de/rearm-europe-law; M. MARKAKIS, *Defence Spending and the Future of EU Finances: The ReArm Europe Plan*, in *Montesquieu Instituut*, 2025; R. FAMÀ, *Op-Ed: "Financing a European Defence: What Role for the EU Budget?*, in *ELL*, 2025, www.eulawlive-com.eu1.proxy.openathens.net/op-ed-financing-a-european-defence-what-role-for-the-eu-budget.

[7] See M. DRAGHI, *The Next Flight of the Bumblebee: The Path to Common Fiscal Policy in the Eurozone*, 15th Annual Feldstein Lecture, National Bureau of Economic Research, Washington, 11 July 2023 <https://www.nber.org/lecture/2023-15th-annual-feldstein-lecture-mario-draghi-next-flight-bumblebee-path-commonfiscal-policy>; discussing the so-called "European Public Goods" see M. DRAGHI, *In Depth Analysis. The Future of European Competitiveness*, September 2024, p. 290. Concerning the "de-regulation" tendency see the "Omnibus Package" European Commission, 'Commission simplifies rules on sustainability and EU investments, delivering over €6 billion in administrative relief'. <https://finance.ec.europa.eu/publications/commission-simplifies-rules-sustainability-and-eu-investments-delivering-over-eu6-billion_en>.

[8] R. WARNING, *Green Conditionality in State Aid Law*, in *European Commission Competition Policy Brief*, 2021, p. 31. M. FISICARO, *Beyond the Rule of Law Conditionality: Exploiting the EU Spending Power to Foster the Union's Values*, in *EP*, n. 7, 2022.

[9] R. CROWE, *The European Union's Public Finances in Times of Crisis: Fragmentation, Innovation, and Consolidation*, in C. KILPATRICK, J. SCOTT (eds.), *New Frontiers of EU Funding*, 1st edn, Oxford, 2024.

[10] See L. VAN MIDDELAAR, *Alarums and Excursions: Improvising Politics on the European Stage*, Newcastle, 2019.

The COVID-19 pandemic imprinted an unprecedented acceleration towards EU strategic spending on a large scale.[11] This approach transcends the traditional limitations of the EU budget, such as its small size, equal to 1% of the EU GDP.[12] The EU is currently rediscovering and effectively utilizing its borrowing capacity to expand its fiscal space and to offer more affordable loans and grants to its Member States.[13]

The Recovery and Resilience Facility (RRF), the largest spending programme ever adopted by the EU, exemplifies this trend, as the plan allowed tackling post-pandemic economic recovery through an investment approach with a clear focus on green spending.[14] Remarkably, in this context, for the first time, the EU legislator has used the Taxonomy framework, particularly the DNHS principle, as a benchmarking tool for selecting investments and reforms financed by the National Recovery and Resilience Plans compatible with this emerging green standard.[15] This technique allowed the EU to align its spending policy with a new green paradigm, as it will be explained in detail shortly.[16]

It became evident that the EU budget is acting as a stimulus for constraining Member States' behaviors towards the EU strategic goals, including transition targets, to the extent that some scholars refer to a new method

[11] N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2022, p. iv ff.

[12] A. LAMASSOURE, *The Multiannual Financial Framework: a Driver of Reform*, in B. LAFFAN, A. DE FEO (eds.), *EU Financing for Next Decade. Beyond the MFF 2021-2027 and the Next Generation EU*, EUI, 2020, p. 16.

[13] D. HODSON AND OTHERS, *Accountability in Pan-European Borrowing: Mind the Gap* in *West European Politics*, 2024, p. 1.

[14] S. BEKKER, *The EU's Recovery and Resilience Facility: A Next Phase in EU Socioeconomic Governance?*, in *Politics and Governance*, n. 9, 2021, p. 175; A. BIONDI, *The Recovery and Resilience Facility and National Political Dynamics: A Midsummer Night(Mare)?*, in *federalismi.it*, 2022, p. 12; P. BISCIARI AND OTHERS, *The EU Budget and the Next Generation EU Recovery Plan: A Game Changer?*, in *II Economic Review*, National Bank of Belgium, 2021, pp. 29-67.

[15] M. ONIDA, *op. cit.*, pp. 45-52; C. FASONE, M. SIMONCINI, *The Ambiguities of Conditionality as an Instrument of EU Internal Governance*, in C. FASONE, A. DIRRI, Y. GUERRA (eds.), *Established EU Rule of Law Instruments. State of the Art*, in *RED SPINEL Working Paper*, 2023, p. 68; B. BICHI RUSPOLI FORTEGUERRI, *Do No Significant Harm: natura giuridica e funzioni del DNSH nel diritto dell'Unione europea*, in *EJ*, n. 3, 2025, p. 144 ff.

[16] For the role played in public procurment see M. COZZIO, *Transizione ecologica e appalti verdi: nuove regole e soluzioni dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Osservatorio sulla sostenibilità, Studium Iuris*, n. 1, 2021, pp. 67-78.

for the EU to rule, named "governance through funding."[17] This approach represents a nuanced evolution in the EU's policy implementation, where financial mechanisms serve as a dynamic lever for achieving complex, multifaceted policy goals that extend beyond traditional budgetary realms.[18]

The green transition is not excluded from this transformative process. Being among the EU's strategic priorities, there is a strong incentive to subject EU funds to green standards, in a way that allows funds to play a role also in the green transition.[19] It is safe to argue that the reform of the Financial Regulation, which is the object of the current analysis, aims to further ensure coherence between the EU green transition strategy and the EU spending policies through the application of the DNSH principle. The following section briefly introduces the EU green strategy and previous cases of the DNSH principle's applications to EU finances.

3. *The EU Green Strategy and the role of finances*

With the European Green Deal, the European Union proclaimed its intention to be carbon-neutral by 2050.[20] To this purpose, the EU is placing itself in the world arena as one of the most climate-ambitious international organizations.[21] In this context, a need soon emerged to reorient all the EU

[17] EUI Conference, "Governing Through Funding in the EU", 9 June 2025, all the details of the event www.eui.eu/events?id=574387.

[18] B. DE WITTE, *The European Union's COVID-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift*, in *CMLR*, vol. 58, 2021, p. 635.

[19] In general, on conditionality see A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *GLJ*, n. 23, 2022, p. 131.

[20] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The European Green Deal, COM (2019) 640final, pp. 4 and 18 (hereafter "The European Green Deal"). On the European Green Deal in general see F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *RGA*, 2021, p. 777 ff.; F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2022, p. 13 ff.; M. PASSALACQUA, *Green Deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in M. PASSALACQUA (ed.), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2022, p. 14 ff.; E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo* in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2022, p. 468 ff.

[21] See Workshop "The European Union as a World Leader in the Transition to Sustainability", 15 July 2025, University of Udine.

instruments towards the green transition, ensuring that EU policies are coherent and contribute to the green goals.[22] As environmental and economic domains become more intertwined, EU spending mechanisms must also be activated to support the green transition.

Despite the challenges provoked by Covid-19 on the economy and the Russian aggression on Ukraine for the EU energy sector, the EU has pursued the implementation of the European Green Deal through several initiatives. First, the European Climate Law,[23] second, the "Fit for 55"[24] legislative package that included proposals to reform several legal acts related to climate and energy policies to reach the 2030 target, and third, the EU created a system for recognizing sustainable investments in the private sector with a Taxonomy framework.[25]

The following sections give an overview of the European Green Deal, the European Climate Law, the "Fit for 55", and the Taxonomy. Additionally, they reconstruct how the 'do no significant harm' principle has developed under EU law.

3.1. *The "Do no significant harm" principle as a new green standard*

The European Green Deal (hereafter also EGD) represents a "Green Manifesto" of the EU.[26] Despite being a Communication from the Commission with no binding force, it contains an overarching transition strategy. According to Chiti, the EGD is a wide-ranging and ambitious regulatory project that requires a re-reading of the EU construct.[27] Indeed, the EGD acts as a map for the transition of the European Union towards a climate-

[22] B. CALABRESE (ed.), *Legal Perspectives for a Sustainable Circular Economy*, Cheltenham, 2026; A. SIKORA, *European Green Deal – Legal and Financial Challenges of the Climate Change*, in *ERA Forum*, 2021, p. 681 ff.

[23] Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council, of 30 June 2021, establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 (hereafter "European Climate Law").

[24] N. DE SADELEER, *Environmental Law in the EU: A Pathway Toward the Green Transition*, in *Blu Planet Law*, p. 27.

[25] European Commission Official Website, "EU taxonomy for sustainable activities", www.finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en.

[26] A. BARTOLINI, *Green Deal europeo e il c.d. principio DNSH*, in *federalismi.it*, 2024, p. 51 ff.

[27] See E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU*, cit., p. 19.

neutral economy.[28] The Commission affirmed that the EGD forms part of the EU's strategy to implement the UN's 2030 Agenda and the Sustainable Development Goals.[29] The roadmap set in the EGD establishes the final goal of climate neutrality by 2050 and an intermediate target consisting of cutting by 55% the carbon emissions by 2030 compared to 1990 levels. In the European Green Deal Communication, the Commission explains that the "do no harm" principle should be used as a new standard for scrutinizing all EU actions. In other words, when introducing a new initiative, the EU should consider the harm it might have on the environment and include this assessment in the design of a policy.

As Pérez noted, the European Climate Law is the first legislative initiative to execute the EGD.[30] It establishes a framework for the irreversible and gradual reduction of anthropogenic greenhouse gas emissions by sources and enhancement of removals by sinks regulated in Union law.[31] Art. 1 of the European Climate Law sets out that actions are taken in pursuit of the long-term temperature goal set out in point a) of Art. 2.1 of the Paris Agreement. Therefore, the European Climate Law is explicitly linked to the implementation of the Paris Agreement, and writes into law the mandatory goal of reducing emissions by 55% in 2030 and of climate neutrality for the EU by 2050 as compared to 1990 levels.[32] In line with the EGD, it appears that the EU must balance growth with the sustainability of ecosystems.[33] The European Climate Law expressly refers to the "do no harm" principle of the European Green Deal in its Recital number 9.[34]

A few days before the European Climate law entered into force, the Commission presented the "Fit for 55" package, whose main goal is to contribute to implementing the European Green Deal.[35] As the name suggests, the package includes measures to reduce greenhouse gas emissions by 55% in 2030 compared to 1990 levels established under the European Climate Law. Curiously, the Commission Communication on "Fit for 55" does not expressly refer to the "do no harm" principle of the EGD. However, it

[28] *Ivi*, p. 20.

[29] COM (2019) 640final, cit., p. 3.

[30] B. PÉREZ DE LAS HERAS, *The 'Fit for 55' Package: Towards a More Integrated Climate Framework in the EU*, in *RJEA*, vol. 22, n. 2, 2022, p. 64.

[31] European Climate Law, Art. 1.

[32] *Ivi*, Art. 1 par. 2 and Art. 4 par. 1.

[33] *Ivi*.

[34] *Ivi*, Recital 9.

[35] B. PÉREZ DE LAS HERAS, *op. cit.*, p. 62.

acknowledges on multiple occasions the role played by finances in the green transition, particularly for the post-pandemic recovery, such as when it notes that unprecedented resources are earmarked to support the transition through the Recovery and Resilience Facility, under the 2021-2027 Multiannual Financial Framework, and the sustainable finance framework.[36] More broadly, the "Fit for 55" recognizes the importance of investments for a competitive green transition and highlights that NGEU is specifically tailored to support this goal.[37] Also, it is worth noting that some of the legal acts belonging to the "Fit for 55" package refer to the "do no harm" principle, such as the Effort Sharing Regulation, the Renewable Energy Directive, and the Social Climate Fund.[38] Finally, in its July 2020 Conclusions, the European Council endorsed the application of the "do no harm" principle to EU pandemic expenditures.[39] On that occasion, the European Council sealed the agreement on the NGEU programme and decided that expenditure of the Recovery Plan should help reach the climate targets.[40] In detail, the European Council agreed that EU expenditure must be consistent with the "do no harm" principle of the European Green Deal. As anticipated above, the RRF, the cornerstone of NGEU, subordinated all EU-funded investments and reforms to the DNSH principle for the first time in EU history.[41] As we can see, the integration of the DNSH principle into EU legal texts has appeared rather puzzling and fragmented, whereas the reform of

[36] Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Fit for 55": delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality COM (2021) 550final, p. 4 (hereafter "Fit for 55").

[37] *Ivi*, pp. 4 and 12.

[38] Regulation (EU) 2023/857 of the European Parliament and of the Council, of 19 April 2023, amending Regulation (EU) 2018/842 on binding annual greenhouse gas emission reductions by Member States from 2021 to 2030 contributing to climate action to meet commitments under the Paris Agreement, and Regulation (EU) 2018/1999; Directive (EU) 2023/2413 of the European Parliament and of the Council, of 18 October 2023, amending Directive (EU) 2018/2001; Regulation (EU) 2018/1999 and Directive 98/70/EC as regards the promotion of energy from renewable sources, and repealing Council Directive (EU) 2015/652; Regulation (EU) 2023/955 of the European Parliament and of the Council, of 10 May 2023, establishing a Social Climate Fund and amending Regulation (EU) 2021/1060.

[39] European Council, 'Special meeting of the 17-21 July 2020 – Conclusions', EUCO 10/20, 21 July 2020, par. 18.

[40] *Ibidem*.

[41] Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council establishing the Recovery and Resilience Facility [2021] (hereafter "RRF Regulation").

the Financial Regulation, which is the subject of this analysis, aims to harmonise its application.

4. *The "do no significant harm": an emerging principle of EU environmental law*

The EGD Communication places a special emphasis on the "do no harm" principle. However, the Commission does not define its meaning, nor does it refer to the Taxonomy framework, which instead offers a specific definition. Paragraph 2.2.5 of the EGD is titled "Green Oath: do no harm principle".[42] As I have argued elsewhere, the term "oath" evokes a solemn commitment that should guide the Union's policy approach. The European Green Deal boldly declares that all EU policies and actions must work in unison to facilitate a successful green transition.

Central to this commitment is the "do not harm" principle, which, in the Commission's view, should help align existing legislation with emerging environmental priorities, ensuring a comprehensive and consistent approach to sustainable development. To bring this principle into action, the EGD provides that the explanatory memorandum, which accompanies legislative proposals and delegated acts, must contain a section illustrating how the policy at stake complies with the principle of "do no harm".[43] In such a way, the no-harm principle becomes a standard against which the Commission should calibrate its legislative proposals. As Onida argues, the "Green Oath: do no harm principle" aims at counterbalancing this effect by incorporating green considerations in the legislative process.[44]

Afterward, the Commission inserted the "do no harm" principle in the Communication "Better regulation: Joining forces to make better laws".[45] The "Better regulation" requires the Commission to "assess the economic, social and environmental impacts of policy actions and ensure a consistently high quality of proposal legislation".[46] The "Better regulation" Communication states that the Commission will "ensure that the "do no significant

[42] COM (2019) 640final, cit., p. 19.

[43] *Ibidem*.

[44] M. ONIDA, *op. cit.*, p. 45.

[45] Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Better regulation: Joining forces to make better laws COM (2021) 219final.

[46] *Ivi*, p. 1.

harm" principle is applied across all policies in line with the European Green Deal".[47] This means that nowadays the impact assessment also includes the "do no significant harm" scrutiny;[48] moreover, explanatory memoranda of legislative proposals from the Commission must justify how the initiative complies with the DNSH principle.[49]

The DNSH represents both an emerging standard and a long-standing environmental principle for the EU. It is worth recalling that the DNSH principle is not mentioned within the EU Treaties. However, it is a well-established principle under international environmental law.[50] Nevertheless, the EU has developed a distinctive interpretation and application of the DNSH principle.[51] Under international law, the DNSH principle is a customary law principle that aims at good relationships between neighboring countries.[52] In this context, the DNSH principle is centered on preventing transboundary environmental damage and avoiding activities carried out in a State to cause significant harm to the environment of another State.[53] Differently, under the legal development discussed here, the DNSH principle primarily acts as a green criterion for activities to be considered sustainable when EU action is involved.

[47] *Ibidem*.

[48] *Ivi*, p. 16.

[49] *Ibidem*.

[50] See P. SANDS, J. PEEL, *Principles of International Environmental Law*, 3rd edn., Cambridge, 2012, p. 191; N. BREMER, *Post-environmental Impact Assessment Monitoring of Measures or Activities with Significant Transboundary Impact: An Assessment of Customary International Law*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 26, 2017, pp. 80-85; M. TIGNINO, C. BRÉTHAUT, *The Role of International Case Law in Implementing the Obligation not to Cause Significant Harm*, in *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 20, n. 4, 2020, pp. 631-648; United Nations, 'Report of the United Nations Conference of the Human Environment' Stockholm, 2-16 June 1972, (hereafter "Stockholm Declaration") Principle 21; S. MALJEAN-DUBOIS, *The no-harm principle as the foundation of International Climate Law*, in B. MAYER, A. ZAHAR (eds.), *Debating Climate Law*, Cambridge, 2021, p. 15. See L. KENTACHE, *A Duty Under Customary International Law and a Condition for Funding Under the EU Recovery and Resilience Facility*, cit., p. 88 ff.

[51] *Ibidem*.

[52] Stockolm Declaration Principle 21; P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003, p. 191; S. MALJEAN-DUBOIS, *op. cit.*, p. 15; International Court of Justice, Judgement, 2010, Rep. 14, *Argentina/Uruguay* (Pulp Mills on the River Uruguay) par. 101; Reports of International Arbitral Awards, 1938 and 1941, n. 3, *United States/Canada* (Trail Smelter Case) pp. 1905, 1965.

[53] International Court of Justice, Advisory Opinion, 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, para. 27.

The Taxonomy Regulation gives a specific definition of the DNSH principle.[54] The latter was introduced in the field of private finance to offer a framework for identifying "sustainable" investments.[55] The word "Taxonomy" is normally used in the field of biology to provide a classification system for species. Similarly, the EU aimed to introduce science-based criteria for investments to be regarded as genuinely "green." This effort served two purposes: on the one hand, it aimed to impede greenwashing, and on the other, to render sustainable investments more appealing on the market.[56]

4.1. *The "do no significant harm" principle under the Taxonomy Regulation: a negative condition*

The Taxonomy Regulation establishes a dual criterion for sustainable investments: they must positively contribute to environmental goals while simultaneously avoiding substantial negative impacts on those objectives listed in Art. 9 of the same Regulation.[57] In other words, under the Taxonomy Regulation, the DNSH principle functions as a restrictive screening mechanism for qualifying sustainable investments.[58] The environmental

[54] Regulation (EU) 2020/852 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment and amending Regulation (EU) 2019/2088, (Hereafter Taxonomy Regulation), Recitals 5-6. See also F. SCHUTZE, J. STEDE, *The EU Sustainable Finance Taxonomy and Its Contribution to Climate Neutrality*, in *Journal of Sustainable Finance & Investment*, vol. 14, n. 1, 2021, p. 133; N. DE ARRIBA-SELLIER, *Sustainable Finance: Green Taxonomies as Instruments of System Change?*, in J. H. VAN ZEBEN, C. HILSON (eds.), *A Research Agenda for Environmental Law*, Cheltenham, 2025, p. 157 ff.

[55] Commission (EU), "Sustainable finance: Commission's Action Plan for a greener and cleaner economy", Press Release (8 March 2018) www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_1404; P. SWEATMAN and M. HESSENIUS, *"Applying the EU Taxonomy": Lessons from the Frontline*, in *Climate Strategy and Climate & Company Paper*, p. 5.

[56] M. DELSIGNORE, *Il principio DNSH e la lotta al greenwashing*, in *federalismi.it*, 2024, p. 72. See also S. BOWLES, *Unpacking the EU Taxonomy's Do No Significant Harm Provision*, in *S&P Blog*, 2023, www.spglobal.com/esg/insights/blog/unpacking-the-eu-taxonomy-s-do-no-significant-harm-provision. See also C. DE VINCENTI, *Green Investments: Two Possible Interpretations of the "Do No Significant Harm" Principle*, in F. CERNIGLIA, F. SARACENO (eds.), *Greening Europe: 2022 European Public Investment Outlook*, Cambridge, 2022, p. 177 ff.; ID, *The "Do No Significant Harm" Principle: Two Possible Interpretations*, in *Luiss Policy Brief*, n. 62, 2022, p. 1 ff.

[57] F. SCHUTZE, J. STEDE, *op. cit.*, p. 133.

[58] G. M. CARUSO, *Il principio "do no significant harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in *La cittadinanza europea*, n. 2, 2022, p. 35 ff.

objectives listed in Art. 9 of the Taxonomy Regulation are "climate change mitigation", "climate change adaptation", "the sustainable use and protection of water and marine resources", "the circular economy, including waste prevention and recycling", and "pollution prevention and control." To give a concrete example of the DNSH screening function, an investment cannot be considered sustainable if it substantially decreases greenhouse gas emissions but has a significant negative impact on the well-being of an ecosystem. While striving to reduce environmental side effects, the DNSH principle recognizes that absolute zero harm is unrealistic, allowing for marginal (i.e., non-significant) environmental harm. However, identifying in an objective manner when harm becomes "significant" remains challenging, and the assessment may vary depending on the specific conditions of an ecosystem.

Interestingly, the Taxonomy Regulation gradually expanded its normative influence, generating regulatory spillover effects within the European budget. As anticipated, the Recovery and Resilience Facility applied the DNSH principle as defined in the Taxonomy Regulation to EU funds.

Preliminary studies on the operationalization of the DNSH principle in the Recovery and Resilience Facility have been recently carried out.[59] As I have argued elsewhere, the DNSH principle affected the design and type of actions that could be financed with post-pandemic money.[60] In other words, the streamlining of the DNSH pushed to include environmental considerations in national Recovery and Resilience plans, and this has led, in some cases, to exclude certain types of interventions.[61] The DNSH principle functioned as a regulatory standard, preventing the advancement of reforms and investments that could potentially undermine environmental goals. In practice, Member States could not implement measures funded by the RRF funds that could lead to significant harm to environmental objectives indicated in the Taxonomy Regulation. Through this approach, the EU effectively steered Member States towards more environmentally sustainable policy choices, and EU funding mechanisms were strategically repositioned to support the European Green Deal's ecological vision.

[59] B. BICHI RUSPOLI FORTEGUERRI, *op. cit.*; L. KENTACHE, *The Operationalization of the Novel 'Do No Significant Harm' Principle Under the Recovery and Resilience Facility Framework: Unravelling its Multilevel Application*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 18, n. 2, September 2025, pp. 129-158.

[60] *Ibidem.*

[61] Italia Domani, "Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza", 5 October 2022, I, p. 99 ff.; U. BARELLI, *Il PNRR ed il principio "Do No Significant Harm" (DNSH)*, in *RGA*, 2023, p. 1 ff.

Afterward, the DNSH principle has expanded its application to additional EU funds, being integrated into the Common Provision Regulation.[62] The latter is the legal act that governs a large variety of EU funds, such as the European Regional Development Fund, the European Social Fund Plus, the Cohesion Fund, the Just Transition Fund, the Maritime, Fisheries, and Aquaculture Fund, and finally the Asylum, Migration and Integration Fund, and the Financial Support for Border management and Visa Policy. In this context, the DNSH principle was applied horizontally. Continuing its green policy trajectory, the EU once again synchronized its spending with this emerging environmental approach, with the Commission explicitly seeking to apply the RRF's methodology to different funding streams.[63] The progressive expansion of the DNSH principle across EU funds provided the Commission with a broad range of DNSH's applications and contributed to a more consolidated practice of screening activities against the DNSH principle. Extending the DNSH principle to all EU finances through the Financial Regulation's reform marks another significant "green" turn, which builds upon the insights gained from its earlier applications.

5. *The EU Financial Regulation*

Considering the DNSH principle's growing prominence in EU law and the EU financial dimension, its integration into the Financial Regulation is a key development, which will be analyzed in the following sections. To better grasp its full extent, it is useful to provide a preliminary overview of the Financial Regulation and gain a deeper understanding of it. This offers a unique opportunity to provide an innovative contribution to the literature by examining a domain that remains largely uncharted in EU legal scholarship.

[62] See Regulation (EU) 2021/1060 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund Plus, the Cohesion Fund, the Just Transition Fund and the European Maritime, Fisheries and Aquaculture Fund and financial rules for those and for the Asylum, Migration and Integration Fund, the Internal Security Fund and the Instrument for Financial Support for Border Management and Visa Policy, Recital 10 and Art. 9 (4). (hereafter "Common Provisions Regulation"). See the study by M. BELTRÀN MIRALLES AND OTHERS, *The Implementation of the 'Do no Significant Harm' Principle in Selected EU Instruments*, Luxembourg, 2023, p. 15.

[63] Commission Explanatory Note, 'Application of the "Do No Significant harm" Principle Under Cohesion Policy', 2021, p. 1.

The EU Financial Regulation represents a comprehensive legal framework that governs the management of the European Union's budgetary resources, to the extent that Craig described it as a "constitutional framework for Community administration of the kind that has not existed hitherto."[64] It is a complex legal instrument that applies horizontally to all funds, whose legal basis is explicitly offered by Art. 322 TFEU.[65] The latter empowers the European Parliament and the Council, under the ordinary legislative procedure, to adopt a regulation dealing with two sets of rules: those governing the procedure for establishing, implementing the budget, and presenting and auditing accounts; and the rules for a comprehensive system of oversight and accountability, specifically focusing on the responsibilities and potential liabilities of key financial actors, such as the authorizing officer and accounting officer.

The Financial Regulation is regularly updated to reflect changing financial management needs, and the current Financial Regulation, as amended in September 2024, includes 280 articles. Due to its length and level of detail, it is also known as "the EU financial bible". [66] Its complexity is reflected in its 17 Titles, one of the most important being Title II. The latter contains a set of fundamental principles designed to ensure good financial governance, such as the principles of unity and budget accuracy, guaranteeing a sound approach to fiscal management, while the principle of annuality ensures regular financial planning.

The Financial Regulation also illustrates core fiscal principles that include maintaining budget balance, using a standard unit of account, the principle of universality, the principle of specificity of budget allocations, and promoting good financial management. These principles collectively serve as a robust framework that guides how EU institutions allocate, spend, and monitor financial resources, creating a transparent and disciplined approach to managing the complex financial architecture of the European Union.

Detailed rules are also dedicated to the establishment and the structure of the budget (Title III) and provisions on how to implement the EU budget, a function which is in the hands of the European Commission (Title IV).

[64] P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, p. 26.

[65] R. CROWE, *op. cit.*, p. 32.

[66] C. DELON DESMOULIN, *Droit budgetaire de l'Union européenne*, Paris, 2011, p. 44; M. L. SANCHEZ-BARRUECO, *The 2012 Financial Regulation: Building the cathedral of EU legitimacy?*, in *Challenges of the knowledge Society*, 8th Ed. CKS E-Books, 2014, p. 842.

Given the growing importance of the activities carried out by the EU to mobilize its budget, such as borrowing operations, a specific title has been recently devoted to these financial instruments, budgetary guarantees, and financial assistance, which is now Title X of the Financial Regulation.

The Financial Regulation applies to all revenue and expenditure of the budget. Provisions regarding the implementation of the budget, as well as those contained in a basic act, must comply with the principles set in Title II of the Financial Regulation.[67] Moreover, Art. 3 (2) of the Financial Regulation provides that any proposal submitted to the legislative authority that contains a derogation from a title of the Financial Regulation different from Title II must justify the reasons for such a derogation in its recitals and explanatory memorandum. Consequently, although formally the Financial Regulation is an act of secondary law, as De Witte has argued, it has a special legal value for what concerns budgetary matters, thus especially positioning EU public finance law within the EU legal system.[68]

5.1. *The "do no significant harm" in the Financial Regulation: legal significance*

As anticipated at the beginning of this article, the EU legislator amended Title II of the Financial Regulation, one of its most important Titles, by adding an explicit reference to the "do no significant harm" principle. Consequently, the application of the DNSH principle has now been generalized to the entire EU budget, aiming at avoiding inconsistencies for uneven applications of the principle.[69] Particularly, the DNSH is now integrated in Chapter 7 (Title II) of the Financial Regulation, headed "Principle of sound management and performance." This reform introduced paragraph 2 lett. *d*) to Art. 33 Financial Regulation which now reads as follows «programmes and activities, where feasible and appropriate in accordance with the relevant sector-specific rules, should be implemented to achieve their set objectives *without doing significant harm* to the environmental objectives of climate change mitigation, climate change adaptation, the sustainable use and protection of water and marine resources, the transition to a circular economy, pollution prevention and control and the protection and restoration of biodiversity and ecosystems» as enshrined in the Taxonomy

[67] Financial Regulation, Art. 3 (1).

[68] B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 661.

[69] M. PIGNATTI, *op. cit.*, p. 210.

Regulation.[70] Therefore, the EU has opted to embed the DNSH principle into its "EU financial bible" and to make an explicit reference to the definition provided in the Taxonomy Regulation. Also, it is worth noting that the DNSH principle is now part of the Financial Regulation's article titled "Performance and principles of economy, efficiency and effectiveness".

As observed, in the past, the European legislator had employed the DNSH principle's formulation inconsistently, sometimes referencing the Taxonomy, while other times the European Green Deal, thereby generating confusion among legal practitioners. This choice signals a deliberate stance by the EU to adopt a single and consistent standard for all its funding streams.

Despite little attention having been paid to it, this reform will be central as it introduces an eco-conditionality approach to EU funding. The explicit incorporation of the DNSH principle into the Financial Regulation reflects a qualitative shift in EU finances, a "green turn", and represents a further spillover of the EU Taxonomy framework. Overall, it emerges that the EU budget is strategically positioned as a critical lever in safeguarding and further accelerating the EU green agenda.

The preface to the new Financial Regulation supports this argument when it explicitly states that among the most important changes introduced, the reform aims at «*enshrining the respect of* EU values, gender equality, social rights and *the environment in the financial rules for the Union budget*».[71] With this reform, respect for the environment is now entangled in the EU financial law. Being positioned close to EU values and social objectives, the inclusion of environmental considerations in the Financial Regulation suggests a broader ambition for EU finances, consisting of contributing to ESG (environment, social, and governance) targets and playing a more pronounced policy role.

Integrating the DNSH principle into the Financial Regulation is legally significant, given that, as explained earlier, it is a core regulatory instrument for EU finances, especially placed in the EU legal framework. Despite being a secondary law act, the Financial Regulation requires that all funding-related legal acts comply with it and states that its Title II cannot be derogated.[72] Therefore, it might be asserted that the Financial Regulation

[70] Financial Regulation, Art. 33, new para. *d*).

[71] *Ivi*, p. 17.

[72] *Ivi*, Art. 3 (2).

purports to be hierarchically superior to other acts concerning EU finances.[73]

The DNSH principle has been included in the Financial Regulation's Title dedicated to sound financial management, a principle which is also referred to in the Treaty on the Functioning of the European Union, precisely in Art. 310(5), where it is stated that «The budget shall be implemented in accordance with the principle of sound financial management». Following this reform, the DNSH principle will form part of the sound financial management assessment, which has traditionally included the three "E": economy, efficiency, and effectiveness in the management of public funds. In other words, the recent reform demands a transformation of the principle of sound financial management, from a purely economic to a more comprehensive and multidimensional one.

Therefore, we can conclude that, following this reform, the principle of sound financial management, traditionally anchored in the three 'E's of *e*conomy, *e*fficiency, and *e*ffectiveness, will now include a fourth 'E' - '*e*nvironment.' As the Commission has stated in the text of the proposal for the new Financial Regulation, referring to the green transition, the aim of this reform is «to ensure that budget implementation effectively helps achieve the European Green Deal».[74] Consequently, the budget emerges as a new catalyst for the sustainability transition.

Also, from a criterion that was applied to EU funding through specific legal acts, such as in the Recovery and Resilience Facility or the Common Provision Regulation, the reformed Financial Regulation renders the DNSH principle indistinctly applicable to the entire EU budget galaxy. Therefore, we might assume that this reform aims at streamlining the same standard for all the spending programmes adopted by the EU, rather than having inconsistent applications and gaps.

5.2. *Operationalization and implications of the application of the "do no significant harm" principle in the Financial Regulation*

The proposal for amendment of the Financial Regulation states that the introduction of an explicit reference to the "do no significant harm" principle in Art. 33 (2) of the Financial Regulation is coherent with the general EU

[73] R. CROWE, *op. cit.*, p. 32.

[74] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the financial rules applicable to the general budget of the Union (recast) COM (2022) 223final.

commitment to sustainable financing and the green transition. However, while this ambition seems straightforward, putting it into practice could be significantly more complex. Indeed, the application of a principle whose legal meaning, at the current stage, remains unclear under EU law might be challenging.[75] It is therefore central to discuss the concrete operationalization of the DNSH in the Financial Regulation, its implications, and the challenges it might generate. To do so, comparing the DNSH as it appears in the new Financial Regulation with the experience gained under the Recovery and Resilience Facility might offer relevant insights.

The operationalisation of the DNSH principle under the new Financial Regulation can be approached through four distinct dimensions: *a*) when the DNSH principle applies; *b*) what its application entails; *c*) who is responsible for implementing and monitoring its application; and *d*) how compliance with the DNSH principle is assessed and enforced.

As to the first aspect, the text of the newly introduced Art. 33 of the Financial Regulation literally states that «programmes and activities […] should be implemented […] without doing significant harm». The critical point for applying the DNSH principle emerges during the actual implementation phase of projects and activities. Indeed, this is the moment when concrete harm to environmental, climate, and circular economy objectives mentioned in the Taxonomy Regulation might be caused. Nonetheless, the DNSH principle's application becomes equally critical during the planning phase, which inherently precedes and shapes implementation. A difference emerges with the Recovery and Resilience Facility's modality to apply the DNSH principle. It is worth noting that under the RRF, the DNSH assessment was carried out *ex-ante* by the Commission when the National Recovery and Resilience Plans were presented, deployed across the public procurement process, and, to a limited extent, *ex-post*, when, upon the realization of the milestones and targets, the money was disbursed to the Member State concerned. Concerning the latter, it has so far emerged that the *ex-post* assessment has been limited and not particularly stringent.[76] It does not come as a surprise that there have not been cases where the money was

[75] B. BICHI RUSPOLI FORTEGUERRI, *op. cit.*; A. S. BRUNO, *Il PNRR e il principio del Do Not Significant Harm (DNHS) davanti alle sfide territoriali*, in *federalismi.it*, n. 8, 2022, p. 2 ff.

[76] D. JOITA, C. ELENA DOBROTA, C. POPESCU, *"Do No Significant Harm" Principle and Current Challenges for the EU Taxonomy Towards Energy*, in C. MACHADO, J. P. DAVIM (eds.), *Corporate Governance for Climate Transition*, Heidelberg, 2023, p. 187 ff.

frozen for lack of compliance with the "do no significant harm" principle. Therefore, while during the *ex-ante* assessment under the RRF, the DNSH principle allowed the selection of green-aligned projects, impacting the design of the plan and its measures, it is unclear whether the *ex-post* assessment has been effective.

Moving to the second point, what the DNSH application entails, the reformed Art. 33 (2) Financial Regulation does not specify the practical consequences of the introduction of the DNSH principle for EU funds. Likely, this reform will require a mandatory environmental assessment of the EU-funded projects. Yet, the wording used is particularly broad, namely, "programmes and activities" that must be scrutinized against the potential harm they can generate across the six environmental objectives. It is plausible that this requirement will entail greater bureaucratic complexity. Moreover, each programme will likely need to undergo an *ad hoc* assessment, taking into account specific geographical, natural, and contextual conditions. The shift to a DNSH assessment is also likely to involve more complex data analysis regarding environmental damage, aspects that were not relevant under the previous sound financial management framework, which had a primarily economic focus. This situation will place additional administrative pressure on actors involved in the implementation of EU projects, such as local authorities, who may lack sufficient expertise. This consideration leads to the next point.

When discussing who is responsible for implementing and monitoring its application, we should recall that the Financial Regulation sets the rule for the establishment and implementation of the EU budget; therefore, there is room to argue that the "do no significant harm" principle is addressed to all institutional actors involved in the creation of EU spending programmes and in the EU budgetary process. Consequently, the EU legislator will need to take DNSH considerations into account when approving a legal act establishing a funding programme. Moreover, based on Art. 310 (1) TFEU, the European Parliament and the Council establish the annual budget.[77] Also, as enshrined in Art. 17 TEU, the Commission implements the budget. Therefore, the DNSH principle is addressed to all the institutions involved in budgetary matters, such as the European Parliament, the Council, and the Commission.[78] In addition, the multilevel architecture of the EU budget

[77] Based on Artt. 14 and 16 TEU, the European Parliament and the Council must exercise budgetary functions.

[78] P. NICOLAIDES, *Must the Commission Prohibit State Aid That Harms the*

often requires the Member States to contribute to the implementation of the budget, such as under the shared management. For this reason, Art. 310 (5) TFEU specifies that the Member States must cooperate with the Union to ensure the respect of the principle of sound financial management. Remarkably, the introduction of the DNSH principle *de facto* extends the normative scope of the principle of sound financial management, which is now assuming a multidimensional character. As such, following this reform, the Member States, their local authorities, and operational partners will need to contribute to the correct application of the DNSH principle to EU funds.

In accordance with its mandate under Art. 287 TFEU, the European Court of Auditors (ECA) is entrusted with scrutinizing the sound management of EU finances. Consequently, following this reform, the ECA's auditing will include a screening dedicated to the DNSH principle. This means that in the following years, ECA will integrate into its annual reports specific sections dedicated to DNSH compliance. As it is well known, every year the European Court of Auditors issues an opinion based on its auditing activities to assess whether annual accounts of the EU are reliable, and spending activities comply with the rules and regulations.[79] To this purpose, auditors conduct tests that enable them to generate statistical assessments of potential errors across revenue streams and expenditure categories. Therefore, misapplications of the DNSH principle within EU finances will result in an error rate signaled by the European Court of Auditors' annual reports.

Finally, we should look at how compliance with the DNSH principle will be assessed and enforced. Indeed, while under the RRF, the Commission issued a Technical Guideline illustrating how the DNSH principle should be operationalized given the specificities of the post-pandemic plan, providing a document for a self-evaluation, similar guidelines do not exist for the new Financial Regulation.[80] This circumstance might render the effective implementation of the DNSH principle more complex. Likely, new methodologies will need to be developed from scratch to carry out the screening of the programmes and activities against the DNSH principle. One possible measure could be the creation of a list of activities excluded

Environment?, in *European State Aid Law Quarterly*, 2023, p. 17.

[79] See European Court of Auditors, "Annual Report Concerning the 2023 Financial Year", 10 October 2024, www.eca.europa.eu/en/publications?ref=ar-2023>.

[80] Commission (EU), "Technical Guidance on the Application of "Do No Significant Harm" under the Recovery and Resilience Facility Regulation" (Notice) C/2023/111, 11 October 2023.

from EU funding due to their detrimental impact on environmental objectives.

Certainly, the enforcement of the DNSH principle as enshrined in the Financial Regulation might be the most challenging part. In principle, under the RRF, the prospect of losing funding for non-compliance has served as a powerful incentive for rigorous implementation. Nonetheless, as for the integration of the DNSH in the Financial Regulation, it is unclear whether non-conformity with this new environmental principle might lead to the suspension of funds disbursement. A similar enforcement mechanism is not explicitly foreseen.

In the absence of explicit guidance, potential non-compliance will likely be revealed through the European Court of Auditors' Annual Reports only. These documents will inform the European Parliament's budget discharge process, potentially enabling the Parliament to leverage its budgetary prerogatives to enforce more rigorous compliance and give this principle some "teeth" for this green turn of EU finances.

5.3. *Hurdles to the application of the "do no significant harm" principle in the Financial Regulation*

The newly introduced approach based on the DNSH principle may give rise to three main difficulties: first, the risk of an overly stringent interpretation; second, the possibility of a too discretionary application; and third, the additional administrative burden it may generate. Moving to the first, while the principle of integration has formed part of the EU primary law for a long time, entailing the "integration" of environmental considerations in EU policy-making,[81] the DNSH principle seems to bring a more radical approach that aims at excluding "brown" activities from being financed by the EU. If interpreted in a stringent way, the DNSH principle requires that the EU

[81] See Art. 11 TFEU and Art. 37 of the Charter of Fundamental Rights of the EU; M. MONTINI, *The European Green Deal from an Environmental Protection Perspective: the Missing Role of the Environmental Integration Principle*, in KARS DE GRAAF AND OTHERS (eds.), *Liber Amicorum Jan Jans*, Paris, 2021, pp. 87-96; S. BÄR AND R. KRAEMER, *European Environmental Policy After Amsterdam*, in *JEL*, n. 10, 1998, p. 315; M. MONTINI, *The Principle of Integration*, in M. FAURE (ed.), *Encyclopedia of Environmental Law*, Cheltenham, 2028, pp. 138-149; L. KRAMER, *EU Environmental Law*, London, 2012, p. 24; L. KRAMER, *Giving a Voice to the Environment by Challenging the Practice of Integrating Environmental Requirements into other EU Policies*, in S. KINGSTON (ed.), *European Perspectives on Environmental Law and Governance*, New York, 2013, p. 88.

might finance only those programmes that contemporarily do not 1) lead to a sizable amount of greenhouse gas (GHG) emissions;[82] 2) to an increased negative effect of the present and future climate, on activities or individuals, nature, or resources;[83] 3) harm the good conditions or ecological potential of water bodies, like surface and groundwater, or the good environment conditions of marine waters;[84] 4) result in significant inefficiencies in the utilisation of materials or the direct or indirect use of natural resources, or if it significantly augments the production, incineration, or waste disposal, or if the waste disposal in the long-term may result in relevant and durable environmental harm;[85] 5) cause a substantial rise in the emission of pollutants into air, water, or soil;[86] 6) have significant negative impact on the well-being and resilience of ecosystems, or do not impair the good status of habitats and species that require conservation.[87] Given the extensive range of potential negative effects that must be simultaneously avoided, a rigorous application of the DNSH principle could paradoxically risk paralyzing a significant portion (if not all) of economic activities that the EU pursues. As such, the inclusion of the DNSH principle has the potential to transform EU financial governance, marking a radical shift from a purely economic logic to one in which environmental considerations take precedence.

To avoid a complete standstill, the Financial Regulation establishes that the DNSH principle applies only «where feasible and appropriate in accordance with the relevant sector-specific rules». This "feasibility clause" might offer some flexibility when the DNSH principle is to be applied in the presence of competing interests. This leads to a second possible difficulty: an expansive reading of this "feasibility clause" might determine a too lenient application of the DNSH principle and broad discretionary choices. In practice, the institutional actors will be called to balance the DNSH principle with other priorities and specific sectoral rules. The exercise of this discretion might result in an uneven application of the DNSH principle between programmes enacted by the EU and concrete implementation at the national level. To give a concrete example, the recently introduced SAFE Regulation, the new funding programme for speeding up defence investments, does not

[82] Taxonomy Regulation, Art. 17 *a*) "Climate change mitigation".

[83] *Ivi*, Art. 17 *b*) "Climate change adaptation".

[84] *Ivi*, Art. 17 *c*) "The sustainable use and protection of water and marine resources".

[85] *Ivi*, Art. 17 *d*) "The circular economy, including waste prevention and recycling".

[86] *Ivi*, Art. 17 *e*) "Pollution prevention and control".

[87] *Ivi*, Art. 17 *f*) "Protection and restoration of biodiversity and ecosystems".

mention the DNSH, neither in its recitals nor in its articles. This absence is alarming. In principle, defence-related investments might lead to significant harm to the environmental objectives of the Taxonomy Regulation, and this could have been a case where the DNSH "feasibility clause" enshrined in the Financial Regulation applies. However, in the Regulation introducing SAFE, the EU legislator has not offered a justification concerning this issue in the recitals. Admitting that there may be cases in which sustainability considerations yield to more pressing interests, such as defence and security, this aspect should at least be acknowledged and, in particular, duly justified. Such a discretionary approach, if left unexplained, could seriously undermine the effectiveness of the newly introduced DNSH principle within the EU financial governance framework.

Finally, the new DNSH principle might impose an excessive burden on those actors responsible for implementing EU funds, such as local authorities and implementing partners. The RRF's experience reveals that meeting existing environmental regulations does not inherently satisfy the new requirement of the DNSH principle. Compliance with environmental law is necessary but not sufficient to demonstrate respect for the new DNSH principle. In addition, the lack of expertise with regard to the new DNSH assessment, such as data analysis, might represent a concrete obstacle for its effective enforcement and lead to poor results. In the following years, it will be important to develop standardized DNSH practices to better identify the real extent of the DNSH principle. Despite being a fascinating and innovative eco-conditionality tool, it seems the EU legislator is placing a relevant burden on EU finances to achieve the green transition, aiming to achieve "more with less."[88] As EU funds are ultimately implemented by local authorities and operating partners, this DSNH approach risks placing an additional layer of bureaucratic duties on them, rendering funds implementation remarkably complex and ineffective.

6. *Concluding remarks*

The introduction of the DNSH principle in the Financial Regulation further implements the European Green Deal, given that all sectors must contribute to the green transition strategy. Considering its multiannual nature, the EU budget is especially positioned to contribute to the ecological

[88] R. CROWE, *op. cit.*, p. 54.

targets. The DNSH-related new form of eco-conditionality applies to all funds, and in this way, it can be argued that the finances of the EU are "greened" to deliver the ecological transition.

The EU's strategy now focuses on limiting to a maximum extent potential negative impacts on environmental, circular economy, and climate objectives when implementing EU programmes, and the introduction of the DNSH principle in the Financial Regulation moves beyond a piecemeal approach. This normative shift requires that EU financial resources inherently incorporate environmental assessment standards into the principle of sound financial management. This approach will likely have a positive impact on future generations, as harms such as those to biodiversity or the good conditions of habitats are rarely repaired after they are inflicted. Therefore, the EU opting to finance only those activities that do not harm will (partially) prevent a detrimental impact on the environmental objectives.

Indeed, the DNSH contributes to the "green" turn of the EU finances, whose structural design appears to herald a new era of "ecological primacy" in EU financial governance.[89] Yet, the discretionary scope afforded to its application could render its substantive effects more nebulous. In theory, the DNSH principle appears simple, yet its real-world application could be far more complex, especially for those actors involved in concrete project management who risk bureaucratic overload. Given the paucity of provisions dedicated to the "do no significant harm" principle in the EU Financial Regulation, further guidance from the Commission on its concrete interpretation might be essential for its future application and for measuring its successful implementation.

[89] E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU*, cit., p. 19.

Abstract (ita)

L'articolo esamina la recente introduzione del principio del "*Do No Significant Harm*" (DNSH) nel regolamento finanziario dell'UE, uno sviluppo cruciale nella strategia di transizione verde dell'Unione. Attraverso l'inserimento di tale principio nel quadro della governance finanziaria, l'UE sta trasformando il proprio paradigma di bilancio da una prospettiva puramente economica a una multidimensionale che attribuisce priorità alla sostenibilità ambientale. Nel complesso, pur rappresentando un approccio potenzialmente trasformativo alla strategia ecologica dell'Unione, lo studio evidenzia le principali sfide legate all'operazionalizzazione del principio DNSH, tra cui possibili oneri amministrativi e complessità applicative. L'articolo sostiene che questa riforma segna un passaggio verso un bilancio dell'UE più verde, in cui la dimensione finanziaria si configura come un elemento chiave per promuovere l'agenda della transizione ecologica, in linea con il *Green Deal* europeo. Tuttavia, l'applicazione discrezionale del principio DNSH, dovuta alla cosiddetta "*clausola di fattibilità*", potrebbe in ultima analisi limitarne l'efficacia.

Abstract (eng)

The article examines the recent introduction of the "Do No Significant Harm" (DNSH) principle into the EU Financial Regulation, a pivotal development in the EU's green transition strategy. By embedding this principle in the financial governance framework, the EU is transforming its budgetary approach from a purely economic to a multidimensional one that prioritizes environmental sustainability. Overall, while the principle represents a potentially transformative approach to the EU ecological strategy, the study highlights significant challenges in the DNSH operationalization, including potential administrative burdens and implementation complexities. The article argues that this reform signals a shift towards a greener EU budget, positioning finances as a critical lever for advancing the ecological transition agenda, aligned with the European Green Deal. However, discretionary applications of the DNSH principle due to a "feasibility clause" may ultimately limit the principle's effectiveness.

THE EU'S CONTRIBUTION TO THE PROMOTION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND THE FIGHT AGAINST CLIMATE CHANGE BY MEANS OF THE INCLUSION OF SUSTAINABLE TRADE COMMITMENTS IN PREFERENTIAL FREE TRADE AGREEMENTS: THE CASE OF THE AGREEMENT WITH MERCOSUR

Chiara Gambino*

SUMMARY: 1. Trade and sustainable development in the new generation of preferential free trade agreements concluded by the Union. – 2. The EU-Mercosur agreement. – 3. The commitments concerning climate change. – 4. The enforcement of the TSD commitments. – 5. Final remarks.

1. *Trade and sustainable development in the new generation of preferential free trade agreements concluded by the Union*

The interdependence between international trade and sustainable development is now an accepted and established fact, as evidenced, *inter alia*, by the Sustainable Development Goals approved at the 2015 UN summit and the increasingly frequent inclusion in preferential free trade agreements (FTAs) concluded by the EU of commitments aiming at enhancing the protection of workers and the environment.[1]

* Ricercatrice RTD tipo a) in diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Genova.

[1] On these issues, see, *ex plurimis*, L. BARTELS, *Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements*, in *LIEI*, 2013, p. 297 ff.; G. ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell'ambiente nella politica commerciale dell'Unione europea*, in *EJ*, 14 May 2017; K. HRADILOVA, O. SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements; Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, p. 1019 ff.; G. ADINOLFI, *A Cross-cutting Legal Analysis of the European Union Preferential Trade Agreements' Chapters on Sustainable Development*, in C. BEVERELLI ET AL. (eds.), *International Trade, Investment and the Sustainable Development Goals*, Cambridge, 2020, p. 15 ff.; G. M. DURAN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, in *CMLR*, 2020, p. 1031 ff.; M. COLLI VIGNARELLI, *The European Commission Trade Policy Review: the Effectiveness of Sustainable Development Chapters in EU FTAs*, in *EP*, vol. 6, 2021, p. 1 ff.; A. MUCCIONE, *Il rapporto dei capitoli su "commercio e sviluppo sostenibile" con la disciplina in materia commerciale*, in G. ADINOLFI (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 190

Recently, the European Union has placed great emphasis on sustainability issues (both environmental and social) as part of its trade strategy.

As is well known, a profound change in international trade has been taking place for some years now. In particular, as a result of phenomena such as the globalization of supply chains and the emergence of new economic powers in constant growth and expansion, we are witnessing the appearance and spread of unprecedented dynamics to which the WTO system, which has been in serious crisis for some time now, does not seem able to provide adequate responses.[2]

This situation has forced a significant rethinking of the European Union's trade strategy, pivoting on the elaboration – according to the line dictated by the Commission since the *Global Europe Communication* of 2006[3] – of an action plan strongly focused, as far as the external dimension is concerned, on the conclusion of preferential free trade agreements that are characterized by a 'deepened' and 'global' scope (the so-called 'new generation agreements'), as they also aim to regulate those aspects of contemporary international trade – including, as far as we are concerned, those related to the so-called sustainability, both from the environmental and the social point of view – which, at least for the moment, it would seem impossible to fully address at the multilateral level.[4]

ff.; C. CERETELLI, *La clausola sociale nei trattati di libero scambio di nuova generazione dell'Unione europea*, in *RDI*, 2022, p. 1013 ff.; T. NOVITZ, *Sustainable Labour Conditionality in EU Free Trade Agreements? Implications of the EU-Korea Expert Panel Report*, in *ELR*, 2022, p. 3 ff.; S. VILLANI, *I capitoli in materia di sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell'Unione europea: prove di rilevanza sistemica*, in *RCI*, 2022, p. 707 ff.; L. DI ANSELMO, *La promozione dello sviluppo sostenibile negli accodi commerciali dell'Unione europea: alla ricerca di strumenti di enforcement più incisivi?*, in *federalismi.it*, 2023, p. 90 ff.; C. GAMBINO, *Commercio e sviluppo sostenibile negli accordi preferenziali di nuova generazione con i partners asiatici alla prova delle competenze esterne dell'UE*, in *RGA*, 2024, p. 86 ff.; M. MONTINI, *L'azione esterna dell'Unione europea per l'attuazione dello sviluppo sostenibile*, Naples, 2025.

[2] B. RIGOD, *Global Europe: the EU's New Trade Policy in its Legal Context*, in *CJEL*, 2012, p. 278 ff.; G. SACERDOTI, *Lo stallo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio davanti alla sfida di Trump: difficoltà passeggere o crisi del multilateralismo?*, in *DPCE*, 2018, p. V ff.; G. SACERDOTI, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un global public good da difendere*, in *DPCE*, 2019, p. 685 ff.; A. DEL VECCHIO, *La crisi del multilateralismo e le sue conseguenze sulla soluzione delle controversie economiche internazionali*, in *OIDU*, 2020, p. 111 ff.; G. SACERDOTI, *La crisi dell'organizzazione mondiale del commercio – WTO: ragioni e prospettive di rilancio dopo la 12ª conferenza ministeriale di giugno 2022*, in *DCI*, 2022, p. 595 ff.

[3] European Commission, *Global Europe - Competing in the world - A contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy*, 4 October 2006, Communication COM (2006) 567final.

[4] On 'new generation' trade agreements see D. KLEIMANN (ed.), *EU Preferential Trade*

Since the Communication *Trade for All - Towards a more responsible trade and investment policy* of 2015,[5] the Commission emphasized, in particular, the need to ensure the coherence of the Union's trade policy with broader EU values, including those of a non-trade related nature, such as the development of poorer countries, the promotion of high environmental and social standards and respect for human rights.[6]

Such an approach undoubtedly stems from the subjection – in the post-Lisbon regulatory context – of the Union's external action and, consequently, of its the common commercial policy as well to the general principles and objectives enshrined in Articles 3(5), 21 and 22 TEU in this regard.[7] These provisions denote, in fact, the express recognition, within the Treaties, of the necessary connection between trade matters and more purely political considerations and of the need to put them on an equal foot, as called upon to go «hand in hand».[8]

Agreements: Commerce, Foreign Policy and Development Aspects, Florence, 2013; C. DI TURI, *La strategia commerciale dell'Unione europea tra "regionalismo economico" e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione?*, in *SIE*, 2014, p. 81 ff.; S. GSTOL, D. HANF, *The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context*, in *ELJ*, 2014, p. 733 ff.; S. WOOLCOCK, *EU Policy on Preferential Trade Agreements in the 2000s: a Reorientation towards Commercial Aims*, in *ELJ*, 2014, p. 718 ff.; C. CELLERINO, *EU Common Commercial Policy in Context: Opportunities and Challenges of a Changing Landscape*, in *DCI*, 2015, p. 783 ff.; B. HOEKMAN, *Deep and Comprehensive Free Trade Agreements*, EUI working paper RSCAS no.2016/29, 2016; G. M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *SIE*, 2016, p. 329 ff.

[5] European Commission, *Trade for All - Towards a more responsible trade and investment policy*, 14 October 2015, Communication COM (2015) 497final.

[6] On this Communication, see A. BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la Comunicazione Commercio per tutti, tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *DUDI*, 2016, p. 233 ff.; G. ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell'ambiente*, cit.

[7] According to Article 205 TFEU «the Union's action on the international scene, pursuant to this Part, shall be guided by the principles, pursue the objectives and be conducted in accordance with the general provisions laid down in Chapter 1 of Title V of the Treaty on European Union». In the same vein, Article 207, para. 1, TFEU underlines that «the common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action». Particularly interesting is Article 3, para. 5 TEU when clarifying that «in its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter».

[8] M. CREMONA, *A Quiet Revolution: the Common Commercial Policy Six Years after the Treaty of Lisbon*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2017, p. 35.

In the light of this regulatory framework, the Commission emphasized, in the above-mentioned 2015 Communication, that «one of the aims of the EU is to ensure that economic growth goes hand in hand with social justice, respect for human rights, high labour and environmental standards, health and safety protection» and that «this applies to external as well as internal policies, and so also includes trade and investment policy».[9]

This translated, in concrete terms, into a call for free trade agreements to include commitments on sustainable development and to ensure that they are implemented and adhered to. In this regard, more specifically, the Commission emphasized that «recent EU FTAs also systematically include provisions on trade and sustainable development» and that «as FTAs enter into force, the EU will have to make sure that the provisions on trade and sustainable development are implemented and used effectively, including by offering appropriate support through development cooperation».[10] Similar considerations are also made in subsequent documents, such as the *Reflection Paper on harnessing globalization* [11] and the *Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy.*[12]

Lastly, the FTA Policy Review reflected in the Communication *The power of trade partnerships: together for green and just economic growth* of 2022[13] further emphasized the need to focus on the effective implementation of existing trade partnerships also in view of the commitments made by the Union internationally and consolidated in the European Green Deal.[14]

The inclusion, within the preferential agreements, of specific commitments in relation to the issues in question can therefore be considered as an effective tool to "export" abroad the EU standards and values. At the same time, it is undeniable the need to regulate the aspects in question by means of the provision of standards as common as possible in order to limit the so-called race to the bottom and the competitive advantage potentially deriving

[9] COM (2015) 497final, cit., at 15.

[10] *Ivi*, at 17.

[11] Commission, *Reflection Paper on harnessing globalization*, 10 May 2017, COM (2017) 240final.

[12] Commission, *Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, 18 February 2021, Communication COM (2021) 66final. For further reading, see M. COLLI VIGNARELLI, *op. cit*.

[13] Commission, *The power of trade partnerships: together for green and just economic growth*, 22 June 2022, Communication COM (2022) 409final.

[14] Commission, *The European Green Deal*, 11 December 2019, Communication COM (2019) 640final.

from the application, in the partner countries' legal systems, of levels of protection significantly lower than those in force in the European Union.[15]

2. *The EU-Mercosur agreement*

The EU has identified the Americas, particularly Latin America and the Caribbean, as a key geopolitical trade partner, as well as a prospective collaborator in advancing important climate change and sustainability objectives within the context of its external action.[16]

On 6 December 2024, the EU and the Mercosur countries (corresponding to Argentina, Brazil, Uruguay and Paraguay) finalized the negotiations for the (debated and controversial) conclusion of a trade agreement, whose text – in an updated version of the "agreement in principle" reached in 2019 – gives to the issues regarding sustainability an unprecedented centrality.[17]

[15] The EU-Vietnam agreement explicitly states, at Article 13.4, para. 5, that «the Parties recognise that the violation of fundamental principles and rights at work cannot be invoked or otherwise used as a legitimate comparative advantage and that labour standards should not be used for protectionist trade purposes».

[16] Commission and High Representative for CFSP, *A New Agenda for Relations between the EU and Latin America and the Caribbean*, 7 June 2023, Joint Communication JOIN (2023)17final.

[17] For further reading, see M. BALTENSPERGERM, U. DADUSH, *The European Union – Mercosur Free Trade Agreement: Prospects and Risks*, in *Bruegel Policy Contribution*, n. 11, 2019; F. COLLI, *The EU-Mercosur Agreement: towards Integrated Climate Policy?*, in *European Policy Brief*, n. 57, November 2019; J. HARRISON, S. PAULINI, *The Trade and Sustainable Development Chapter in the EU-Mercosur Association Agreement – Is it Fit for Purpose?*, Client Earth, 2020; F. DE ANDRADE CORREA, A. LEHMEN, *Trade, Sustainable Development and Climate Change: How Can Free Trade Agreements be Leveraged for Increased Climate Action? Perspectives on the EU-Mercosur Agreement*, in *LIEI*, 2023, p. 287 ff.; I. ESPA, M. TOKAS, *Interrelation between Paris Agreement and EU Free Trade Agreements' Commitments: in Search of a Sustainable Path*, in *European Foreign Affairs Review*, 2024, p. 7 ff.; L. GOVAERT, *Neocolonialism in Disguise? The European Commission's Trade and Sustainable Development Discourse*, *ivi*, p. 331 ff.; R. PALMIERI ET AL., *Beyond the Finish Line: Sustainability Hurdles in the EU-Mercosur Free Trade Agreement*, in *Social Sciences*, 2024, p. 362; C. ECKES, P. KRAJEWSKI, *How Sustainable is the EU-Mercosur Agreement?*, Report for Climate Action Network Europe, 2025; I. ESPA, M. TOKAS, M. SEGGER, M. GEHRING, *Climate Change and Sustainability Advances in EU Trade Agreements; Policy and Legal Innovations, Interlinkages and Implementation*, in *European Foreign Affairs Review*, 2025, p. 1 ff.; J. HARRISON, S. PAULINI, *Reinventing Trade, Environment and Development Interlinkages: Lessons from the EU-Mercosur Association Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 2025, p. 723 ff.; A.

Concerns about the environmental impact of the deal are, indeed, among the most debated issues that have caused negotiations to take over twenty years to conclude, especially in the light of the increased destruction of the Amazon under the policies of Brazil's President Bolsonaro. Hence, the declared objective of the EU-Mercosur Joint Instrument released in 2023 was precisely to strengthen the sustainability commitments contained in the said agreement in principle, with specific reference to their enforcement.[18]

On 3 September 2025, the Commission has put forward its proposal to the Council for the signature and conclusion of the EU-Mercosur Partnership Agreement (EMPA), which will subsequently need ratification by all Member States. The Commission's proposal also includes an Interim Trade Agreement (ITA) which – covering only those commitments falling within the exclusive competence of the EU – is subject to the EU-only ratification process and whose effects will cease right after the entry into force of the EMPA.

Most of the provisions contained in the TSD Chapter are in line with other trade agreements previously signed by the EU. The TSD Chapter is not limited, though, to reaffirming existing international obligations, dealing with the so-called right to regulate and imposing the maintenance of current levels of protection: it also contains specific provisions on climate change, deforestation, fishing and aquaculture, as well as responsible management of supply chains. The agreement also consists of a special annex that further specifies the commitments undertaken by the parties in relation to these issues.

Particularly interesting, for the purposes of this work, are those provisions (addressed in the following paragraphs) dealing with climate change and the implementation of the Paris Agreement, as well as the specific enforcement mechanisms displayed for their violation.

3. *The commitments concerning climate change*

The relationship between trade agreements and climate change is quite

LEHMEN, G. VIDIGAL, *Trade and Environment in EU-Mercosur Relations: Negotiating in the Shadow of Unilateralism*, in *European Foreign Affairs Review*, 2025, p. 87 ff.

[18] EU-Mercosur Joint Instrument DRAFT - SENSITIVE Version of February 2023. In 2023, the EU and Mercosur engaged in negotiations for a "Joint Instrument" as a supplementary agreement to address concerns about the EU-Mercosur trade deal's impact on sustainability.

controversial.[19] On the one hand, trade – and, all the more so, its increase as a consequence of the liberation effect stemming from FTAs – is one of the major sources of greenhouse emissions. On the other hand, trade agreements can provide an opportunity for the negotiation of specific provisions aimed at protecting the environment and forests, as well as at greening exports of developing countries.[20]

As already mentioned, the agreement at stake includes specific provisions dealing with climate change, corresponding to *i*) Article 18.6 of the Chapter concerning "*Trade and Sustainable Development*", as well as – after the updating of the 2019 version of the deal – *ii*) two additional articles, entitled "*climate change*" (Article 7.7) and "*fulfilment of obligations*" (Article 30.4), and *iii*) a dedicated Annex to the said chapter (Annex 18-A).

More in detail, according to Article 18.2, para. 2, «each Party shall: *a*) effectively implement the UNFCCC and the Paris Agreement»; *b*) «consistent with article 2 of the Paris Agreement, promote the positive contribution of trade to a pathway towards low greenhouse gas emission and climate-resilient development and to increasing the ability to adapt to the adverse impacts of climate change in a manner that does not threaten food production».

In the same vein, under Article 7.7, para. 1, «the Parties reiterate their commitment to the implementation of the Paris agreement».

Such commitments are not declined, though, in specific objectives. The agreement does not clarify what «effective implementation» of the Paris Agreement exactly means, nor in what ways the parties are required to «promote» the positive contribution to the reduction of greenhouse gas emissions consistently with the goal to hold the increase in global average temperature envisaged in Article 2 of the Paris Agreement. As such, the provisions at stake can be qualified as open-ended clauses, whose potential of giving rise to binding and enforceable obligations is, consequently, quite uncertain, with significant implications, as will subsequently pointed out, as regards their enforcement.[21]

[19] For further reading, see J. MORIN, S. JINNAH, *The Untapped Potential of Preferential Trade Agreements for Climate Governance*, in *EP*, 2018, p. 541 ff.

[20] The Commission in its Communication COM (2022) 409final cit., p. 2, states that «as instruments of privileged partnership, trade agreements provide a platform for policy dialogue and cooperation on sustainability with partner countries. This is vital because only global cooperation can address global challenges».

[21] It is noteworthy that, conversely, the draft Joint Instrument proposed by the EU in 2023 included – as regards climate change – a number of specific commitments, such as *a*)

It is noteworthy that, for instance, the EU-UK agreement precisely declines the obligations stemming from the recognition of the importance of taking urgent action to fight climate change and its impacts in line with the multilateral instruments in force. Besides *a*) committing to «effectively implementing» the UNFCCC and the Paris Agreement, Article 401, para. 2 of such latter agreement, requires the Parties *b*) to promote the mutual supportiveness of trade and climate policies by contributing to the transition to a low greenhouse gas emission and resource-efficient economy, as well as to a climate-resilient development and *c*) to facilitate the removal of obstacles to trade and investment in goods and services of particular relevance for the issues at stake, such as renewable energy and energy efficient products and services, naming, by way of example, the addressing of tariff and non-tariff barriers and the adoption of policy frameworks conducive to the deployment of the best available solutions.

Similarly, the EU-New Zealand[22] agreement specifies that the pledge to «effectively implement» the UNFCCC and the Paris Agreement includes «commitments with regard to nationally determined contributions» and the obligation «to refrain from any action or omission that materially defeats the object and purpose of the Paris Agreement».[23] Furthermore, among the actions which the Parties shall carry out under this clause, the agreement mentions – in addition to the ones listed within the EU-UK deal – the promotion of emission trading as an effective policy tool for reducing greenhouse gas emissions efficiently, and promote environmental integrity in the development of international carbon markets.[24]

Further uncertainty as to the scope of this clause might derive from the reference, in Article 7.7 of the EU-Mercosur agreement, to the need – as

the «timely communication and implementation of successive and progressive Nationally Determined Contributions (NDCs) reflecting the highest possible ambition, in accordance with Arts. 4.2 and 4.3 of the Paris Agreement»; *b)* «no reduction in the level of ambition of each Party's NDC, including with respect to deforestation targets». The document also mentioned «legislative, regulatory and policy action aiming at making finance flows consistent with a pathway towards low greenhouse gas emissions and climate-resilient development, in accordance with Article 2.1.c. of the Paris Agreement». The lack of precise guidance has led the EU Commission, in its Communication COM (2022) 409final, cit., to highlight the need for specifying targets, deadlines and goals in sustainable development chapters of FTAs.

[22] For further reading, see G. D'AGNONE, *Sviluppo sostenibile: una condizionalità ambientale... soft? Alcune brevi osservazioni sull'accordo commerciale negoziato tra l'Unione europea e la Nuova Zelanda*, in this *Journal*, 11 September 2022.

[23] Article 19.6, paras 2 and 3.

[24] Article 19.6, para. 4 (c).

regards the implementation of the Paris Agreement – to reflect «equity and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in light of different national circumstances». Such clarification can be read, indeed – in line with the approach underpinning the Paris Agreement – as allowing to calibrate each party's actions and to evaluate the adherence thereof with the obligations at stake taking into account the specificities of the situation concerning the said partner.

It is not entirely clear, then, the precise content of the commitments at stake, nor what might constitute a breach thereof.

Some useful hints as to the material scope of the clauses at stake might be inferred, though, indirectly, from the recent Advisory Opinion delivered by the International Court of Justice with reference to the *Obligations of States in respect of Climate Change*.[25] By means of such opinion, the Court clarified, inter alia, that the States parties to the Paris Agreement have a legally binding obligation *a*) to act with due diligence in taking measures capable of making an adequate contribution to achieving the temperature goal set out in the agreement; *b*) to prepare, communicate and maintain successive and progressive nationally determined contributions (NDCs) which, when taken together, are capable of achieving the temperature goal of limiting global warming to 1.5° C above pre-industrial levels; *c*) to pursue measures which are capable of achieving the objectives set out in their successive NDCs; *d*) of adaptation and co-operation, including through technology and financial transfers, which must be performed in good faith.

More in detail, the Court pointed out that the obligations to prepare, communicate and maintain successive NDCs, to account for them and to register them are obligations of result and – as regards their content – that parties are required to do their utmost to ensure that they reflect each Party's "highest possible ambition",[26] bearing in mind that – consistent with the varying character of due diligence and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities – the standard to be applied when assessing them will vary depending, for instance, on historical contributions to cumulative GHG emissions and the level of development and national circumstances of the party in question.

There is no doubt that failure to fulfil the above mentioned obligations would amount to a failure to implement the Paris Agreement.

[25] International Court of Justice, Advisory Opinion 23 July 2025, *Obligations of States in Respect of Climate Change*.

[26] *Ivi*, para. 240 ff.

In addition to the said commitments, the EU-Mercosur agreement places great emphasis on cooperation. Both Article 18, para. 3 and Article 7.7, para. 2 prescribe that «the Parties shall also cooperate, as appropriate, on trade-related climate change issues».

It could be argued that, as a matter of fact, the key to effectively implement the Paris Agreement – especially as regards partners with different development levels – lies, precisely, in adopting a cooperative approach,[27] rather than on imposing strict and binding standards whose breach can hardly be sanctioned both for normative and political reasons. Anyways, in spite of such considerations and of the choice of the verb «shall», the obligations arising from these provisions are significantly weakened by the phrase «as appropriate».

4. *The enforcement of the TSD commitments*

Enforcement mechanisms generally tend to be weak as regards the commitments at stake.

Traditionally, issues arising from the TSD Chapter are dealt with by means of a dispute mechanism which is separate and different from the one envisaged for the violation of the other clauses, whose functioning is demanded to a panel of experts in charge of adopting non-binding recommendations.

In the light of the above, in its (already cited) 2022 FTA Policy Review,[28] the EU Commission committed to pursuing a more holistic approach to the effective implementation of climate change provisions, by opting for a more assertive enforcement model. According to this amended approach, EU FTAs are supposed to provide for *i*) the alignment of TSD enforcement with the general State-to-State dispute settlement mechanism; as well as *ii*) the possibility to apply trade sanctions, even in the form of suspension of trade concessions, as a matter of last resort, in case of serious violations of core commitments.[29]

[27] I. ESPA, M. TOKAS, *op. cit.*, p. 28 observe that climate change and other TSD provisions in FTAs negotiated with different development levels should primarily be supplemented with cooperation mechanisms, monitoring and non-compliance mechanisms such as dialogue, capacity building and shaming. This view is shared also by D. PRÉVOST, I. ALEXOVICOVA, *Mind the Compliance Gap: Managing Trustworthy Partnerships for Sustainable Development in the European Union's free trade agreements*, in *International Journal of Public Law and Policy*, 2019, p. 236 ff.

[28] COM (2022) 409final, cit., at 11.

[29] For further reading, see C. VAN DER VEN, *GT12- Make or Break: Including Multilateral*

The above notwithstanding, the ordinary dispute settlement mechanism established in the EU-Mercosur agreement does not cover, though, its TSD Chapter. Consequently, any dispute concerning such commitments is to be addressed by a panel of experts, whose duty is to deliver a report containing the assessment of facts, findings and, more interestingly, non-binding recommendations.[30]

As a matter of fact, there is no legal avenue to enforce compliance with the report, since the panel of experts does not have the power to apply sanctions in situations where their recommendations are not followed. However, the parties are obliged to discuss specific measures that would ensure the observance of recommendations issued by the panel.[31] In addition, the Sub-Committee on Trade and Sustainable Development established by the agreement is in charge of monitoring the follow-up to the report.[32]

So far, actually, the EU-New Zealand agreement is the only EU trade agreement allowing the examination of climate change and labour claims under the ordinary dispute settlement procedure.[33] It interesting to note, moreover, that such deal envisages the use of sanctions, in the form of compensation or even of suspension of the application of obligations under the covered provisions, as a temporary remedy to induce compliance with a decision of the panel,[34] expressly including – among the selected disputes under the TSD Chapter to which such mechanism is applicable – the situation when it is found that the Party complained against failed to refrain from any action or omission that «materially defeats the object and purpose of the Paris Agreement».[35]

Article 30.4, combined with Article 7.7. provides, however, some interesting innovations consisting in the possibility, for the parties themselves, to apply trade sanctions for the violation of the commitments at stake.

A key element of the deal is – in line with the treaties previously

Environmental Agreements as "Essential Elements" in RU Free Trade Agreements, in *Europe Jacques Delors Policy Papers*, 5 December 2022.

[30] Article 17, para. 9 of the TSD Chapter.

[31] As G. ADINOLFI, *A cross-cutting legal analysis*, cit., at 40, puts it, «An obligation to negotiate arises, to be fulfilled in good faith and with the purpose of identifying a measure or an action plan suitable to put an end to the unlawful conduct».

[32] Article 17, para. 11.

[33] Chapter 26, *Dispute settlement*.

[34] Article 26.16.

[35] Article 26.16, para. 2.

concluded with UK[36] and New Zealand[37] – the qualification of the Paris Agreement, on the basis of its Article 7.7, para. 3, as an «essential element».[38] This means that each party can suspend the agreement, in whole or in part, if it considers that there is a serious breach of such essential element.[39] More in detail, by virtue of para. 3 of Article 30.4, if either Party considers that its counterpart has committed a violation of the obligations which are described as essential elements, it may take «appropriate measures», which may include the suspension, in part or in full, of the agreement.

The identification of the specific failures to comply which can trigger the mechanism at stake is subject, however, to significant uncertainties.

According to para. 3 of Article 7.7, only the second sentence of paragraph 2 – stating that «each Party shall remain a party, in good faith, of the UNFCCC and its Paris Agreement» – constitutes an essential element of the agreement. Being elevated to an essential element of the agreement is not, therefore, the Paris Agreement and the obligations undertaken through it, but rather the (mere) ongoing membership to it.

[36] Article 772, para. 4. It is worth mentioning that the EU-UK agreement elevates – for the first time in history – the "*fight against climate change*", rather than the Paris Agreement (or the membership to it) in particular, to the rank of essential element of the agreement. Article 771 ("*essential elements*") expressly states that Article 764, para. 1, entitled "*fight against climate change*", constitutes – along with other provisions – an essential element of the partnership. Article 764, entitled "*fight against climate change*", states that such objective «inspires the domestic and external policies of the Union and the United Kingdom» so that «accordingly, each Party shall respect the Paris Agreement and the process set up by the UNFCCC and refrain from acts or omissions that would materially defeat the object and purpose of the Paris Agreement». In this perspective, the breach of the Paris Agreement (when consisting of a conduct which materially defeats its object and purpose) represents just as an example of the wider range of serious and substantial failures of obligations that shall be considered as essential element under such treaty.

[37] Similarly to the EU-UK deal, while not containing an "essential element clause" referring to climate change, the EU-New Zealand Agreement clarifies – by means of Article 27.4, para. 3 – that an act or omission that would materially defeat the object and purpose of the Paris Agreement would constitute a reason to invoke the essential element clause and suspend or terminate the treaty in accordance with the procedure set out in Article 54 of the Partnership Agreement.

[38] Article 7.7., para. 3.

[39] It is interesting to note that, according to Article 30.4, para. 7 – when concerning a violation of this essential element clause committed by a signatory Mercosur State – the suspension of the operation of the agreement shall be confined to the relationship with such State only. By contrast, in the absence of specific provisions stating otherwise, the violations committed by any Member State seem to entail the suspension of the agreement in relation to the European Union as a whole.

Further obligations whose breach might trigger the application of the mechanism at stake might be inferred, though, by the use of the phrase «in good faith», if interpreted as implying a best effort clause as regards the fulfilment of the commitments undertaken with the Paris Agreement.

On the other hand, the mentioning of the principle of good faith might be read as implying a reference to the principle of common-but-differentiated-responsibilities underpinning the mechanisms set out by the Paris Agreement, entailing, as such, that – for a breach to be found – it is necessary to take into account that, as previously recalled, the demands flowing from such instrument are less stringent upon the Mercosur countries than upon the EU. The emphasis placed by Article 7.7, para. 1, on the need – while endeavouring to implement the Paris Agreement – to reflect «equity and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities» seems to point to such conclusion as well. It is therefore uncertain whether, for instance, failure to comply with one's NDCs would be considered, as such, as a violation of this essential clause, especially in light of the above-mentioned Advisory Opinion recently delivered by the International Court of Justice, according to which the obligation set out in Article 4, para. 2, of the Paris Agreement to pursue domestic mitigation measures with the aim of achieving the objectives of the Parties' NDCs is an obligation of conduct, rather than of result, so that compliance with it is to be merely assessed in terms of exercise of due diligence.

At the same time, it cannot be underestimated that, in international environmental law, the focus is not placed upon the duality of breach and non-breach, but rather on the grey-area of "non-compliance", corresponding to those situations which do not reach the level of a breach of a commitment but, still, cannot be considered in line with it.[40] In this vein, the reference to the principle of good faith might be read, then, as aimed at catching even situations of mere "non-compliance".

It is not clear, therefore, whether nor under what circumstances the violation of the climate change commitments previously analysed can amount to a breach of an essential element of the agreement.

Further uncertainty can derive from the need, according to the last limb of para. 3 of Article 30.4, that – in order to justify the suspension of the deal – violations of the essential element have to be «particularly serious and substantial»; such requirement implies, indeed, the conferral, upon each party, of significant margins of appreciation as to the weight of the breach under consideration.

[40] I. ESPA, M. TOKAS, *op. cit.*

While undoubtedly marking an important innovation in the EU's approach to sustainable trade, turning the Paris Agreement into an essential element of the FTA might therefore prove to be quite risky for the functioning of the deal in so far as it entitles each party to decide unilaterally and basically unconstrained whether there has been a breach and to take appropriate action accordingly.

In order to cope with such concerns, it might be advisable, then, to add some specificity to the provision at stake, by including, for instance, an open-ended illustrative list of actions and omissions that would be presumed to constitute a breach of the principle of good faith as regards the ongoing membership to the Paris Agreement.[41]

Anyway, the EU-Mercosur agreement lays down some basic rules of procedure for the application of the remedies in consideration which significantly limit the chances of application of this kind of sanction.

Since the «appropriate measures» shall be taken «in full respect of international law» and be «proportionate» to the contested violation,[42] suspension is to be deemed as a «measure of last resort» and «priority must be given to those appropriate measures which least disturb the functioning of the Agreement».[43] Furthermore, it must be temporary and merely instrumental to fostering compliance or, else, to finding a mutually agreed solution. Article 30.4, para. 3, clarifies that the party which is willing to react to the perceived violation of the essential element clause shall immediately notify its counterpart and may request to hold urgent consultations on the matter with a view to seeking a mutually agreed solution and that suspension «shall apply for the minimum period necessary to resolve the issue in a manner acceptable to the Parties».

It is worth recalling that – despite the widespread inclusion of essential element clauses in its FTAs – the EU has never suspended nor terminated any agreement. Part of the reason might be that – given the reciprocal nature of trade agreements – the consequences of doing so would be very costly not only for the trading partner but also for the EU itself.[44]

In the line of the above, the «appropriate measures» envisaged by the provisions at stake might preferably take the form of financial penalties proportionate to the weight and the duration of the violation might. Such

[41] C. VAN DER VEN, *op. cit.*, at 14 ff.

[42] Article 30.4, para. 5.

[43] Article 30.4, para. 3 (last limb) and para. 5.

[44] C. VAN DER VEN, *op. cit.*, at 4.

sanctions might indeed prove to be more efficient as a compliance inducement mechanism, especially if required to be paid into a fund and subsequently used to promote environmental enforcement in the responding country.

Considering the above-mentioned uncertainty as regards the precise identification of the scope of the "essential element" clause, it is worth wondering whether the parties can apply trade sanctions – other than the suspension of the agreement – in the event of a violation of commitments included in the TSD Chapter which cannot be qualified as "essential".

It seems arguable that para. 4 of Article 30.4 covers the breach of such obligations as well.

The scope of this provision is defined, indeed, in negative terms as concerning failure to fulfil any obligation in the agreement «save those falling within the scope of paragraphs 2 and 3», which correspond to the ones set out in Part III of the agreement (*Trade and trade related matters*) and to the ones described as essential elements.

This paragraph as well confers to the parties the power to adopt «appropriate measures»,[45] which, supposedly, include trade sanctions, when convinced, on the basis of the factual situation, that its counterpart has failed to fulfil one of the undertaken obligations.

Unlike para. 3, such provision specifies, tough, that «for the purpose of this paragraph «appropriate measures» may include the suspension only of Part I [General principles and institutional framework], II [Political dialogue and cooperation], and IV [finale provisions] of this Agreement». In the case of violation of those obligations stemming from the TSD Chapter which cannot be qualified as "essential", the parties cannot be considered then, to be allowed to suspend any of the commitments listed in Part III of the Agreement, concerning, as said, *Trade and trade related matters*.

Quite differently from the situation concerning the breach of an essential element clause, the application of sanctions for these violations must follow not only *i*) an attempt to «consult and cooperate in order to resolve the issues in a timely and amicable manner», but also *ii*) consultations held under the auspices of the Joint Council[46] with a view to reaching a mutually

[45] In keeping with the prescriptions described above, such measures shall be taken in full respect of international law and be proportionate to the contested failure.

[46] According to Article 2.2, para. 3 «The Joint Council shall be composed of representatives of each of the Parties at ministerial level in accordance with the Parties' respective internal arrangements and taking into consideration the specific issues to be addressed. The

acceptable solution. Only where such body proves to be unable to reach a mutually acceptable solution within 90 days of the date of the notification by the party convinced that a breach has occurred, appropriate measures can be taken. The adoption of such measures seems therefore to be subject to a more stringent and complex procedure than the one prescribed for the violation of an essential element clause.

It is unclear, however – in the absence of any clarification to this point – whether the adoption of such measures can be unilateral, as in the situations described above, or it has to follow a proper finding – by means of the specific dispute settlement procedure – that a breach has actually occurred. It is worth recalling, in this regard, that according to the (repeatedly mentioned) 2022 Communication *The power of trade partnerships: together for green and just economic growth*, «the application of trade sanctions for violations of dedicated TSD provisions will follow the general dispute settlement rules» and «they will be possible only in the event that a panel finds a party in breach of its TSD commitments, and the latter does not bring itself into compliance within the arranged time period».[47]

5. *Final remarks*

Even with the above stated *caveats*, the EU-Mercosur agreement can undoubtedly be said to give unprecedented attention to the promotion of sustainable development and the fight against climate change, as evidenced by the inclusion of specific and innovative provisions devoted to such issues and, more importantly, to their enforcement.

In any event, it is crucial to bear in mind, for the purposes of this evaluation, that hard commitments and strict enforcement procedures with regards to climate change may not only *a)* be incompatible with the spirit of the Paris Agreement and its principles, but also *b)* constitute a major disincentive to EU trade partners, especially if developing countries, to negotiate more ambitious commitments.[48]

Joint Council shall meet in all necessary configurations, by mutual agreement». Subsequent para. 4 specifies that «When the Joint Council addresses any matter related to Part III of this Agreement, it shall be composed of representatives of each of the Parties with responsibility for trade-related matters».

[47] See *ivi*, p. 11.

[48] I. ESPA, M. TOKAS, *op. cit.*, p. 27 ff.

It is worth underlying that this is commonly a sensitive issue for developing country partners. The higher standards – as regards both labour and environmental protection – stemming from the clauses dedicated to trade and sustainable development tend, almost by definition, to increase domestic costs of production, lowering the competitiveness of domestic products, in contrast with the very same objectives underpinning the agreement. Additionally, Trade and Sustainable Development commitments can be perceived as having a neocolonial flavour: since EU law is already in line with them, they are, as a matter of fact, much more unidirectional than they seem.[49]

It cannot be underestimated, then, that seeking to impose solutions which bluntly reflect EU standards and demand their strict observance may even result in the redirection of trade towards less demanding markets.[50]

In this vein, the clauses included in the EU-Mercosur agreement might be deemed to strike a fair balance between the opposing needs, on the one hand, to ensure that both parties display their best efforts with regards to the issues at stake, and, on the other hand, to reach a deal which would otherwise prove quite impossible to conclude. Even though appearing as not entirely adequate at first sight, especially if compared to the ones included in the recently concluded EU-New Zealand FTA, these provisions might actually represent, as a matter of fact, the most efficient instrument for the promotion of environmental protection and the fight against climate change within the specific partnership under consideration.

Finally, it cannot be overlooked the potential contribution to the promotion of sustainable development which might stem – once they are entirely in force – from the unilateral measures targeting corporate conduct abroad which the EU recently adopted with regards to deforestation[51], due

[49] L. GOVAERT, *op. cit.*, p. 336; A. LEHMEN, G. VIDIGAL, *op. cit.*, p. 88.

[50] A. LEHMEN, G. VIDIGAL, *op. cit.*, p. 112 ff. The Authors observe that «the risk exists that the EU will overestimate its economic might, and consequently its ability to induce change by threatening to sanction countries and producers. As the negotiations over the EUMPA show, unilateralism is at its most useful when employed as a potential alternative to an agreement, fostering such agreement rather than replacing it».

[51] Regulation (EU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council, of 31 May 2023, on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010.

diligence,[52] forced labour[53] and cross-border greenhouse gas emissions.[54] Such instruments might not only encourage – in conjunction with the agreement under consideration – the exportation of EU standards, but also put forth the remedies specifically entailed for their violation.

For more conclusive remarks as to the EU's contribution to the promotion of sustainable development within the relationship at stake to be made, it seems hence necessary to wait until all the above-mentioned instruments will be able to produce their (combined) effects.

[52] Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council, of 13 June 2024, on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859.

[53] Regulation (EU) 2024/3015 of the European Parliament and of the Council, of 27 November 2024, on prohibiting products made with forced labour on the Union market and amending Directive (EU) 2019/1937.

[54] Regulation (EU) 2023/956 of the European Parliament and of the Council, of 10 May 2023, establishing a carbon border adjustment mechanism.

Abstract (ita)

Il presente lavoro si propone di analizzare le pattuizioni dell'accordo di partenariato UE-Mercosur che si occupano di sostenibilità e, in particolare, di contrasto ai cambiamenti climatici, nella prospettiva di vagliarne l'effettivo carattere innovativo rispetto agli accordi preferenziali di libero scambio finora stipulati dall'Unione, nonché la concreta portata precettiva, anche alla luce dei meccanismi di *enforcement* apprestati al riguardo.

Abstract (eng)

This paper analyses the provisions of the EU-Mercosur partnership agreement that deal with sustainability and, in particular, with climate change, with a view to assessing their actual innovative nature compared to the preferential free trade agreements signed, so far, by the Union, as well as their concrete prescriptive scope, especially in light of the enforcement mechanisms put in place for their violation.

THE EUROPEAN UNION'S CONTRIBUTION TO THE TRANSITION TO A CIRCULAR ECONOMY MODEL THROUGH ITS NEW GENERATION FREE TRADE AGREEMENTS: A STEP TOWARDS GLOBAL SUSTAINABILITY?

Miriam Schettini*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The evolution and strengthening of environmental commitments in EU new generation free trade agreements. – 3. Circular economy in EU new generation free trade agreements. – 3.1. Provisions facilitating the transition to a circular economy before CEAP… – 3.2. … and the specific commitments for the transition to a circular economy in the most recent EU free trade agreements. – 4. Alternative forms of engagement: fast and flexible, but what about effectiveness? – 5. Concluding remarks.

1. *Introduction*

On 27 March 2025, during the Environment Council, Inger Andersen, the United Nations Under-Secretary-General and Executive Director of the United Nations Environment Programme, delivered a speech to the ministers of the Member States in attendance. Also present was the European Commissioner for the Environment, Water, Resilience and a Competitive Circular Economy, Jessika Roswall. In her address, she emphasised: «In a complex geopolitical context, the environmental leadership of the European Union and its Member States has never been more needed or more welcome. The EU has been steadfast in its support of effective multilateralism and a rules-based international order with the United Nations at its core».[1] According to the Under-Secretary-General, the European Union is indeed assuming a pivotal leadership role in addressing the triple planetary crisis: climate change, biodiversity loss and land degradation, and pollution and waste.[2]

In addition to the measures implemented within the Union, the EU is

* Post-Doc Researcher in International Law, University of Pisa.

[1] Speech delivered by Inger Andersen for EU Council on Environment, 27 March 2025, available online at: www.unep.org/news-and-stories/speech/eu-global-leader-environmental-multilateralism.

[2] *Ibidem*.

demonstrating a clear willingness to position itself as a responsible leader in guiding the efforts of the international community towards sustainability-oriented solutions.[3] Three main approaches to how this commitment emerges can be identified.[4]

Firstly, the European Union has the potential to exert a "leadership by example" through the adoption of environmental strategies that could serve as reference models beyond its borders.[5] The Green Deal has undoubtedly set out the most ambitious measures for promoting a green transition, with the ultimate objective of achieving climate neutrality by 2050.[6] In addition, on 2 May 2022, the Eighth EU Environment Action Programme also entered into force.[7] It sets out the long-term objective that, by 2050 at the latest, people will live well within planetary boundaries in a well-being economy where nothing is wasted, growth is regenerative, the Union has achieved climate neutrality and inequalities have been significantly reduced.

Secondly, the European Union plays an active role within multilateral fora, where it seeks to promote shared solutions to enhance environmental

[3] The ways in which the EU integrates the promotion of sustainable development into its external relations, in line with Articles 3 (5) and 21 TEU and Articles 11 and 191 TFEU, are analysed from different perspectives in R. A. WESSEL, J. BERGAMASCHINE MATA DIZ, J. PÉRET TASENDE TÁRSIA, S. ESRA AKDOGAN (eds.), *EU External Relations Law and Sustainability. The EU, Third States and International Organizations*, The Hague, 2024.

[4] The present contribution identifies three approaches that are particularly relevant to the analysis. For a more comprehensive overview, see S. GRIMM, W. REINERS, N. HELWIG, M. SIDDI, L. MOURIER, *The Global Dimension of the European Green Deal: The EU as a Green Leader?*, in *The Multinational Development Policy Dialogue - KAS in Brussels*, 2021, at pp. 3-4.

[5] On this topic, and particularly in relation to measures to fight climate change and highlighting the tension with elements of coercion, see K. KULOVESI, *Climate Change in EU External Relations: Please Follow my Example (or I Might Force You to)*, in E. MORGERA (ed.), *The External Environmental Policy of the European Union: EU and International Law Perspectives*, Cambridge, 2012, p. 115 ff.; K. KULOVESI, E. PANDER MAAT, *Leading by Example, Ideas or Coercion? The Carbon Border Adjustment Mechanism as a Case of Hybrid EU Climate Leadership*, in *EP*, vol. 7, 2022, p. 55 ff.

[6] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 11 December 2019, *The European Green Deal*, COM/2019/640 final.

[7] Decision (EU) 2022/591 of the European Parliament and of the Council, of 6 April 2022, on a General Union Environment Action Programme to 2030.

sustainability.[8] This approach is also consistent with the Treaties, most notably Article 21 TEU, which establishes the EU commitment to «promote multilateral solutions to common problems» and to «work for a high degree of cooperation in all fields of international relations, in order to […] help develop international measures to preserve and improve the quality of the environment and the sustainable management of global natural resources, in order to ensure sustainable development».

Lastly, the European Union is also using its "new generation" free trade agreements (FTAs) concluded with third countries to promote sustainable development in all three of its interrelated dimensions, economic, social and environmental.[9] In these agreements, the EU has complemented trade-related provisions with non-economic commitments. One of the most innovative elements is the inclusion of a specific Chapter on trade and sustainable development.[10] Such Chapter deals with two main dimensions: labour rights

[8] For example, in addition to its role within the WTO Committee on Trade and Environment, the EU was one of the WTO members to launch in 2020 the Dialogue on Plastics Pollution and Environmentally Sustainable Plastics Trade (DPP) initiative (WT/CTE/W/249) and is one of the co-sponsors of the Fossil Fuel Subsidy Reform Initiative (WT/MIN(24)/19).

[9] On EU new generation FTAs, see among others G. M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *SIE*, 2016, p. 392 ff.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de "Nueva Generación" entre la Unión Europea y terceros países*, in *La Ley Unión Europea*, 2019, p. 1 ff.; I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO, N. MELGAR ALASSIO, M. E. PEREIRA, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional*, in E. TREMOLADA ÁLVAREZ (dir.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Bogotà, 2019, p. 447 ff.; G. ADINOLFI (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2020; A. BLANC ALTEMIR, *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales Acuerdos comerciales*, Cizur Menor, 2020, p. 93 ff.; J. MAILLO, *Acuerdos comerciales UE de "Nueva Generación": origen, rasgos y valoración*, Madrid, 2021; L. PASQUALI, *La contribución del acuerdo Unión Europea-México a la gobernanza medioambiental internacional*, in A. PETRUCCI, R. GÓMEZ ALCALÁ (dirs.), *Uniformación, internacionalización y regionalismo en el Derecho (con énfasis en el Derecho Privado)*, Mexico City, 2024, p. 199 ff.

[10] Although this represents a positive innovation, it is not without controversial aspects, as shown by the analyses of K. HRADILOVÁ, O. SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, p. 1019 ff.; G. MARÍN DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, in *CMLR*, 2020, p. 1031 ff.; G. ADINOLFI, *A Cross-Cutting Legal Analysis of the European Union Preferential Trade Agreements' Chapters on Sustainable Development: Further Steps Towards the Attainment of the Sustainable Development*

and environmental protection. The most recent agreements concluded by the European Union – in particular those with Chile,[11] New Zealand[12] and Kenya[13] – contain additional noteworthy provisions. These agreements represent an even more advanced generation of trade agreements, with a much stronger focus on sustainable development, in line with the 2022 Commission Communication "The Power of Trade Partnerships: Working Together for Green and Just Economic Growth".[14] Among the novelties, the inclusion of commitments related to the transition to a circular economy model is particularly noteworthy. The EU is undoubtedly one of the most virtuous examples of efforts to move towards this new model of production and consumption, as opposed to the current linear model.[15] By aiming to close the life cycle of products – thereby reducing waste and limiting the consumption of new resources – the circular economy emerges as a cross-cutting approach for achieving the 2030 Agenda Sustainable Development Goals.[16] Furthermore, it can provide tangible support in fulfilling the commitments made

Goals?, in C. BEVERELLI, J. KURTZ, D. RAESS (eds.), *International Trade, Investment, and the Sustainable Development Goals: World Trade Forum*, Cambridge, 2020, p. 15 ff.

[11] Interim Agreement on trade between the European Union and the Republic of Chile (2024). It is important to clarify that this agreement reflects only the trade pillar of a broader advanced framework agreement that will govern future bilateral relations between the EU and Chile. This latter agreement will include a political and cooperation pillar and a trade and investment pillar. Once this agreement will enter into force, the Interim Agreement will expire, as clarified in its Article 33.15.

[12] Free Trade Agreement between the European Union and New Zealand (2024).

[13] Economic Partnership Agreement between the European Union, of the one part, and the Republic of Kenya, Member of the East African Community, of the other part (2024).

[14] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economica and Social Committee and the Committee of the Regions of 22 June 2022, *The Power of Trade Partnerships: Together for Green and Just Economic Growth*, COM/2022/409 final.

[15] On the topic, N. DE SADELEER, *Droit des déchets de l'UE: De l'élimination à l'économie circulaire*, Bruxelles, 2016; F. RASPADORI, *Il contributo dell'Unione europea alla ricostruzione della nozione di economia circolare*, in *DUE*, nn. 3-4, 2021, p. 553 ff.; F. RASPADORI, *L'economia circolare nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea*, in VV. AA., *Liber Amicorum Sergio Marchisio. Il diritto della comunità internazionale tra caratteristiche strutturali e tendenze innovative*, Napoli, 2022, p. 883 ff.; M. MONTINI, *Quali principi giuridici per l'economia circolare nell'Unione europea?*, in *DPCE online*, vol. 61, n. 4, 2023, p. 1 ff.; N. D'ANZA, *La transizione verso l'economia circolare nel contesto di un'economia non pianificata. Il caso dell'Unione europea*, in *RGA*, n. 2, 2024, p. 409 ff.

[16] C. GARCIA-SARAVIA ORTIZ-DE-MONTELLANO, P. SAMANI, Y. VAN DER MEER, *How can the circular economy support the advancement of the Sustainable Development Goals (SDGs)?*

under the Paris Agreement, the Convention on Biological Diversity and the United Nations Convention to Combat Desertification. However, despite the benefits of this model, the transition within countries remains complex.[17] Moreover, there is currently no legally binding commitment in international law to move towards a circular economy model.[18] Thus, linking this transition to a beneficial trade agreement can undoubtedly be a positive contributing factor.

Another recent development is the negotiation of "alternative forms of engagement" referred to as Trade-Related Agreements (TRAs) or "mini-trade deals".[19] These instruments are designed to promote cooperation with a partner in specific trade-related sectors. They have emerged as a third avenue - distinct from multilateral agreements and FTAs - to establish flexible sector-specific cooperation with partners within shorter timeframes than those typically required for the conclusion of the other two instruments.

Against this background, the proposed analysis aims to examine the EU's trade agreements and their potential impact on promoting sustainable development, including transition to a circular economy model. It will examine environmental commitments in FTAs in general, highlighting how the EU's commitment in this area has increased and strengthened in the most recent ones, including provisions on circular economy. It will then assess whether the introduction of alternative forms of engagement within this

A comprehensive analysis, in *Sustainable Production and Consumption*, vol. 40, 2023, p. 352 ff.

[17] J. KIRCHHERR, L. PISCICELLI, R. BOUR, E. KOSTENSE-SMIT, J. MULLER, A. HUIBRECHTSE-TRUIJENS, M. HEKKERT, *Barriers to the Circular Economy: Evidence From the European Union (EU)*, in *Ecological Economics*, vol. 150, 2018, p. 264 ff.; J. GRAFSTRÖM, S. AASMA, *Breaking Circular Economy Barriers*, in *Journal of Cleaner Production*, vol. 292, 2021, p. 1 ff.

[18] E. ROMÉE VAN DER MAREL, *Trading Plastic Waste in a Global Economy: Soundly Regulated by the Basel Convention?*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 34, n. 3, 2022, p. 477 ff.; M. TITIGNINO, *Economia circolare ed elementi di diritto internazionale*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 1, 2024, p. 36 ff.; F. PERRINI, *L'ordinamento giuridico internazionale contemporaneo e la transizione al modello economico circolare per una più efficace tutela dell'ambiente*, in *RGA*, n. 2, 2024, p. 503 ff.

[19] L. CERNAT, *The Art of the Mini-Deals: The Invisible Part of EU Trade Policy*, in *Policy Brief*, n. 11, 2023; C. VAN DER VEN, C. AZEVEDO, G. PONS, P. LAMY, *A New Era of EU Mini-Trade Deals?, Re-Prioritising Sustainable Development through Clean Trade and Investment Partnerships (CTIPs)*, in *Europe Jacques Delors – Thinking Europe, Discussion Paper*, March 2025.

broader framework can represent a pragmatic and flexible tool for advancing the transition. Finally, the question will be addressed as to whether the EU can be seen as a global sustainability leader in this context and whether its actions can serve as an alternative to the multilateral system, which is currently facing serious challenges.

2. *The evolution and strengthening of environmental commitments in EU new generation free trade agreements*

The EU's commitment to contributing to international efforts towards the sustainable development of the Earth, including its environmental dimension, is enshrined in the Treaties. Indeed, Article 3 (5) TEU states that, in its relations with the rest of the world, the EU upholds and promotes its values and interests, contributing, *inter alia*, to the sustainable development of the Earth. Article 21(2) TEU further clarifies that the Union shall define and implement common policies and actions and shall work to ensure a high level of cooperation in all areas of international relations, with the aim of contributing to the development of international measures to preserve and improve the quality of the environment and ensure the sustainable management of global natural resources, thereby promoting sustainable development (letter f).[20] Undoubtedly, the common commercial policy can provide a framework for fulfilling this commitment. In this regard, Article 21 TFEU provides that «environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development», and Article 207 TFEU states that «the common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action».

The "first generation" FTAs concluded by the EU did not have a specific focus on environmental issues. Indeed, these agreements were primarily aimed at liberalising trade, with non-commercial considerations largely being left on the margins. Traditionally, environmental concerns have only been integrated into the "classic" framework of international trade law to

[20] A. ASTERITI, *Article 21 TEU and the EU's common commercial policy: a test of coherence*, in *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 8, 2017, p. 111 ff.

the extent that states may adopt measures deemed necessary to protect human, animal or plant life or health,[21] or to conserve exhaustible natural resources,[22] provided such measures do not constitute a disguised restriction on trade. Therefore, in such a framework, trade is not considered a means through which environmental protection can be actively uphold. It is worth noting that, despite the increased attention to the issue, the WTO has thus far failed to integrate considerations concerning the relationship between trade and environment into its legal framework. In this context, the bilateral option – as opposed to the multilateral one – may represent a viable pathway to overcome the current impasse and to catalyse a broader evolutionary dynamic.

Several factors have contributed to the growing focus on sustainability within the EU's common commercial policy.[23] One key factor has certainly been the enhanced role of the European Parliament following the Lisbon reform. The Parliament now has veto power over trade agreements at the ratification stage[24] and must be kept informed about the progress of negotiations.[25]

The European Union's commitments in this area have an additional motivating factor. This is not only in terms of asserting and promoting its *values*, but also its *interests*, as Article 3(5) TEU underlines. Indeed, when trade is liberalised with a partner that does not have comparable environmental (or labour) standards, the absence of a level playing field could undermine the conditions necessary for fair trade. Combined with increasing pressure from civil society on sustainability-related matters, this has led to a reconsideration of the EU's trade policy also with regard to environmental sustainability.

A first dimension is the commitment to ensuring that trade liberalisation does not have negative impacts on the environment. There is a persistent concern that trade liberalization may have a detrimental effect on environmental protection.[26] This could be due to several factors. For example, gov-

[21] GATT, Art. XX (b), GATS, Art. XIV (b).

[22] GATT, Art. XX (g).

[23] See G. VAN DER LOO, M. HAHN, *EU Trade and Investment Policy since the Treaty of Lisbon - Achievements and Future Priorities*, in *CEPS Research Report*, 2020; M. MONTINI, *L'azione esterna dell'Unione Europea per l'attuazione dello sviluppo sostenibile*, Napoli, 2025, p. 153 ff.

[24] Article 218 (6) (a) TFEU.

[25] Art. 207 (3) TFEU.

[26] G. FELBERMAYR, S. PETERSON, J. WANNER, *Trade and the Environment, Trade Policies*

ernments may lower environmental standards to gain a competitive advantage over their trading partners, which would also impact the interests of those partners. Another possibility is that increased production may have detrimental effects on the environment.[27] One instrument that the EU uses to address these risks is impact assessments.[28] However, such assessments alone do not appear to be sufficient to prevent these issues entirely.[29]

A second dimension, which is particularly relevant in the context of this contribution, concerns the use of trade agreements to uphold and promote international environmental standards. This turns trade partnerships into an opportunity for the parties to assume or reaffirm commitments in this area. This approach reflects a clear policy direction initially set out by the European Commission in the Communication "Global Europe: Competing in the World",[30] which established the basis for the European Union's "new generation" FTAs. Such FTAs are characterised by the inclusion of provisions that extend beyond trade in the strict sense to additional policy areas, such as environmental protection. The European Commission "Trade for All"

and Environmental Policies-How Do They Interact?, in *Journal of Economic Survey*, vol. 39, 2025, p. 1148 ff.

[27] By contrast, as highlighted in WTO, *World Trade Report 2022: Climate Change and International Trade*, p. 6: «trade is a force for good for climate and part of the solution for achieving a low-carbon, resilient and just transition». The report emphasises how trade can facilitate the transfer of technologies and the dissemination of best practices, stimulate innovation and play a pivotal role in green technology investment.

[28] Four integrated assessments are conducted at various stages of the negotiation process and subsequent agreement implementation. Firstly, an Impact Assessment is conducted as a prerequisite for entering into negotiations. This examines the potential impact of the trade agreement, taking into account economic, social and environmental dimensions. Secondly, a Sustainability Impact Assessment (SIA) is conducted during the negotiation process to provide the Commission with a more detailed insight into the impact of the future agreements. Thirdly, an assessment is conducted after the main elements of the agreement have been finalised, focusing on the economic impact. Finally, an ex post evaluation is undertaken once the agreement has entered into force and a sufficient period of time has passed to allow a comprehensive assessment of its impact. See www.policy.trade.ec.europa.eu/analysis-and-assessment/policy-evaluation_en.

[29] See ROK ŽVELC, *Environmental Integration in EU Trade Policy: the Generalised System of Preferences, Trade Sustainability Impact Assessments and Free Trade Agreements*, in E. MORGERA (ed.), *op. cit.*, p. 174 ff., at 191-193.

[30] Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 4 October 2006, *Global Europe - Competing in the world - A contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy*, COM (2006) 567final.

strategy further reinforces this approach by expressing a commitment to conducting trade policy in line with the Union's values as well as its interests.[31] To this end, the strategy sets out the objective of linking economic growth with social justice, respect for human rights, high labour and environmental standards and health and safety protection.[32] Following these indications, the EU has so far concluded new-generation FTAs with South Korea,[33] Colombia/Peru/Ecuador,[34] the Central American Association,[35] Canada (CETA),[36] Japan,[37] Singapore,[38] Vietnam,[39] Chile,[40] Kenya[41] and New Zealand.[42] In addition, political agreements have been reached on new generation FTAs with Mercosur[43] and Mexico.[44] Negotiations are also underway

[31] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 14 October 2015, *Trade for All Towards a more responsible trade and investment policy*, COM (2015) 497final.

[32] *Ivi*, paragraph 4.2.

[33] Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part (2011).

[34] Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Colombia and Peru, of the other part (2012). On 1 January 2017, Ecuador also joined the agreement, see Protocol of Accession to the Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Colombia and Peru, of the other part, to take account of the accession of Ecuador (2016).

[35] Agreement establishing an Association between the European Union and its Member States, on the one hand, and Central America on the other (2012).

[36] Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (2017).

[37] Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership (2018).

[38] Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore (2019).

[39] Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Viet Nam (2020).

[40] *Supra* note 11.

[41] *Supra* note 13.

[42] *Supra* note 12.

[43] On 6 December 2024, the EU and Mercosur reached a political agreement on an improved EU-Mercosur Partnership Agreement. The negotiated texts which, as clarified on the official website of the Commission, «are published for information purposes only and may undergo further modifications including as a result of the process of legal revision» and «will be final upon signature and will become binding on the parties under international law only after completion by each party of its internal legal procedures necessary for the entry into force of the agreement (or its provisional application)», are available at: www.policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercosur/eu-mercosur-agreement/text-agreement_en.

[44] Bilateral relations between the EU and Mexico are actually governed by the 2000

for similar agreements with Australia,[45] Eastern and Southern Africa (ESA 5),[46] India,[47] Indonesia[48] and Thailand.[49]

All of the aforementioned agreements include a dedicated Chapter on sustainable development[50] and a specific section on "Trade and Environment".[51] Although the FTAs differ in certain respects, a notable common

"Global Agreement", namely the Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the United Mexican States, of the other part (2000). On 17 January 2025, EU and Mexico concluded the negotiations for a modernised Global Agreement which contains elements of new generation FTAs. The texts of the EU-Mexico Agreement in principle, which, as clarified on the official website of the Commission, «are published for information purposes only and may undergo further modifications including as a result of the process of legal revision» and «will be final upon signature and will become binding on the parties under international law only after completion by each party of its internal legal procedures necessary for the entry into force of the agreement (or its provisional application)», are available at: www.policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement/agreement-principle_en.

[45] The reports of the negotiation rounds and the EU's initial text proposal are available at: www.policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/australia/eu-australia-agreement/documents_en.

[46] The reports of the negotiation rounds and the EU's initial text proposal are available at: www.policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/eastern-and-southern-africa-esa/eu-eastern-and-southern-africa-agreement-documents_en.

[47] The reports of the negotiation rounds and the EU's initial text proposal are available at: www.policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/india/eu-india-agreement/documents_en.

[48] The reports of the negotiation rounds and the EU's initial text proposal are available at: www.policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/indonesia/eu-indonesia-agreement_en.

[49] The reports of the negotiation rounds and the EU's initial text proposal are available at: www.policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/thailand/eu-thailand-agreement/documents_en.

[50] See EU-South Korea FTA, Chapter 13; EU-Colombia/Peru/Ecuador trade agreement, Title IX; EU-Central American association agreement, Title VIII; CETA, Chapters 22, 23, 24; EU-Japan EPA, Chapter 16; EU-Singapore FTA, Chapter 12; EU-Vietnam FTA, Chapter 13; EU-Chile Interim Agreement, Chapter 16; EU-Kenya EPA, Annex V; EU-New Zealand FTA, Chapter 19. Rules on trade and sustainable development are included in the future agreement with Mercosur and Mexico and in the proposals EU has made for future agreements with Australia, ESA 5, India, Indonesia and Thailand.

[51] EU-South Korea FTA, Art. 13.5; EU-Colombia/Peru/Ecuador trade agreement, Art. 270; EU-Central American association agreement, Art. 287; CETA, Chapter 24; EU-Japan EPA, art. 16.4; EU-Singapore FTA, Chapter 12, Section C; EU-Vietnam FTA, Chapter 13.5;

feature is the commitment of the partners to effectively implement the Multilateral Environmental Agreements (MEAs) to which they are parties and to exchange information on their respective situation with respect to MEAs or their protocols. Particular attention is given, albeit with different degrees of intensity, to the fight against climate change. Indeed, it is stressed the determination to achieving the ultimate objective of the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Parties' commitment to comply with the Paris Agreement's emission reduction targets. This reference aptly reflects the European Union's commitment to making its trade agreements a means for strengthening rules-based multilateralism and promoting environmental sustainability. In fact, these agreements reinforce the obligations undertaken within the broader framework of multilateral environmental conventions by linking those commitments to trade rationale and mechanisms.

Nevertheless, it must be acknowledged that such commitments within trade agreements generally lack a clear and enforceable connection to commercial interests.[52] Indeed, the Chapters on trade and sustainable development in the aforementioned agreements (with the exception of that with New Zealand) are subject to non-binding ad hoc dispute settlement mechanisms.[53] Consequently, breaches of these provisions do not entail consequences capable of affecting trade flows or triggering significant remedial measures. Nevertheless, it is important to recognise initial steps towards evolution in this area.

In 2018, the Commission services' non-paper "Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements" (the 15-Point Action Plan) outlined a set of guidelines aimed at strengthening the Chapters on trade and sustainable development in EU FTAs. Building on this, the 2021 Trade Policy Review Communication[54] — which followed the

EU-Chile Interim Agreement, Chapter 16, Section B; EU-Kenya EPA, Annex V, Art. 5; EU-New Zealand FTA, Art. 19.5.

[52] M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 24, 2021, p. 25 ff.

[53] On the topic, see L. PANTALEO, F. SEATZU, *One Step Forward, Two Steps Back?: The EU-MERCOSUR Dispute Settlement Mechanism in the Light of the EU´s Experience with Free Trade Agreements (FTAs)*, in *DUE*, n. 1, 2021, p. 125 ff.; E. BARONCINI, *Promoting and Enforcing Sustainability: The Dispute Settlement Practice in the New Generation of EU Trade Agreements*, in *Archivio Giuridico Giuseppe Serfini*, vol. 4, 2025, p. 64 ff.

[54] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the

launch of the Green Deal — set more ambitious objectives, noting that «with new internal and external challenges and more particularly a new, more sustainable growth model as defined by the European Green Deal and the European Digital Strategy, the EU needs a new trade policy strategy – one that will support achieving its domestic and external policy objectives and promote greater sustainability in line with its commitment of fully implementing the UN Sustainable Development Goals».[55] A significant step forward in this direction is represented by the 2022 Commission Communication "The Power of Trade Partnerships: Working together for green and fair economic growth".[56] This communication is structured around six key policy priorities: *a*) adopting a more proactive approach in working with partners; *b*) reinforcing a country-specific approach; *c*) integrating the principle of sustainability into all dimensions of trade agreements; *d*) enhancing the monitoring of TSD commitments; *e*) strengthening the role of civil society; and *f*) reinforcing the enforceability of sustainable development provisions, including the possibility of applying trade sanctions as a measure of last resort.[57]

Following these developments, the European Union's new generation FTAs have begun to demonstrate a stronger commitment to environmental objectives. Thus, from the previously mentioned list, three specific agreements can be singled out, namely those with Chile, Kenya and New Zealand. These can be regarded as representing an even more advanced generation of FTAs.

3. *Circular economy in EU new generation free trade agreements*

A particularly significant innovation lies in the inclusion, within the most recent trade agreements, of provisions that directly refer to the objective of transitioning toward a circular economy model.[58]

European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 18 February 2021, *Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, COM (2021) 66final.

[55] *Ibidem*.

[56] *Supra* note 14.

[57] See V. REMONDINO, *New Generation Free Trade Agreements at a Crossroads. Assessing Environmental Enforcement of the EU's Trade and Sustainable Development Chapters from Global Europe to the Power of Trade Partnerships Communication*, in *University of Bologna Law Review*, 2023, p. 149 ff.

[58] At present, there is no consensus on the precise meaning of the term *circular economy*

The EU demonstrates a strong political commitment to such transition.[59] As early as 2002, the EU outlined its objective of reducing waste under the Sixth Environmental Action Programme.[60] This was followed by the Commission Communication "Towards a thematic strategy on the prevention and recycling of waste",[61] which recognised the need for action at every stage of the production process and the 2014 Communication, "Towards a circular economy: A zero waste programme for Europe", in which the Commission stated that «moving towards a more circular economy is essential to deliver the resource efficiency agenda established under the Europe 2020 Strategy for smart, sustainable and inclusive growth».[62] This culminated in the adoption of the 2015 Communication "Closing the Loop: An EU Action Plan for the Circular Economy", which introduced the Union's initial action

and a universally accepted definition is lacking. The United Nations Environment Assembly has defined it as «[o]ne of the current sustainable economic models, in which products and materials are designed in such a way that they can be reused, remanufactured, recycled or recovered and thus maintained in the economy for as long as possible, along with the resources of which they are made, and the generation of waste, especially hazardous waste, is avoided or minimized, and greenhouse gas emissions are prevented or reduced, can contribute significantly to sustainable consumption and production»; UNEA, *Innovative pathways to achieve sustainable consumption and production*, 15 March 2019, UN Doc UNEP/EA.4/Res.1. In general, the circular economy is a system that, unlike the linear economic model based on the "take-make-dispose" approach, aims to create a virtuous cycle based on the principles of "use less, use longer, make clean and reuse". The focus is not just on *waste* – i.e. reducing the volume of waste and discarded materials and promoting recycling – but also on fundamentally rethinking the entire production cycle (starting with product design) and restoring a more essential relationship between humanity and nature. Furthermore, according to some scholars, the concept of the circular economy extends beyond purely economic and environmental dimensions to encompass a wide range of social, cultural and political spheres. From this broader perspective, it could also lay the foundations for more peaceful and harmonious human relations.

[59] *Supra* note 15.

[60] Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the sixth environment action programme of the European Community, *"Environment 2010: Our future, Our choice" - The Sixth Environment Action Programme*, COM/2001/0031 final.

[61] Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, of 21 December 2005, *Taking sustainable use of resources forward - A Thematic Strategy on the prevention and recycling of waste*, COM (2005) 666final.

[62] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 2 July 2024, *Towards a circular economy: A zero waste programme for Europe*, COM (2014) 398final.

plan on the circular economy.[63] However, it remained general in scope and limited to broad commitments. A decisive turning point was the adoption of the European Green Deal, which identified the transition to a circular economy as one of its fundamental pillars. In this context, and in light of the priorities set out in earlier communications, the Commission launched the "New Circular Economy Action Plan – For a cleaner and more competitive Europe" (CEAP) in 2020[64]. The new action plan sets out clear commitments for the Union and identifies specific areas for intervention.

Significant for the present analysis is the fact that the action plan clearly states from the outset that the Union's commitment to transitioning to a circular economy is not confined to its Member States but also extends to other countries. This is based on the understanding that «Europe will not achieve transformative change by acting alone» and that «the EU will continue to lead the way to a circular economy at the global level, using its influence, expertise, and financial resources to implement the 2030 Sustainable Development Goals».[65]

To this end, the plan sets out the key actions that the Commission will promote internationally to encourage a global transition. These include the commitment to «ensure that Free Trade Agreements reflect the enhanced objectives of the circular economy».[66]

Similarly, the Commission Staff Working Document "Leading the way to a global circular economy: state of play and outlook"[67], which details existing and future EU initiatives to promote the international dimension of the circular economy, contains a section dedicated to "Trade and circular economy". This section highlights that FTAs may offer opportunities for enhanced engagement between the EU and its trading partners by building on synergies with existing formal policy dialogues on the environment and ongoing cooperation activities related to the circular economy.

[63] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 2 December 2015, *Closing the loop - An EU action plan for the Circular Economy*, COM (2015) 614final.

[64] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 11 March 2020, *A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe*, COM (2020) 98final.

[65] *Ivi*, p. 3.

[66] *Ivi*, p. 14.

[67] European Commission: Directorate-General for Environment, *Leading the way to a global circular economy: state of play and outlook*, 2020.

3.1. *Provisions facilitating the transition to a circular economy before CEAP…*

It is worth noting that provisions linked to the circular economy are present in EU's new generation FTAs concluded before the launch of Green Deal and the CEAP. Indeed, they often contain commitments to facilitate and promote trade and foreign direct investment in environmental goods and services, including environmental technologies, sustainable renewable energy, energy-efficient products and services, and eco-labelled goods,[68] through the removal of related non-tariff barriers. Moreover, there are provisions encouraging the promotion of practices such as ecotourism,[69] as well as the use of products obtained through the sustainable use of natural resources, and which contribute to the conservation of biodiversity.[70] With regard to climate change, provisions can be found regarding the Parties' commitment to foster trade and investment measures that facilitate access to, dissemination of, and use of the best available technologies for clean energy production and use, and for mitigating and adapting to climate change.[71] Alternatively, in some agreements there are commitment to facilitate trade and investment in goods and services of particular relevance to climate change mitigation, including those related to sustainable renewable energy and energy-efficient goods and services.[72] In any case, these early agreements contain no explicit reference to the circular economy.

3.2. *… and the specific commitments for the transition to a circular economy in the most recent EU free trade agreements*

Specific provisions addressing the transition to a circular economy can be found in the most recent agreements with Chile, Kenya and New Zealand.

These agreements refer to the circular economy primarily in the context

[68] EU-South Korea FTA, Art. 13.6; EU-Central America association agreement, Art. 288(2)(b) and (c); CETA, Art. 24.9; EU-Singapore FTA, Art. 12.11; EU-Japan EPA, Art. 16.5(b) and (d).

[69] EU-Central America association agreement, Art. 288(2)(d). On the link between the circular economy and ecotourism, see J. DAY, S. SYDNOR, M. MARSHALL, S. NOAKES, *Ecotourism, Regenerative Tourism, and the Circular Economy. Emerging Trends and Ecotourism*, Routlegde, 2021.

[70] EU-Japan EPA, Art. 16.6 (a).

[71] EU- Colombia/Peru/Ecuador trade agreement, Art. 275 (4).

[72] EU-Japan EPA, Art. 16.5 (c), EU-Viet Nam FTA, Art. 13.6 (2) (c).

of the parties' commitment to cooperate on trade-related environmental policies and measures, bilaterally, regionally and in international fora including the United Nations High-Level Political Forum for Sustainable Development, the United Nations Environment Programme, the United Nations Environment Assembly, the MEAs, the WTO. The sole agreement with New Zealand mentions also the Organisation for Economic Co-operation and Development and the Food and Agriculture Organization of the United Nations.[73] This cooperation involves policies and measures that promote the mutual supportiveness of trade and environmental objectives. This includes exchanging information on policies and practices that encourage the shift towards a circular economy, and promoting circularity[74] by removing trade and investment barriers.[75] It also involves developing initiatives on sustainable production and consumption, including efforts to foster green growth, improve resource efficiency and reduce pollution[76].

This is undoubtedly a significant aspect, particularly when considering the EU's ambitions to assume a leading role in promoting the global shift towards a circular economy in multilateral contexts. Indeed, trade partnerships has the potential to consolidate forms of cooperation that can be extended to broader multilateral fora, thereby advancing circular economy initiatives on a global scale.

In addition, provisions of the FTAs on trade and climate change contain an explicit reference to the importance of transitioning to a circular economy, although the level of commitment varies across the agreements. In the EU-Chile Interim Agreement, for example, the parties commit to support «the positive contribution of trade to the transition to a low greenhouse gas emission, circular economy, and climate-resilient development».[77] Notably, this frames the transition to a circular economy as a means of achieving the objectives of the UNFCCC and the Paris Agreement.[78] In the agreements with New Zealand and Kenya, the parties commit to promoting «the mutual supportiveness of trade and climate policies and measures thereby contributing to the transition to a low-greenhouse-gas-emission, resource-efficient

[73] EU-Chile Interim Agreement, Art. 26.7, EU-Kenya EPA, Art. 5; EU-New Zealand FTA, Art. 19.5.

[74] EU-Chile Interim Agreement, Art. 26.7 (4) (d) (i); EU-Kenya EPA, Art. 5 (5) (a); EU-New Zealand FTA; Art. 19.5 (5) (a) (i).

[75] EU-Kenya EPA, Art. 5.5 (b); EU-New Zealand FTA; Art. 19.5 (5) (a) (ii).

[76] EU-Kenya EPA, Art. 5.5 (a); EU-New Zealand FTA; Art. 19.5 (5) (b).

[77] EU-Chile Interim Agreement, Art. 26.10 (2) (b).

[78] EU-Chile Interim Agreement, Art. 26.10 (2) (a).

and circular economy, and to climate-resilient development».[79] It is worth noting that in both agreements, the commitment to effectively implement the Paris Agreement – which the transition to a circular economy could help fulfil – is subject to sanctions in the event of non-compliance. As previously highlighted, the agreement with New Zealand incorporates the Chapter on trade and sustainable development within the binding dispute settlement mechanism.[80] Conversely, in the agreement with Kenya, it is stated that: «A Party may take appropriate measures relating to this Agreement in the event of a violation of the obligation under paragraph 3. Appropriate measures shall be taken in accordance with the procedure set out in Article 96 of the Cotonou Agreement or the corresponding provisions of its successor agreement, as provided by Article 136.3 of this Agreement».[81] With regard to Kenya, it is also worth noting that the CEAP sets out the clear objective of building stronger partnerships with African countries in order to maximise the benefits of the green transition and the circular economy.[82]

Additional provisions closely linked to the transition towards a circular economy can be identified in the above-mentioned agreements. These include a dedicated Chapter on energy and raw materials.[83] A similar provision also appears in the agreement in principle for the new Global Agreement with Mexico and in the proposals put forward by the EU for the agreement with India.[84] Provisions are also introduced for repaired and remanufactured goods. With regard to the former, neither Party shall impose a customs duty on goods of any origin that re-enter their customs territory after being

[79] EU-Kenya EPA, Art. 6 (5) (a); EU-New Zealand FTA, Art. 16.6 (4) (a).

[80] EU-New Zealand FTA, Art. 26.2. An interesting analysis that also highlights the persistent critical aspects of the agreement in this respect can be found in S. VILLANI, *EU Trade Agreements and Dispute Settlement Mechanisms on Sustainable Development: Remarks on the EU-New Zealand FTA*, in E. BARONCINI, A. MARIA DAZA VARGAS, F. FONTANELLI, G. KOSTKA, R. REGUEIRO DUBRA, P. SZWEDO, R. TOIVANEN (eds.), *The UN 2030 Agenda in the EU Trade Policy – Improving Global Governance for a Sustainable New World*, Bologna, 2025, p. 179 ff.

[81] EU-Kenya EPA, Art. 6 (3).

[82] For a comprehensive overview, see *Circular Economy in the Africa-EU Cooperation. Continental Report*.

[83] EU-Chile Interim Agreement, Chapter 8; EU-New Zealand FTA, Chapter 13.

[84] As noted in S. GODBOLE, *Raw Materials and Resource-Shackling under the EU's FTA Texts*, 29 April 2025, in some cases, the EU appears to leverage its bargaining power with developing countries to secure commitments that are not genuinely aimed at environmental sustainability, but rather bind its partners to granting the EU access to their energy resources and raw materials.

temporarily exported to the customs territory of the other Party for repair.[85] Conversely, a Party shall not apply a customs duty to goods of any origin that are temporarily imported from the customs territory of the other Party for the purpose of repair. As for remanufactured goods, they shall be accorded no less favourable treatment than new goods.[86] Other circular economy-related provisions concern cooperation between the parties to facilitate the transition to sustainable food systems,[87] namely «a food system which ensures access to safe, nutritious and sufficient food all year round, in a way that does not compromise the economic, social, cultural and environmental basis for food security and nutrition for future generations».[88]

Overall, the examined provisions demonstrate a clear ambition to encourage and incentivise the transition to a circular economy in partner countries. However, it must also be recognised that such a transition poses significant challenges. For example, the agreement in principle with Mercosur only makes a superficial reference to working together in «sustainable consumption and production initiatives consistent with SDG 12, including, but not limited to, circular economy and other sustainable economic models aimed at increasing resource efficiency and reducing waste generation».[89]

In general, it can be observed that, although the FTAs establish a shared framework for dialogue and cooperation, they typically lack specific, legally binding commitments to transitioning to a circular economy model.

4. *Alternative forms of engagement: fast and flexible, but what about effectiveness?*

A further development in the European Union's trade policy is represented by the initiative to negotiate "alternative forms of engagement"[90] alongside multilateral agreements and FTAs - the TRAs or "mini trade

[85] EU Chile Interim Agreement, Art. 2.9 and Art. 4.22, EU-New Zealand FTA, Art. 2.9.

[86] EU-Chile Interim Agreement, Art. 2.10; EU-New Zealand FTA, Art. 2.10.

[87] EU-Chile Interim Agreement, Chapter 7; EU-New Zealand FTA, Chapter 7. EU proposes to insert similar provisions in agreement with Indonesia, India, Thailand.

[88] EU-New Zealand FTA, Art. 7.3.

[89] EU-Mercosur interim Trade Agreement, Chapter on Trade and Sustainable Development, Art. 13 (q).

[90] See Statement by Executive Vice-President Dombrovskis at the Foreign Affairs Council (Trade) press conference, 30 May 2024, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_3027.

deals"[91] - focusing on specific sectors. In this category fall Digital Trade Agreements (such as the EU-Singapore Digital Trade Agreement) and Sustainable Investment Facilitation Agreements (such as EU-Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement). These latter instruments are specifically aimed at attracting and stimulating foreign investment between the parties, with the express condition that such investment be pursued «for the purposes of economic diversification and sustainable development».[92]

In this same context, the Commission has also launched a new instrument, namely the Clean Trade and Investment Partnerships.[93] Within the Commission's 2024–2029 priority "A Global Europe: Leveraging Our Power and Partnership", and specifically under the objective «Pursuing a new economic foreign policy to boost our prosperity, trading power, and mutually beneficial partnerships», the agenda includes, in addition to the aim to deepen free and fair-trade links with growth centres and partners around the world, the development of new *Clean Trade and Investment Partnerships* and the strengthening of cooperation on critical minerals and raw materials.

In the Commission Communication "A Competitiveness Compass for the EU",[94] it is emphasised that «the EU needs to continue adapting its offer and seeking new ways of deepening partnerships and creating benefits for our businesses». To this end «Clean Trade and Investment Partnerships will bring together targeted trade and investment rules, Global Gateway investments, and regulatory cooperation, into a single whole-of-government partnership. They will offer opportunities to help secure supply of raw materials, clean energy, sustainable transport fuels, and clean tech from across the world, while scaling up European sustainable investments that are beneficial to partner counties and helping to achieve the global energy targets championed by President von der Leyen».

In the subsequent Commission Communication of 26 February 2025,[95]

[91] *Supra* note 19.

[92] EU-Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement, Art. 1.

[93] M. JUTTEN, *European Parliament Briefing: Clean Trade and Investment Partnerships - A New Instrument in the EU's Trade Policy Toolbox*, *European Parliament*, 10 April 2025.

[94] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 29 January 2025, *A Competitiveness Compass For The EU*, COM (2025) 30final.

[95] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the

Clean Trade and Investment Partnerships are presented as a «complement» to FTAs, offering a «faster, more flexible, and more targeted approach, tailored to the concrete business interests of the EU and its partners». Such partnerships are said to aim to improve the management of strategic dependencies and strengthen the EU's position within key global value chains. This is pursued by diversifying supply sources and enhancing access to raw materials, clean energy and clean technologies. Furthermore, the partnerships are intended to promote cooperation on clean transition-relevant energy policies and technologies, while also supporting decarbonisation efforts in partner countries. Clearly, all these elements also facilitate the transition towards a circular economy model.

Negotiations for the first Clean Trade and Investment Partnership were launched with South Africa in March 2025. At present, the information available is that the initiative will focus on investment, the clean energy transition, skills and technology, and on developing strategic industries along the entire supply chains. It will also extend to cooperation on critical raw materials.[96] However, a fundamental question remains: will these instruments involve legally binding commitments, or will they merely be soft law? The Commission's intention to pursue "faster, more flexible" forms of cooperation to complement FTAs suggests that these instruments are far more likely to fall into the latter category. Thus, they would represent a more developed framework, though still akin to EU Strategic Partnerships on Sustainable Raw Materials, which are based on Memoranda of Understanding.[97] Furthermore, consideration should be given to the risk that such partnership may be instrumentalized by the EU to advance its specific interests in securing access to resources, rather than to genuinely pursue sustainability-oriented objectives.

All of this highlights the challenge of the transition. While there is ambition to conclude FTAs with strong sustainability commitments also reflecting «the enhanced objectives of the circular economy», the realisation of such objectives is complex and may not follow a linear path. It could be

European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 26 February 2022, *The Clean Industrial Deal: A joint roadmap for competitiveness and decarbonisation*, COM (2025) 85final.

[96] European Commission, Press Release 13 March 2025, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_774.

[97] It should be noted in this regard that the European Union and China established a cooperation framework for the transition to a circular economy through a Memorandum of Understanding in 2024.

argued that this situation is precisely what is prompting a shift towards soft instruments. However, this raises the question of whether this new approach can effectively drive the transition.

5. *Concluding remarks*

The European Union is committed to promote sustainable development and, in this framework, the transition to a circular economy model, both internally and in its efforts on the global stage. A key element of these efforts is undoubtedly the principle of decoupling resource use from economic growth. The core objective is to ensure that the transition guarantees an environmentally sustainable future, while also taking into account the economic and social dimensions. This objective also aligns with the Union's specific interests. Indeed, for the EU, the green transition is framed not only in terms of sustainability, but also as a matter of strategic and geopolitical importance. As highlighted in the Draghi Report on EU Competitiveness «the energy landscape has changed irreversibly with the Russian invasion of Ukraine and the resulting loss of pipeline natural gas» and «decarbonisation could be an opportunity for Europe, both to take the lead in new clean technologies and circularity solutions, and to shift power generation towards secure, low-cost clean energy sources in which the EU has generous natural endowments».[98]

Nevertheless, if all this holds true, it must be acknowledged that the road ahead is fraught with obstacles. As mentioned previously, the EU is attempting to act on multiple fronts, but no effective solutions seem to be on the horizon. While FTAs could be useful tool for promoting the transition, an analysis of the relevant texts reveals that sustainability considerations (with rare exceptions) can easily be sacrificed on the altar of economic interest.

Furthermore, the most recent "alternative forms of engagement" further illustrates the difficulty of concluding binding agreements that include sustainability commitments.

In light of all this, it can be concluded that the EU's ambition to act as a global leader in the transition to sustainability remains controversial. Fur-

[98] M. DRAGHI, *The Future of European Competitiveness*, in A *Competitiveness Strategy for Europe (Part A)*, 9 September 2024, p. 14.

thermore, the relationship with developing countries must be carefully handled in order to create a level playing field for sustainable development and to prevent these efforts from hiding other interests.

However, EU role as a responsible actor in the multilateral context should not be overlooked, especially given the concerning positions adopted by the United States under the Trump administration, China attitudes, the crisis of the multilateral system and ongoing conflicts. What is clear is that, while the EU's "third way" clearly holds potential, its success will depend on the extent to which the Union can ensure serious and coherent commitment to sustainability.

Abstract (ita)

Il presente contributo si propone di analizzare se, e in quale misura, l'Unione europea stia assumendo un ruolo di leadership globale nella transizione verso un modello di economia circolare attraverso gli strumenti della propria politica commerciale. L'attenzione è rivolta, in particolare, al modo in cui gli impegni in materia ambientale sono stati progressivamente integrati negli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione, con specifico riguardo a quelli volti a sostenere il passaggio a un'economia circolare. Il lavoro esamina inoltre il potenziale di nuovi strumenti, come le *Clean Trade and Investment Partnerships*, intesi quali meccanismi più pragmatici e flessibili. Si valuta, infine, in che misura tali iniziative possano effettivamente rafforzare la posizione dell'Unione quale leader globale in materia di sostenibilità, riuscendo al contempo a bilanciare gli obiettivi ambientali con le esigenze strategiche ed economiche che caratterizzano la sua azione esterna.

Abstract (eng)

This article aims to assess whether, and to what extent, the European Union is consolidating its position as a global leader in the transition towards a circular economy through the instruments of its common commercial policy. Particular attention is devoted to the progressive inclusion of environmental commitments within the Union's new generation free trade agreements, with a specific focus on those provisions designed to promote the shift towards a circular economic model. The analysis also examines the potential of new instruments, such as Clean Trade and Investment Partnerships, conceived as pragmatic and flexible mechanisms. Ultimately, the article evaluates the extent to which such initiatives may enhance the Union's role as a global leader in sustainability, while simultaneously reconciling environmental ambitions with the strategic and economic objectives underpinning its external action.

MITIGATING THE GREEN PARADOX: ALIGNING EU TRADE WITH HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY

Greta Spreafico[*]

SUMMARY: 1. The European Green Paradox: Problem Definition. – 2. Methodology. – 3. Evolution of EU Environmental Competences. – 4. The EU's external conditionality toolkit. – 5. Case Study: The Solar-Panel Value Chain. – 6. Conclusions.

1. *The European Green Paradox: Problem Definition*

In recent decades, the EU has actively pursued the task of guiding the green transition and the fight against climate change globally. In this context, significant efforts have been made to develop a robust and comprehensive legal framework centered on stringent environmental and climate protection standards. The ambition to lead the green transformation has been embodied in the European Green Deal (EGD).[1] Indeed, since December 2019 the European Commission has framed the EGD as a new growth strategy aimed at «reconciling the economy with the planet»,[2] pledging that the EU will achieve climate-neutrality by 2050[3] through the coordinated pursuit

[*] PhD Candidate in Juridical and Political Science, XL Cycle, Università degli Studi Guglielmo Marconi.

[1] European Commission, Directorate-General for Communication, *European Green Deal: Delivering on our Targets*, 2021.

[2] For a detailed analysis of the European Green Deal, see: M. C. CARTA, *Il Green Deal Europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 54.

[3] Relevant doctrine has highlighted the Green Deal's long-term goal of climate neutrality by 2050 and its medium-term 2020–2030 trajectory, to be periodically adjusted through the European Climate Law's five-year review cycle. Further, the centrality of the energy sector has been underlined, since energy production and use account for more than 75% of EU greenhouse gas emissions, see: M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *SIE*, n. 2, 2020, pp. 379-394. In addition, the Green Deal has been interpreted as a turning point in the evolution of the Union's economic constitution: by making climate neutrality by 2050 a unifying objective of EU governance and mobilizing a wide range of sectoral

of environmental, economic, and social policies. The European Commission has reiterated on several occasions that the Green Deal must be fundamentally people-centered, affirming that the European Pillar of Social Rights[4] will serve as a compass to ensure that the transition process is inclusive and leaves no one behind. This position highlights the pivotal importance of aligning the socio-economic dimension of the transition with the principles of social justice, environmental sustainability, and economic development, the latter to be attained through a model of growth that is structurally dissociated from the consumption of resources.[5]

The EGD also situates EU action within the broader 2030 Agenda for Sustainable Development,[6] calling for a systemic re-configuration of economic governance so that sustainability becomes a transversal objective of every future initiative.

Through this new growth strategy, the EU aimed at asserting its role as

measures (including agriculture, industry, energy, transport, and trade), the Green Deal represents a structural transformation of the European economic order, see: D. BEVILACQUA, E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024. Furthermore, it has been stressed how the Green Deal relies on a complex architecture of multi-level planning instruments, combining Union-wide strategies with national implementation measures, and underlines the need for coherence when pursuing both the 2030 pathway and the 2050 objective. Within this perspective, energy efficiency, the deployment of renewables and the integration of EU energy markets emerge as indispensable operational levers, see: D. BEVILACQUA, *L'attuazione del Green Deal europeo e le pianificazioni*, in *RGA*, n. 60, 2025. Taken together, these contributions show that the centrality of energy in the green transition, hence why it might be argued that the so-called green paradox remains a salient dimension of the debate.

[4] The European Pillar of Social Rights, proclaimed jointly by the European Parliament, the Council, and the Commission in 2017, sets out 20 principles for fair working conditions, equal opportunities, and social protection. While not legally binding, it acts as a guiding policy framework for Member States. See: Proclamation of the European Parliament, the Council, and the Commission, of 13 December 2017, European Pillar of Social Rights, available at: www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2017_428_R_0009.

[5] See: M. C. CARTA, *op. cit.*, p. 64.

[6] The 2030 Agenda for Sustainable Development, adopted by all UN Member States in 2015, provides a shared global framework for ending poverty, protecting the planet, and ensuring prosperity for all. It is structured around 17 Sustainable Development Goals (SDGs) to be achieved by 2030. See: UN General Assembly Resolution 70/1 (A/RES/70/1), of 25 September 2015, Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development, available at: www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.

a world leader in the fight against climate change and environmental degradation through the steering of a coordinated and global approach to environmental policy. In particular, the European Commission has expressed a clear intention to take a leading role in coordinating international efforts aimed at placing sustainability and citizens' well-being at the core of economic policymaking, thereby making the Sustainable Development Goals a cornerstone of EU policy design and implementation.

Scholars quickly acknowledged the EGD as the Union's most ambitious growth and equity project since the 1970s environmental action programs. Yet, critics inside and outside the Union identify a widening cleavage between that promise and the Union's trade reality. Indeed, it has been pointed out that the new EU's policies on green transition entailed an unintended "spill-over effect", meaning that European consumption continues to drive deforestation, poverty wages and other external harms that the internal dimension of the Green Deal leaves largely unaddressed.[7] Indeed, the social impacts of the EGD at the level of the EU trading partners have been disregarded, not taking into account the challenges in complying with these policies for the stakeholders that are in a weaker position in the global supply chain.[8] For instance, in a recent report on Global Commons Stewardship,[9] the Sustainable Development Solutions Network (SDSN) acknowledges that the EU Member States has successfully diminished their domestic CO_2 emissions linked to economic growth. However, it stresses that significant efforts are still required to address the environmental externalities embedded in EU trade, with particular regard to the impacts on deforestation, water scarcity, and pollution that arise from imported goods and services. Notably, reducing the overall volume of imported resource-intensive goods remains outside the core objectives of the European Green Deal.[10]

This tension between the upholding of such high standards within the EU and the lack of compliance in third countries has been acknowledged by the European Commission. Indeed, the Regulation prohibiting products

[7] More information about the unintended spill-over effect of the European Green Deal may be found in: E. PONTHIEU ET AL., *Fair Trade Principles Can Transform the European Green Deal: Moving towards a Global Green Deal*, in *Journal of Fair Trade*, vol. 4, n. 2, 2023, pp. 3-5.

[8] *Ibidem*.

[9] For more information on global environmental responsibility metrics and cross-border sustainability spillovers, see: the Global Commons Stewardship Index, developed by the Sustainable Development Solutions Network (SDSN), available at: www.gcsi.unsdsn.org/.

[10] See: E. PONTHIEU ET AL., *op. cit.*, pp. 1-10.

made with forced labor[11] marks a shift from voluntary corporate responsibility to enforceable market-access conditions, while the Green-Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age[12] laments China's dominance of solar-panel and other clean-tech supply chains and recognizes the geopolitical risks of such dependence[13]. Furthermore, as pointed out by Leonelli, the EU might currently be facing an incipient "securitization" of EU trade and climate policy, which might worsen the above-mentioned spill-over effect, implying that as strategic-autonomy rhetoric rises, environmental leverage abroad may weaken.[14]

Recent legal scholarship has highlighted that the new Critical Raw Materials Act (CRMA),[15] while aiming to reduce the EU's dependence on single suppliers, particularly China, may inadvertently create new sustainability risks and dependencies if not accompanied by effective environmental and social safeguards. Although the CRMA sets ambitious targets for 2030 in terms of extraction, processing, and recycling, its effectiveness in preventing the Green Paradox remains debated. This is particularly the case in the absence of binding environmental and social conditionalities in the EU's strategic partnerships with third countries.[16]

Commissioner Thierry Breton contributed to the debate in November 2022, when in a keynote speech he openly acknowledged the geopolitical risks and ethical concerns connected to the EU's reliance on external suppliers. He pointed out that the EU's solar-panel supply chain relies on raw

[11] Regulation (EU) 2024/3015 of the European Parliament and of the Council, of 27 November 2024, on *Prohibiting Products Made with Forced Labor on the Union Market*.

[12] See: Communication from the European Commission, A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age, of 1 February 2023, COM (2023) 62final.

[13] See: F. FONTANELLI, *The Paradigm Shift in the EU's Economic Action: The Epoch of Homeland Economics*, in E. BARONCINI, A. M. DAZA VARGAS, F. FONTANELLI, G. KOSTKA, D. R. REGUEIRO, P. SZWEDO, R. TOIVANEN (eds.), *The UN 2030 Agenda in the EU Trade Policy: Improving Global Governance for a Sustainable New World*, Bolonia, 2025, pp. 16-17.

[14] G. C. LEONELLI, *Critical Raw Materials, the Net-Zero Transition and the 'Securitization' of the Trade and Climate Change Mitigation Nexus: Pinpointing Environmental Risks and Charting a New Path for Transnational Decarbonization*, in *World Trade Review*, vol. 24, n. 2, 2025, p. 240.

[15] Regulation (EU) 2024/1252 of the European Parliament and of the Council, of 11 April 2024, establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials.

[16] For an in-depth analysis of the Critical Raw Materials Act and its drawbacks, see: C. GRIECO, A. ROSANÒ, *Il Critical Raw Materials Act e la sostenibilità ambientale: non è tutto "oro" quel che luccica*, in this *Journal*, 2024, pp. 1-42.

materials from regions where the use of forced labor and electricity fueled through coal is extensive. In doing so, Breton defined what is now commonly referred to as the "Green Paradox", that is the risk that the Union's decarbonization efforts might, paradoxically, end up reinforcing practices that are incompatible with the EU's core values, including human rights respect and sustainable development.[17] While this article retains the term "Green Paradox", it is important to clarify that the underlying dynamic, the externalization of environmental and social costs through global supply chains, is far from unusual in the context of international trade. Economically, such spillover effects often occur when regulatory standards diverge across jurisdictions. The term "paradox," as used here, therefore does not imply that the phenomenon is inherently anomalous, but rather highlights the normative tension between the EU's internal sustainability ambitions and the external impacts of its trade dependencies.

Moreover, this issue extends beyond the green transition, reflecting a broader dilemma that the EU will have to face in the foreseeable future having to balance its internal standards with external trade obligations, through the development of mechanisms that should be at the same time effective and compliant with international trade laws and obligations.

Documented inquiries confirm the point, indeed, investigations into the solar supply chain centered in Xinjiang, China, have confirmed the widespread use of forced labor involving Uyghur workers,[18] in parallel with the reliance on coal-powered polysilicon components necessary for the production of solar panels. These findings raise serious human rights and climate concerns, which are effectively outsourced through the importation of such components into the EU. Contemporary journalistic evidence echoes these findings, warning that EU solar modules rely on components linked to such abuses intertwined with the coercive transfer of Uyghur workers.[19] These

[17] Speech by Commissioner Thierry Breton, of 9 December 2022, Launch of the European Solar Photovoltaic Industry Alliance. Europe's efforts for a green industrial destiny, SPEECH/22/7619.

[18] The Uyghurs are a predominantly Muslim Turkic ethnic minority native to the Xinjiang Uyghur Autonomous Region in northwestern China. In recent years, numerous reports and investigations have documented widespread human-rights violations against Uyghur communities, including mass surveillance, arbitrary detention, and forced labor.

[19] Many journal articles have discussed the topic, for more information see: C. SHEPHERD, L. JINPENG, *How China Came to Dominate the World in Renewable Energy*, in *The Washington Post*, 2025; S. BRADLEY, *China's Solar Dominance Will 'Push Countries to Adopt Clean Technologies*, in *SWI Swissinfo.ch*, 2024; A. HERNANDEZ-MORALES ET AL., *Fears over*

findings converge on a core question: how can the EU turn its market power into a predictable, WTO-compatible mechanism that aligns external supply-chain practices with its internal climate and human-rights standards?

2. *Methodology*

This study combines three complementary research techniques, namely systematic literature review, doctrinal legal analysis, and an embedded case-study design, in order to capture both the normative architecture and the empirical tensions that underpin the EU's Green Paradox.

The starting point was an in-depth literature review of scholarly and policy writings on trade and labor standards; trade and climate governance; and supply-chain sustainability. Recent bibliometric work confirms that, while each of these strands is comparatively well covered, integrated analyses remain fragmented across disciplinary lines. Therefore, the article conducts a doctrinal and systematic analysis of EU law, including primary sources such as the TEU and TFEU provisions on sustainable development (Articles 2, 3 and 21 of the TEU; and Articles 11, 191-193 of the TFEU) and the Charter of Fundamental Rights (Article 37). Secondary legislation and CJEU jurisprudence are examined in light of their internal coherence and their capacity to project EU standards externally. This study thus entails close textual reading and case-law analysis to evaluate the evolution of competences and conditionality tools.

As above mentioned, in order to operationalize these legal insights, the study adopts an embedded case-study approach centered on the Xinjiang-based solar-panel supply chain. The choice is justified on both empirical and theoretical grounds: polysilicon sourced from the region accounts for a dominant share of global photovoltaic production, thereby exposing the EU to forced-labor allegations and high-carbon inputs. Hence, this case study epitomizes the structural dilemma the article seeks to address. The case study data rely on documentary evidence compiled by Murphy & Elimä[20] which traces the link between labor abuses and carbon intensity throughout the supply chain.

China's Muslim Forced Labor Loom over EU Solar Power, in *politico.eu*, 2021; A. SWANSON, B. PLUMER, *China's Solar Dominance Presents Biden With an Ugly Dilemma*, in *The New York Times*, 2021.

[20] See: L. MURPHY, N. ELIMÄ, *In Broad Daylight: Uyghur Forced Labor and Global Solar Supply Chains*, 2021.

3. *Evolution of EU Environmental Competences*

Understanding the evolution of the EU's environmental competences[21] is vital in order to shed light on the EU's ability to project its environmental and social standards beyond its borders while maintaining consistency with its internal obligations and global commitments. By outlining the legal and policy shifts over time, this section provides a contextual framework for evaluating the EU's existing legal instruments and the potential for using trade-related conditionality tools to address the Green Paradox.

When the six founding States signed the Rome Treaty in 1957, they gave the EEC no express mandate on the environment, since environmental issues and the climate crisis were mostly unknown at the time. Early measures therefore relied on the Treaty's economic clauses: Article 2 on improved living standards, Articles 100 and 308 on market harmonization.[22] Jurisprudence soon reinforced that workaround. In the case *Cassis de Dijon*[23] the Court of Justice accepted ecological concerns as "imperative requirements", meaning that ecological protection could justify restrictions on free movement, thereby inserting environmental objectives into the very fabric of the internal market.[24] This jurisprudential opening paved the way for legislative action that used harmonization competences to tackle pollution and product standards, even before a specific Treaty basis existed.[25]

A decisive breakthrough arrived with the SEA (1986), whose Articles 130 R-T formally introduced an autonomous environmental policy while obliging the EC to integrate ecological concerns across sectors. The Act also codified "preventive" and "polluter-pays" principles,[26] anchoring them in

[21] For an overview of the progressive construction of the EU's environmental policy and its guiding principles, see E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, III ed., Bari, 2021, pp. 255–271.

[22] For more information on the matter, see: H. SELIN, S. D. VANDEVEER, *Broader, Deeper and Greener: European Union Environmental Politics, Policies, and Outcomes*, in *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 40, 2015, p. 312.

[23] Court of Justice, Judgment of 20 February 1979, Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, *Cassis de Dijon*.

[24] See: M. C. CARTA, *op. cit.*, pp. 61-62.

[25] See: A. CAMPOLMI, *Verso una competenza esclusiva dell'Unione europea in materia ambientale? Tendenze della prassi e proposta di riforma dei trattati*, in this *Journal*, 2024, pp. 2-3.

[26] The Single European Act introduced into EU primary law key environmental principles that later became enshrined in Article 191(2) TFEU. These include the precautionary principle, the principle of preventive action, and the polluter-pays principle, which holds that the cost of environmental damage should be paid by those responsible for it.

primary law and signaling that ecological considerations had become integral to market building.[27] Subsequent Treaty reforms deepened and globalized that ambition. For instance, with the Treaty of Maastricht (1993) environmental protection was listed among the Union's objectives and brought most ecological legislation under qualified-majority voting, signaling that the environment had become part of the *acquis*. Later on, the Treaty of Amsterdam, which entered into force in 1999, marked a turning point in the constitutional recognition of environmental and sustainability principles within EU law. First, it amended Article 2 TEU by introducing sustainable development as one of the Union's core objectives. Second, it transformed the earlier environmental "integration requirement", meaning the idea that environmental protection should be considered in all EU policies, into a horizontal legal obligation,[28] which is now enshrined in Article 11 TFEU.[29] This article requires that «environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities»,[30] ensuring that sustainability is not an isolated concern, but a cross-cutting priority across all sectors.[31]

Finally, the Treaty of Lisbon completed this trajectory. Indeed, Articles 3(3)-(5) of the TEU, together with Articles 191-193 of the TFEU, bind the Union to a high level of environmental protection internally and externally, while Article 21 TEU requires that all external action, including the Common Commercial Policy, promote sustainable development.[32] Furthermore,

[27] See: H. SELIN, S. D. VANDEVEER, *op. cit.*, p. 317.

[28] On the integration principle as a driving force of EU environmental policy, extending beyond mere protection to include environmental improvement, see: B. NASCIMBENE, L. GAROFALO, *Studi su ambiente e diritto: il diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, esp. p. 35 ff.

[29] On this point, see the updated analysis offered in the fourth edition of the handbook, which situates the horizontal integration duty of Article 11 TFEU within the broader framework of the European Green Deal, read as a roadmap towards climate neutrality, and underlines the Union's ambition to act as a global leader in climate and environmental action, also through its external policies, see: G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale: profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2024, p. 115 ff., esp. p. 122; See also the recent edited volume that examines the multifaceted impact of climate change on international and EU law, including human rights litigation, climate migration and the EU's Green Deal policies: S. VEZZANI, M. C. CARTA (eds.), *International and European Union Law in the Face of Climate Change*, Turin, 2024, esp. p. 69 ff.

[30] See: Art. 11 TFEU, which establishes the horizontal obligation to integrate environmental protection into all EU policies and activities.

[31] See: A. CAMPOLMI, *op. cit.*, pp. 1-17.

[32] *Ibidem*.

the Lisbon Treaty also introduced the ordinary legislative procedure for virtually the entire environmental *acquis*, further normalizing ecological objectives inside EU law-making.[33]

Moreover, environmental protection was formally enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the EU through Article 37, which provides that «a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development».[34] While this provision embeds environmental protection within the Charter's framework, it does not confer an enforceable subjective right upon individuals. Rather, it constitutes a programmatic principle, binding on the Union and Member States when implementing EU law, but not directly justiciable before the courts by private parties.

Moreover, judicial doctrine ensured that the Union's growing internal powers translated into an ability to act externally. In *AETR*[35] the Court formulated the principle of "implied external competence", that is to say that once the Community legislated internally, Member States could not conclude international commitments, a logic later applied to environmental agreements.[36] Opinion 2/00[37] confirmed that the Union could conclude multilateral environmental agreements under Article 192 TFEU, even where competences were shared[38]. Finally, Opinion 2/15[39] on the EU-Singapore FTA[40] confirmed that Trade and Sustainable Development (TSD) chapters

[33] *Ibidem*.

[34] On the legal scope and interpretative developments of Article 37 of the Charter of Fundamental Rights of the EU, see: F. ROLANDO, *L'attuazione del principio di integrazione ambientale nel diritto dell'Unione europea*, in *DPCE online*, vol. 58, 2022.

[35] Court of Justice, Judgment of 31 March 1971, Case 22/70, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities, AETR.*

[36] Further information on the *AETR* might be found in: A. CAMPOLMI, *op. cit.*, pp.13-14.

[37] Court of Justice, 6 December 2001, Opinion 2/00, *Cartagena Protocol on Biosafety*.

[38] In Opinion 2/00, the Court of Justice clarified that the EU could conclude multilateral environmental agreements based on what is now Article 192 TFEU (then Article 175 EC), even where competences are shared with the Member States. The Court held that shared competence does not preclude the EU from acting alone in cases where the envisaged agreement falls predominantly within EU objectives and existing internal rules, especially in the field of environmental protection. See: A. CAMPOLMI, *op. cit.*, pp. 13-14.

[39] Court of Justice, 16 May 2017, Opinion 2/15, *EU-Singapore Free Trade Agreement*.

[40] For an in-depth analysis of the implications of Opinion 2/15 for the EU's external

have "direct and immediate effects" on trade, and therefore fall within the Union's exclusive commercial policy, reinforcing the linkage between environmental objectives and external economic relations.[41]

Taken together, these Treaty revisions and landmark rulings have turned environmental protection from a peripheral concern into a core objective that permeates both internal legislation and external action. Remarkably, they provide the EU with the legal grounds to introduce environmental and human-rights conditions in its trade instruments, a power that underpins the conditionality mechanisms analyzed in the next sections.

4. *The EU's external conditionality toolkit*

Nowadays, after the long evolution analyzed so far, the EU's external climate strategy has become central to the Union's trade and sustainability agenda. Articles 3(5) and 21 TEU, indeed, represent some of the most innovative and significant instruments within International Economic Law, reframing trade, and investment as levers to promote sustainability.[42]

Over the past two decade, this duty to integrate sustainable development, environmental protection, and the promotion of human rights into its external action has taken the shape of a two-pillar framework that combines: Hard Binding Instruments, which impose enforceable obligations both horizontally (between the EU and third countries) and vertically (on private companies), and Soft Law and hybrid Instruments, which complement these obligations through diplomatic, reputational, and procedural tools. Leonelli has described this combined strategy as an "environmental leverage", where the EU uses the pull of the Single Market to direct foreign production to-

competences and trade policy, see: V. BOHNENBLUST, *The EU-Singapore Free Trade Agreement: A Landmark Deal?*, 2016, available at SSRN: www.ssrn.com/abstract=3033136.

[41] See: S. VILLANI, *EU Trade Agreements and Dispute Settlement Mechanisms on Sustainable Development: Remarks on the EU-New Zealand FTA*, in E. BARONCINI, A. M. DAZA VARGAS, F. FONTANELLI, G. KOSTKA, D. R. REGUEIRO, P. SZWEDO, R. TOIVANEN (eds.), *op. cit*.

[42] E. BARONCINI, *The First Case Law within the Dispute Settlement Mechanisms of the New Generation of EU Trade Agreements: Taking Care of Sustainability*, in *EU Trade Governance: Assessing Prometheus?*, in L. RUBINI (ed.), Florence, 2025, pp. 66-83.

wards its own labor and climate standards, while avoiding outright disengagement.[43]

Within the first pillar, the Hard Binding Instruments, the EU employs a range of legal tools to project its environmental and human rights values externally.

Horizontally, a key tool is Regulation 978/2012[44] on the Generalized Scheme of Preferences (GSP).[45] The latter offers unilateral tariff reductions on imports from developing countries, with the ultimate aim of supporting their integration into the global economy and promoting sustainable development abroad. The basic GSP grants reduced tariffs on a wide range of goods, but the Regulation also includes a more developed component, that is the GSP+ mechanism. The latter is significantly more complex since it grants full tax-free access to the EU market, but only to countries that meet certain strict criteria. Specifically, the countries which are eligible for the mechanism must not only ratify, but also actually implement 27 international conventions, adopted under the framework of the UN and the International Labor Organization (ILO). These conventions cover many fundamental rights regarding labor, environmental and climate protection, and good governance. The logic is that preferential market access should be contingent upon a demonstrable commitment to international norms.[46] Importantly, the mechanism combines positive incentives (tariff elimination) with negative conditionality: the EU retains the right to suspend or withdraw preferences in cases where a beneficiary country engages in serious and systematic violations of the relevant international conventions. This is not a mere theoretical provision: the EU has already applied it in practice. For example, Sri Lanka

[43] For further information on the concept of "environmental leverage", see: G. C. LEONELLI, *op. cit.*, pp. 240-256.

[44] Regulation (EU) No 978/2012 of the European Parliament and of the Council, of 25 October 2012, Applying a Scheme of Generalized Tariff Preferences (É).

[45] The Generalized Scheme of Preferences is a trade instrument that allows the EU to grant unilateral tariff reductions or exemptions to imports from developing countries. Its objective is to promote sustainable development and good governance in beneficiary countries by enhancing their access to the EU market. The current framework, established by Regulation (EU) No 978/2012, includes three arrangements: the standard GSP, the GSP+ (for countries committed to implementing core human rights and labor rights conventions), and the EBA (Everything but Arms), which offers duty-free access to all products except arms and ammunition for least developed countries.

[46] For more in depth-analysis of the GSP scheme, see: I. BORCHERT ET AL., *The Pursuit of Non-Trade Policy Objectives in EU Trade Policy*, in *World Trade Review*, vol. 20, n. 5, 2021, pp. 634-639.

was suspended from the GSP+ scheme in 2010 due to human rights violations, and Myanmar faced the same issue in 2019,[47] particularly in light of grave violations against the Rohingya population. This dual system, composed of both positive incentives and sanctions through the above-mentioned withdrawal clauses, illustrates how the EU aims at leveraging trade preferences not only for economic purposes, but also as a tool for projecting its values beyond its borders while promoting compliance with international law.[48] Nonetheless, some caution should be exercised so that such leverage remains proportionate, non-discriminatory, and transparently administered if it is to withstand WTO scrutiny and avoid degenerating into disguised protectionism. Indeed, inconsistent monitoring and uneven sanctions risk eroding both legal certainty and normative credibility.[49] Finally, the selective and rare use of withdrawal clauses, in low-sensitive geopolitical cases as Myanmar and Sri Lanka and not against countries such as China and Pakistan, has drawn criticism for undermining credibility, prompting a shift toward more automatic mechanisms. In this spirit, the EU has introduced Regulation (EU) 2024/3015,[50] which prohibits the placing and making available on the Union market, as well as the export, of products wholly or partially manufactured with forced labor, regardless of the country of origin. The Regulation, which will become fully applicable from 14 December 2027, introduces a horizontal and equal mechanism grounded in the EU's internal market competences and in fundamental rights obligations under Article 5(2) of the EU Charter of Fundamental Rights and ILO Conventions No. 29 and 105.[51] It enables the custom and national competent authorities to investigate supply chains by conducting risk-based assessments, and ordering the

[47] Sri Lanka s GSP+ status was suspended in 2010 due to persistent concerns over human rights violations during and after the civil war. In 2019, the EU also reinstated trade sanctions against Myanmar by partially withdrawing Everything but Arms (EBA) preferences, citing grave human rights abuses committed against the Rohingya minority by state security forces.

[48] See: I. BORCHERT ET AL., *op. cit.*, pp. 636-646.

[49] *Ibidem*.

[50] Regulation (EU) 2024/3015 of the European Parliament and of the Council, of 27 November 2024, on Prohibiting Products Made with Forced Labor on the Union Market (É).

[51] ILO Conventions No. 29 (1930) and No. 105, of 1957, are two core international instruments prohibiting forced labor. Convention No. 29 in Art 2.1 defines forced or compulsory labor as "all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily," and requires ratifying states to suppress it in all its forms. Convention No. 105 specifically prohibits the

withdrawal, donation, or destruction of non-compliant goods. Unlike the GSP+ scheme, which conditions tariff preferences on the ratification and implementation of international conventions, this Regulation imposes legally binding compliance conditions on all market operators, without relying on a system of incentives. The Regulation will thus empower the Union to block products at its borders when their production violates non-negotiable human-rights standards, indicating a broader turn towards unilateral regulatory instruments in trade governance. The Regulation thus enhances the credibility and enforceability of the EU's value-based trade policy by directly linking access to the Single Market to compliance with core labor rights.

Alongside state-focused mechanisms, the EU increasingly relies on Hard Binding Instruments directed at private economic operators, the vertical dimension of its conditionality framework. These instruments reflect a strategic shift: rather than relying solely on trade preferences or diplomatic pressure on third countries, the Union now places direct, enforceable obligations on companies that seek to access the Single Market, regardless of their domicile.

At the core of this vertical strategy two recent legislative instruments are particularly relevant, namely the Corporate Sustainability Due-Diligence Directive 2024/1760 (CSDDD)[52] and the Corporate Sustainability Reporting Directive 2022/2464 (CSRD).[53] The CSDDD imposes binding obligations on large EU and non-EU companies to identify, prevent, mitigate, and remedy adverse impacts on human-rights and the environment throughout their entire value chains.[54] These tasks are carried out through enforceable procedures such as risk identification, the establishment of complaints mechanisms, and transparency obligations.

Complementing this, the CSRD requires EU-listed and certain non-EU companies to disclose detailed and audited sustainability data in line with

use of forced labor for purposes such as political coercion, punishment for participation in strikes, or discrimination. Both conventions are part of the ILO's eight Fundamental Conventions and are binding on all countries benefiting from the EU's GSP+ scheme.

[52] Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council, of 13 June 2024, on Corporate Sustainability Due Diligence.

[53] Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council, of 14 December 2022, on Corporate Sustainability Reporting.

[54] See: E. BERGAMINI, M. FERRARI, *La responsabilità delle società multinazionali quale strumento per promuovere la sostenibilità del mercato: l'applicazione della direttiva* due diligence *e i problemi derivanti dalle regole di diritto internazionale privato*, in L. RUGGERI, S. ZUCCARINO (eds.), *Persona e mercati nel prisma della sostenibilità*, Naples, 2024, pp. 7-8.

international instruments such as the UN Guiding Principles on Business and Human Rights[55] and the OECD Due Diligence Guidance.[56] This disclosure framework creates a regulatory feedback loop, whereby firm-generated sustainability data serve not only internal reporting functions, but also become operational inputs for customs authorities, financial markets, and trade-related mechanisms including, potentially, CBAM and sectoral Regulations.

However, the CSDDD's extraterritorial reach is undermined by gaps in jurisdiction and applicable law,[57] as the Directive does not establish specific rules to determine which courts are competent or which law applies when harms occur outside the EU. As a result, cases often default to Brussels I bis and Rome II Regulations, creating uncertainty, opportunities for forum shopping by companies, and, for victims, the risk of litigating in jurisdictions with weak judicial safeguards. Without complementary reforms to EU private international law, these structural gaps could dilute the Directive's effectiveness.[58]

This convergence between disclosure of data by private entities and public Regulation is already visible in legislation concerning certain sector-specific

[55] The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), endorsed by the UN Human Rights Council in 2011, constitute the leading global soft-law standard for preventing and addressing human-rights risks associated with business activity. They are structured around three foundational pillars: the State duty to protect individuals against human rights abuses by third parties, including businesses; the corporate responsibility to respect human rights through policies, due diligence, and remediation; access to effective judicial and non-judicial remedies for victims. While not legally binding, the UNGPs have become a cornerstone for both national and regional frameworks, including the EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) and Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD).

[56] The OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, adopted in 2018, provides practical recommendations to help enterprises implement the due diligence provisions of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. It sets out a risk-based, six-step framework for identifying, preventing, mitigating, and accounting for adverse impacts on human rights, labor, the environment, and good governance throughout the supply chain. While not legally binding, the Guidance is widely recognized by governments, businesses, and auditing bodies as a global standard for responsible business conduct.

[57] For a broader discussion of the legal challenges surrounding the extraterritorial application of due diligence obligations, including issues of private international law, conflicts of jurisdiction, and corporate liability, see: E. BERGAMINI, M. FERRARI, *op. cit.*, pp. 6-24.

[58] For a recent discussion on the implications of the "*Omnibus I*" legislative package, which substantially amends the Corporate Sustainability Reporting Directive and the Corporate Sustainability Due Diligence Directive by introducing significant simplifications to reduce the regulatory burden on companies, see: M. FERRARI, *È tempo di competitività in UE: un nuovo sguardo alla direttiva* due diligence, in this *Journal*, 2025, pp. 2-9.

vertical regimes. For instance, Regulation 995/2010[59] (EU Timber) blocks illegally harvested wood unless operators can demonstrate due diligence throughout the supply chain. The New Batteries Regulation 2023/1542[60] goes further, setting carbon-footprint ceilings and mandatory human-rights due-diligence duties for any battery, either EU-made or imported, sold on the internal market.[61] The 2023 New Batteries Regulation imposes a mandatory due diligence system which requires the economic actors to control and report on environmental and social risks associated with the use of raw materials. These obligations are embedded in market access conditions specific to certain products, also they are supported by third-party audits and contractual clauses with suppliers. This illustrates how private due diligence and public trade, including market restrictions and sustainability yardsticks, are increasingly intertwined, preparing the ground for a more integrated model of trade governance based on enforceable corporate accountability.

Finally, the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) Regulation 2023/956,[62] though not a conditionality tool in the strict sense, also falls within the vertical pillar as it targets importers directly. Indeed, it requires EU importers of certain specific carbon-intensive goods to purchase CBAM certificates corresponding to the amount of greenhouse gas emitted in the process of production of the imported goods. The price of these CBAM certificates will reflect the cost of allowances under the EU Emissions Trading System (ETS),[63] thereby aligning the carbon cost of imported goods with that of domestically produced ones. Fundamentally, the Regulation allows for a full deduction of the CBAM obligation if the importer can demonstrate that a carbon price has already been paid in the country of origin. This "full credit" mechanism serves a dual purpose: it mitigates the risk of carbon leakage, i.e.,

[59] Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council, of 20 October 2010, Laying Down the Obligations of Operators Who Place Timber and Timber Products on the Market.

[60] Regulation (EU) 2023/1542 of the European Parliament and of the Council, of 12 July 2023, Concerning Batteries and Waste Batteries.

[61] See: G. C. LEONELLI, *op. cit.*, pp. 238-239.

[62] Regulation (EU) 2023/956 of the European Parliament and of the Council, of 10 May 2023, Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism.

[63] The EU Emissions Trading System (ETS) is the EU's main market-based tool for reducing greenhouse gas emissions. Introduced in 2005, it operates on a "cap-and-trade" principle: a limit (cap) is set on the total amount of certain greenhouse gases that can be emitted by covered installations, and emission allowances can be traded on the market. The ETS currently covers sectors such as power generation, industry, and aviation, and has been progressively tightened as part of the EU's climate neutrality goals.

the relocation of emissions-intensive production outside the EU, while safeguarding compliance with the most-favored-nation (MFN) principle under WTO law,[64] by treating all foreign producers equally on the basis of objective carbon pricing criteria. Therefore, CBAM functions primarily as a level-playing-field mechanism, ensuring that imported goods face a carbon cost equivalent to that borne by EU producers. While it indirectly promotes decarbonization abroad, its primary purpose is to prevent carbon leakage rather than to reward or sanction compliance with social or environmental standards.

In conclusion, within the Hard Binding pillar, instruments differ not only in their addressees but also in their temporal design: some operate *ex ante*, setting entry conditions for market access (e.g., CBAM, GSP+), while others work *ex post*, intervening through bans or remedial actions based on proven violations (e.g., Forced Labor Regulation). Alongside these instruments, there is the above mentioned Critical Raw Materials Act (Regulation (EU) 2024/1252) which, while not a conditionality tool strictly speaking, complements them by seeking to diversify and secure supply chains for strategic inputs, such as rare earths, lithium, and cobalt, which are vital for solar and battery technologies. It seeks to mitigate the Union's reliance on value chains dominated by suppliers with weak social and environmental safeguards, aligning with the broader "de-risking" trend noted by Leonelli.[65] By doing so, it functions as a resilience-oriented counterpart to CBAM and due diligence obligations, addressing structural vulnerabilities that aggravate the Green Paradox. Nonetheless, scholars and the European Commission itself have warned that, absent binding sustainability requirements for strategic partnerships and clearer monitoring of third-country practices, the CRM Act risks prioritizing security of supply over the enforcement of environmental and human rights standards, potentially shifting, rather than solving, the Union's external sustainability dilemmas.[66]

Because tariff preferences and border bans reach only so far, a second

[64] The most-favored-nation (MFN) principle is a cornerstone of WTO law, requiring that any advantage, favor, privilege, or immunity granted by a WTO Member to the products or services of another country must be extended immediately and unconditionally to all other WTO Members. It is codified in Article I of the GATT 1994 (goods), Article II of the GATS (services), and Article 4 of the TRIPS Agreement (intellectual property). The MFN principle ensures non-discrimination among trading partners, unless an exception applies under WTO rules (e.g., preferential trade agreements or the Enabling Clause).

[65] See: G. C. LEONELLI, *op. cit.*, pp. 240-247.

[66] COM (2023) 165final, of 17 March 2023, A secure and sustainable supply of critical raw materials in support of the twin transition.

tier uses soft law instruments, including reputation, to widen coverage. One example is the 2021 *Open, Sustainable and Assertive Trade Policy Review*[67] which represented a milestone in the EU's trade strategy. It instructed trade negotiators to systematically «mainstream the European Green Deal and the Sustainable Development Goals (SDGs)» throughout all new trade and investment agreements. The review effectively establishes a public benchmark against which the sustainability credentials of each agreement are to be evaluated. By doing so, the EU seeks to ensure that its trade policy becomes a tool for the attainment of its green and social policies, introducing environmental and human rights objectives not only in dedicated sustainability chapters, but as cross-cutting obligations throughout the entire Treaty structure.[68] Furthermore, the EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024[69] reinforces the EU's external human rights policy through political dialogues which have become one of the main instruments for implementing the EU's values abroad. The Plan not only reiterates longstanding priorities such as freedom of expression and gender equality, but also introduces new dimensions, including the link between human rights and environmental protection, the impact of new technologies on fundamental rights, and corporate social responsibility. These priorities, together with thematic Guidelines and the active involvement of the EU Special Representative for Human Rights, contribute to shaping a value-based narrative that accompanies trade negotiations. While not legally binding, the Action Plan provides civil society and third countries with a structured interpretative framework through which the Union's external economic instruments can be monitored and assessed in light of their alignment with fundamental rights commitments.[70]

[67] COM (2021) 66final, of 18 February 2021, Trade Policy Review. An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy.

[68] See: S. VILLANI, *op. cit.*, p. 180.

[69] The EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024 sets out the Union's strategic framework for promoting human rights, democracy, and the rule of law worldwide. Structured around five key objectives, it aims to protect and empower individuals, build resilient, inclusive, and democratic societies, promote a global system for human rights and democracy, harness new technologies responsibly, and deliver a more effective and united EU external action. The Plan, adopted by the Council on 18 November 2020, places particular emphasis on protecting civic space, supporting fair and sustainable economic systems, and ensuring responsible business conduct as cross-cutting priorities across EU external policies.

[70] For more information on soft-law instruments for the spread of EU's fundamental

Since the Lisbon Treaty, the EU has systematically included TSD chapters in its new-generation free trade agreements, embedding commitments on labor and environmental standards within the broader structure of the Common Commercial Policy. These provisions are formally binding, as confirmed by the Court of Justice in its 2017 Opinion 2/15 on the EU-Singapore agreement, analyzed in the previous section, the Court of Justice clarified that such provisions have a "direct and immediate effect on trade", and therefore fall under the Union's exclusive competence. This position has significantly shaped the legal structure of EU FTAs by confirming that sustainability clauses are fully integrated into the EU's external trade powers.[71] However, while TSD chapters require parties to uphold international labor and environmental standards, including ILO core conventions and multilateral environmental agreements, they lack strong enforcement mechanisms.[72] Violations do not trigger trade sanctions or suspension of concessions. Instead, disputes are addressed through consultations, panels of experts, and public recommendations, as illustrated by the EU–South Korea FTA case in 2021, when an expert panel was organized under the EU-South Korea FTA to evaluate Korea's failure to ratify core ILO conventions. The panel concluded that Korea had breached its "best endeavors"[73] obligation under Article 13.4.3 of the agreement and recommended the adoption of a detailed

rights in third countries, see: A. ADINOLFI, *Il ruolo dell'Ue nella diffusione dei diritti fondamentali in Stati terzi: strumenti vincolanti e adeguamento 'spontaneo' agli standard dell'Unione*, in *La Nuova Giuridica - Florence Law Review*, vol. 3, n. 1, 2023, pp. 1-22.

[71] See: S. VILLANI, *op. cit.*, p. 180.

[72] To deepen the understanding of the most recent developments regarding environmental conditionality in TSD Chapters, see: C. LA MACCHIA, *The Formulation of the Trade and Sustainable Development Chapter in the European Union-New Zealand Free Trade Agreement: Novel Aspects and Likely Effectiveness Issues*, in questa *Rivista*, 2025; L. RICCARDI, *I meccanismi di risoluzione ed* enforcement *nei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile alla luce dell'accordo di libero scambio tra l'UE e la Nuova Zelanda: verso una condizionalità ambientale?*, *ivi*, 2024.

[73] A panel of experts was convened under the dispute settlement mechanism of the EU-South Korea Free Trade Agreement (FTA) to assess South Korea's failure to ratify key ILO conventions on freedom of association and collective bargaining. The panel found that Korea had not met its obligation under Article 13.4.3 of the FTA, which requires the parties to make continued and sustained efforts ("best endeavors") to ratify core ILO conventions. Although the panel's findings were non-binding, they marked the first enforcement case under the EU's trade and sustainable development chapters and led to public recommendations for a time-bound roadmap to compliance, exerting reputational and political pressure for reforms.

compliance roadmap, but no sanctions were imposed. Importantly, the report was made public a strategic feature that illustrates how transparency, even in the absence of sanctions, can exert meaningful normative pressure and contribute to triggering domestic legal and policy reforms. As a result, academic commentators characterize TSD chapters as hybrid instruments: they are binding in law but rely primarily on reputational and procedural enforcement rather than coercive measures This hybrid nature explains why they are grouped alongside soft law tools, even though they create legal obligations.

A further hybrid enforcement mechanism employed by the EU consists in the systematic incorporation of the above-mentioned ILO Conventions No. 29 and 105 on forced labor into its trade instruments. These conventions function both as eligibility criteria under the GSP+ and as reference standards in TSD chapters of free trade agreements. Anchoring these conventions in legal texts allows the EU to translate ILO-based compliance assessments into tangible trade risks, ranging from preference withdrawal to panel-based scrutiny. In the GSP+ context, the European Commission issues biennial monitoring reports that explicitly incorporate the findings of ILO supervisory bodies, turning international reporting into a source of potential legal and economic consequences.[74]

Notwithstanding, all these instruments analyzed so far must necessarily be in compliance with the rules of the WTO. To ensure compatibility with the multilateral trade regime, the EU has created such instruments withing the scope of the exceptions permitted by Article XX of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).[75] In particular, two sub-paragraphs are regularly invoked as legal gateways: Article XX(b), which allows trade-restrictive measures that are «necessary to protect human, animal or plant life

[74] For a detailed empirical analysis of the EU's selective use of negative conditionality and the geopolitical determinants of preference withdrawal, see: I. BORCHERT ET AL., *op. cit.*, 2021, pp. 641-647.

[75] Article XX of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994 provides a list of general exceptions that allow WTO Members to adopt measures that would otherwise be inconsistent with their GATT obligations. These include, inter alia, measures that are "necessary to protect public morals, human, animal or plant life or health" (Article XX(b)), and those relation to "the conservation of exhaustible natural resources" (Article XX(g)). However, any such measures must also comply with the conditions of the chapeau of Article XX, which prohibits their application in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade.

or health», and Article XX(g), which permits measures «relating to the conservation of exhaustible natural resources».[76] However, relying on these exceptions is not automatic. Under the chapeau of Article XX, even if a measure qualifies under a specific exception, it must also be applied in a manner that is non-arbitrary, non-discriminatory, and not a disguised restriction on international trade. To meet this overarching requirement, the EU carefully designs its instruments to include procedural safeguards such as transparency, non-discrimination among trading partners, due process, and objective criteria for enforcement.[77] The respect of the above-mentioned criteria is essential to defend the legality of EU sustainability Regulations in the event of a WTO dispute.

Taken together, the EU's two-pillar conditionality framework, merging Hard Binding rules, both horizontal and vertical, with Soft Law and hybrid instruments, forms a structured system of leverage. The first pillar ensures enforceable thresholds for market access and regulatory compliance as well as corporate transparency and due diligence obligations which provide a steady flow of traceable, audited data. This data enables regulators, investors, and civil society to assess compliance across supply-chains and to strengthen enforcement. Alongside these, soft-law tools and diplomatic dialogues extend normative expectations beyond the minimum legal requirements. This dual structure enhances the Union's ability to project its core environmental and human rights values externally.

However, this architecture can be undermined if the EU prioritizes inward-looking strategies, such as reshoring or friend-shoring, at the expense of the promotion of its core values elsewhere thereby reducing the external reach of its regulatory influence.[78] As previously mentioned, although innovative and ultimately useful, each instrument presents some possible drawbacks. Empirical research shows that the application of negative conditionality has so far remained limited, as enforcement has been inconsistent or absent against countries such as China. This selective application has raised concerns about a credibility gap in the EU's trade instruments based on its

[76] For more information concerning the WTO framework, see: G. M. RUOTOLO, *On the Incorporation of WTO Obligations in the European Union Trade Agreements: The Dispute with Ukraine on the Timber Export Ban and the Environmental Exceptions*, in *OIDU*, n. 4, 2019.

[77] The legal design of recent instruments such as CBAM reflects a conscious effort to align with WTO disciplines, particularly through Article XX GATT exceptions.

[78] For further discussion on how reshoring and friend-shoring strategies may undermine the EU's external sustainability leverage, see: G. C. LEONELLI, *op. cit.*, pp. 240-256.

core values, since in these cases the political cost of withdrawal decisions might often prevent action even in the face of clear violations.[79] This same logic of value-based conditionality also underpins the EU's autonomous trade instruments. In the case of GSP+, civil society actors and EU institutions rely on data provided by the ILO to monitor compliance, however, the absence of automatic triggers and the predominance of discretion limit the preventive power of the mechanism. As a response to this institutional fragility, the adoption of the Forced Labor Regulation (EU) 2024/3015 has significantly changed the EU's approach which was essentially based on soft-law instruments shifting to a model based on prohibitive market access rules establishing a more enforceable framework based on clear rules and promoting fundamental labor standards in global supply chains.[80] Yet, even though this instrument represents an important step forward for the mitigation of the Green Paradox, in some cases, such as the solar-supply chain analyzed in the case study below, some difficulties in its enforcement may still arise. For instance, lack of supply chain transparency, difficulties in obtaining reliable audit data, limited cooperation from third-country authorities, and the risk of political retaliation are all factors that can become hindrances in the process of identifying forced labor practices through an *ex-post* mechanism. Comparable concerns have also been raised regarding the CSDDD, particularly its jurisdictional gaps and vulnerability to forum shopping, which risk limiting its impact on transnational accountability. Similar weaknesses characterize the EU's soft and hybrid tools, especially TSD chapters, whose reliance on consultations and non-binding expert recommendations, without sanction mechanisms, often undermines their effectiveness, unless paired with stronger monitoring mechanisms.

In other words, when applied coherently and comprehensively, this conditionality toolkit enables the EU to convert the gravitational force of its Single Market into a driver of global decarbonization and social sustainability. Yet, if applied selectively or inconsistently, for instance targeting only certain sectors, countries, or violations, while tolerating others for political or economic reasons, it risks entrenching the very "Green Paradox" it was designed to solve: high environmental standards at home coexisting with continued dependence on unsustainable and unjust practices abroad.

[79] *Ibidem*.
[80] *Ibidem*.

5. *Case Study: The Solar-Panel Value Chain*

No segment of the green-tech economy captures the Union's Green Paradox more starkly than solar photovoltaics, making this case study particularly suitable for the aim of this analysis. Indeed, in recent years, the EU has experienced a rapid and unprecedented increase in solar capacity installation, with solar energy now supplying a growing share of the Union's electricity mix. Nonetheless, the vast majority of solar modules arriving in European ports continue to be manufactured within China's supply chains. As the International Energy Agency[81] notes, Chinese companies currently dominate all stages of the global photovoltaic value chain,[82] from raw material processing to final module assembly, and this dominance is expected to grow without targeted diversification policies.[83] Beijing's power is thus particularly high: four of the world's five largest wafer-and-cell clusters sit in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region (XUAR), giving that single province almost the entirety of wafer output and of cell production by 2023. Seen from the EU's perspective, therefore, the Green Deal's leading technology rests on an almost monopolistic external supplier.[84]

The concentration of polysilicon production in Xinjiang creates two major externalities that are invisible to European climate metrics. The first is

[81] The International Energy Agency (IEA) is an intergovernmental organization established in 1974 within the framework of the OECD, in response to the 1973 oil crisis. Originally created to help coordinate emergency oil-sharing and ensure energy security among industrialized countries, the IEA has since broadened its mandate to provide authoritative data, analysis, and policy recommendations on global energy markets, with the aim of promoting not only energy security and economic growth but also the transition toward environmental sustainability. Today, the IEA is a leading reference point for monitoring the global energy transition, particularly through its annual *World Energy Outlook* and sector-specific technology roadmaps.

[82] For detailed analysis of China's role in the global PV industry, including data on supply chain concentration and manufacturing capacity, see: International Energy Agency, *Solar PV Global Supply Chains*, 2022, available at: www.iea.org/reports/solar-pv-global-supply-chains.

[83] More information concerning the use of Critical Raw Materials for solar-panels components may be found in: G. C. LEONELLI, *op. cit.*, p. 240 ff.

[84] While some geographical diversification within China has recently occurred, Chinese firms still control the vast majority of global solar photovoltaic manufacturing, with over 80% of polysilicon, wafer, cell, and module production concentrated in China as of 2025. Xinjiang remains a major hub for early production stages, particularly polysilicon refining, despite growing capacities in other Chinese provinces.

carbon leakage: although the EU may reduce emissions domestically, it increasingly relies on solar components manufactured in regions with far higher carbon footprints. In particular, the process of refining silicon into solar-grade polysilicon requires extremely high temperatures and massive energy inputs. In Xinjiang, this energy is supplied almost entirely by coal-fired power, sourced from the Zhundong basin, which contains around 40% of China's coal reserves.[85] Because coal is one of the most carbon-intensive energy sources, the same kilogram of polysilicon produced in Xinjiang generates up to four times more CO_2 emissions than polysilicon refined in countries that use hydropower, such as Norway or South Korea. This means that the EU's green energy transition may inadvertently shift emissions abroad, rather than eliminate them, thus undermining the integrity of its climate targets.[86]

A second and even more concerning dimension is the systematic use of forced labor. As documented by Murphy and Elimä, the Chinese government has, since 2018, restructured the XUAR from a network of internment camps into what they describe as «an enormous forced-labor regime».[87] According to official Chinese sources, 2.6 million Uyghur and Kazakh individuals have been placed in so-called "surplus labor" and "labor transfer" programs, operating under the *façade* of poverty alleviation but in reality, sustained by pervasive coercion. The threat of internment thus creates a system in which individuals cannot meaningfully refuse participation, and workers are routinely transferred far from home, monitored by security personnel, and subjected to ideological indoctrination. Independent research[88] has ver-

[85] For more information on the carbon intensity of polysilicon production in Xinjiang and its implications for global supply chains and climate accountability, see: L. MURPHY, N. ELIMÄ, *op. cit.*, p. 17 ff.

[86] *Ibidem*.

[87] For further discussion on the structure and scope of China's forced labor system in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, including the scale of "surplus labor" transfers, the presence of all ILO forced labor indicators, and the ideological aims of assimilation, see: L. MURPHY, N. ELIMÄ, *op. cit.*, p. 13 ff..

[88] For a detailed analysis of the available evidence regarding the presence of the ILO indicators of forced labor within Xinjiang's labor transfer programs, see: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China*, 31 August 2022, available at: www.ohchr.org/en/documents/country-reports/ohchr-assessment-human-rights-concerns-xinjiang-uyghur-autonomous-region; ASPI, *Uyghurs for Sale: "Re-education",*

ified that all eleven of the ILO's indicators of forced labor, including intimidation, restriction of movement, wage withholding, and abuse of vulnerability, are present within these transfers.

Moreover, reports such as the one from Nankai University[89] admit that the purpose of these programs is not merely economic development, but also the "integration and assimilation" of minority populations into Han Chinese society. This repressive social engineering is enforced through a points-based surveillance system and reinforced by government incentives, propaganda, and direct intervention into rural households and traditional lifestyles. Therefore, the consequence is what could be described as a double externality: every shipment of solar modules arriving in European ports potentially contains two hidden costs, a high level of embedded carbon, and a significant risk of having been manufactured through forced labor.

These twin externalities expose interlocking weaknesses in the present EU approach. Climate bookkeeping registers territorial emissions reductions, but ignores the offshore coal intensity embedded in imported panels; corporate due-diligence rules struggle in practice when an entire upstream tier sits behind a state-controlled information barrier; when trade measures impose strict requirements on carbon emissions while treating labor rights violations, such as forced labor, as optional or secondary concerns, they risk violating the non-discrimination clause in Article XX of the GATT.

Finally, the geopolitical dependence on a single province grants Beijing implicit leverage should wider disputes arise. Therefore, reconciling rapid solar deployment with genuine climate integrity and respect for fundamental rights requires a unified policy ladder that ties market access, carbon pricing and mandatory supply-chain transparency together in one predictable framework. Polysilicon is an ideal proving ground: if a coherent set of incentives can reshape behavior in a sector as geographically concentrated and politically sensitive as this, the same architecture can be scaled across the broader portfolio of net-zero technologies on which the European Green Deal ultimately relies.

forced labor and surveillance beyond Xinjiang, 1 March 2020, available at: www.aspi.org.au/report/uyghurs-sale.

[89] For further information regarding the report issued by the Nankai University, see: L. MURPHY, N. ELIMÄ, *op. cit.*, p. 11.

6. *Conclusions*

This study has offered a legal analysis of the external dimension of the EU's green transition, with particular attention to the systemic frictions that emerge when internal climate and human rights objectives are not adequately matched by consistent external trade instruments. While the academic literature has addressed many of the individual components underpinning this tension, ranging from the evolution of environmental competences to the design of conditionality tools and the challenges of supply chain regulation, what remains underexplored is the coherence of the overall architecture and its capacity to deliver on the normative aspirations of the European Green Deal beyond EU borders. Of course, the intention of this paper has thus been that of contributing to scholarly debate by highlighting areas in which the existing legal and institutional framework still reveals important asymmetries and potential gaps.

In this perspective, each section of the paper has aimed to highlight on a specific layer of the problem. The analysis of the evolution of EU environmental competences provided the legal foundations for understanding how internal normative obligations can and do translate into external action. The mapping of the Union's conditionality instruments highlighted both the scope, the advancements, but also the fragmentation of current tools, showing where coherence and enforcement mechanisms are still lacking. The embedded case study on the solar-panel value chain was selected to ground the argument in a concrete and geopolitically sensitive example, illustrating how the Green Paradox manifests in practice. Together, these parts support a broader reflection on the need for more integrated and predictable governance frameworks.

In this context, the results of this paper suggest that the introduction of a "progressive conditionality model" may represent a possible avenue for further legal and policy analysis and development. Indeed, existing instruments often operate at opposite ends of the regulatory spectrum: some adopt rigid prohibitions that require high thresholds and are difficult to enforce in complex global supply chains, while others rely on broad country-level incentives with limited gradation between full access and full suspension and are subject to discretionary political decisions. A progressive conditionality approach would instead allow for intermediate, adjustable steps linking market access to concrete and verifiable improvements over time. By doing so, it would complement existing instruments by enhancing compliance pathways, providing structured incentives for gradual reform, and offering a

more flexible tool to address sector or country specific challenges that cannot be effectively tackled through the current instruments. In doing so, it could enhance legal certainty, reduce enforcement discretion, and better reflect the Union's dual commitment to sustainability and huma rights-based trade.

The rationale for such a model stem from a critical evaluation of the existing legal instruments. As examined throughout the paper, the Union's current instruments, even though innovative and fundamentally robust, present certain limitations in terms of fragmentation, enforceability, and systemic impact. The coexistence of diverse regulatory approaches, the persistence of political discretion in enforcement, and the absence of automatic compliance mechanisms tend to undermine the overall credibility and effectiveness of value-based trade governance. Furthermore, while some instruments such as the Forced Labor Regulation represent important advances for the mitigation of the Green Paradox, their ability to produce systemic and effective change remains limited in the absence of a comprehensive and unified framework.

The case study on the solar-panel value chain has served to concretely illustrate the limitations of the current approach. It exemplifies how the EU's decarbonization efforts, if pursued not taking in full account the external trade realities, risk outsourcing both environmental degradation and human rights violations. Yet, it also shows how targeted progressive conditionality could transform such a high-risk sector into a first test for more balanced and sustainable trade practices. A progressive conditionality model could indeed provide a more effective response by introducing graduated access conditions based on verifiable improvements in supply chain transparency, labor standards, and environmental performance. Compared to a rigid ban-based approach, a progressive conditionality model could offer a more realistic pathway for sectors like solar photovoltaics, where full verification of supply chain practices remains extremely difficult due to limited transparency, restricted access for independent audits, and political sensitivities in supplier countries. Thus, rather than relying on companies, or government authorities, to prove full compliance immediately, such a model would set clear, incremental benchmarks that incentivize gradual improvements over time. For instance, by encouraging geographical diversification of production, increased transparency where feasible, and cooperative monitoring frameworks. This approach would allow the EU to exert sustained normative pressure while acknowledging the complex constraints of global

supply chains, ultimately making its sustainability objectives more enforceable in politically sensitive contexts.

As mentioned, the progressive conditionality model would not replace existing instruments such as the Forced Labor Regulation, but rather complement them by addressing different stages of regulatory intervention. The Forced Labor Regulation operates on an *ex-post* logic, targeting specific goods when there is sufficient evidence that forced labor has occurred in their production. However, as previously stated, obtaining such evidence remains extremely challenging. A progressive conditionality mechanism could thus work alongside this framework aiming at a more progressive long-term change, rather than immediate intervention, requiring the companies to gradually improve transparency, conduct risk assessments, implement mitigation measures, and engage in credible monitoring processes. This combined approach would allow the EU to apply immediate prohibitions where forced labor is demonstrably identified, while simultaneously promoting broader structural improvements in supply chain governance where full verification is not yet feasible. While the specifics of the solar sector may not be generalizable to all other fields, the underlying governance tension is broadly relevant across strategic supply chains, especially those tied to raw materials, energy technologies, and agri-environmental goods.

Critics may argue that gradual roadmaps risk becoming symbolic exercises with limited tangible impact. However, when designed with robust enforcement mechanisms, such a model can produce meaningful results. The key lies in ensuring that each stage of the roadmap is tied to objectively verifiable benchmarks, such as independently audited transparency measures, measurable improvements in labor and environmental indicators, and time-bound milestones, along with the possibility of both rewards (incremental market access or technical assistance) and sanctions (suspension or rollback of preferences). Historical precedents demonstrate the potential of such an approach: the European Commission's biennial monitoring under the GSP+ scheme and the compliance roadmaps adopted in TSD disputes**,** notably under the EU-South Korea FTA, have shown that phased conditionality can lead to substantive reforms when anchored in credible oversight. However, these mechanisms often suffer from two major shortcomings: GSP+ relies heavily on political discretion and lacks automatic triggers for escalation, while TSD roadmaps, although transparent, are based on non-binding recommendations without enforceable consequences. The Progressive Conditionality Model addresses these gaps by combining phased engagement with automatic escalation mechanisms: each stage of the roadmap would be tied

to objective benchmarks, time-bound milestones, and the possibility of both rewards and sanctions. This dual-track structure reduces the political selectivity and "ineffective" nature of existing mechanisms, while maintaining flexibility for cooperation. While the Progressive Conditionality Model requires careful legal and operational design, it is not inherently fallible. On the contrary, it offers a pragmatic and enforceable bridge between rigid prohibitions, which are often hard to operationalize in opaque global supply chains, and purely voluntary tools, particularly in sensitive sectors like solar photovoltaics and other strategic net-zero technologies.

It is in this light that the present contribution should be read, as a critical reflection on how legal design might evolve to address the structural dilemmas posed by the Green Paradox. However, this model certainly raises its own legal and operational questions. Its implementation would require the careful definition of legal grounds, the development of transparent procedural safeguards, and to deploy a close monitoring to ensure that WTO-compatibility as well as the principle of proportionality are respected. In addition, careful attention should be paid to the differentiated capacities of trading partners, so as to avoid *de facto* exclusion or excessive burdens on countries with limited institutional resources.

Further research is also needed to explore how such a model could be operationalized in practice. Empirical studies on actual implementation in various sectors as well as assessments of the possible effects, and comparative analyses with other normative trade actors (such as the United States or Canada) would all contribute to refining the analytical validity and feasibility of the proposal. Likewise, insights and feedback from stakeholders, including Member States, civil society organizations, and economic operators, would be essential to evaluate how progressive conditionality could be translated into actionable criteria and enforcement mechanisms.

In conclusion, this paper contributes to the legal debate on the Green Paradox by examining how the EU can reconcile its normative ambitions with the regulatory constraints of global supply chains. It argues that the effectiveness of the Union's external sustainability policies depends not only on the availability of legal instruments, but on their capacity to operate in a coherent, progressive, and practically enforceable manner. In this sense, the Green Paradox does not reflect a normative inconsistency, but highlights the need for continuous refinement of the EU's legal toolbox to address the structural complexities of interdependent global markets.

Abstract (ita)

Il presente contributo affronta il cosiddetto "*Green Paradox*" dell'Unione europea, ossia la tensione tra l'adozione interna di elevati standard ambientali e sociali e la perdurante dipendenza da catene globali del valore che esternalizzano emissioni e violazioni dei diritti fondamentali. Attraverso una metodologia composita, che coniuga revisione sistematica della letteratura, analisi giuridico-dottrinale dei Trattati, della normativa e della giurisprudenza dell'Unione, e un caso di studio sulla filiera fotovoltaica radicata nello Xinjiang, l'articolo ricostruisce l'evoluzione delle competenze ambientali dell'UE e ne esamina gli strumenti di condizionalità esterna. L'indagine mette in luce come la combinazione di strumenti vincolanti e *soft law*, pur concepita per conformarsi al diritto dell'OMC, risulti insufficiente a prevenire le contraddizioni generate dall'affidamento a fornitori di Stati terzi. Alla luce delle criticità emerse, si propone l'adozione di un "modello di condizionalità progressiva", fondato su traguardi verificabili, incentivi e sanzioni automatiche, quale via per garantire una più coerente proiezione esterna dei valori dell'Unione. In tal modo, il contributo auspica la costruzione di un'architettura normativa più integrata e prevedibile, capace di coniugare le ambizioni climatiche con la tutela dell'ambiente e dei diritti umani lungo le catene del commercio internazionale.

Abstract (eng)

This contribution addresses the so-called "*Green Paradox*" of the EU, namely the tension between the Union's high domestic environmental and social standards and its continued reliance on global supply chains that externalize both emissions and fundamental rights violations. Employing a composite methodology, combining a systematic literature review, a doctrinal legal analysis of EU Treaties, legislation and case law, and a case study on the solar supply chain rooted in Xinjiang, the article retraces the evolution of the Union's environmental competences and examines its external conditionality instruments. The analysis reveals that the current mix of binding measures and soft-law mechanisms, although designed to comply with WTO law, remains insufficient to avert the contradictions arising from dependence on third-country suppliers. In light of these shortcomings, the paper advances a "Progressive Conditionality Model", grounded in verifiable benchmarks, automatic incentives and sanctions, as a pathway to ensure a more

coherent external projection of EU values. In so doing, it calls for the construction of a more integrated and predictable normative architecture, capable of reconciling climate ambitions with the protection of the environment and human rights across international trade chains.

BlogDUE

L'UNIONE EUROPEA DINANZI ALL'AGGRESSIVITÀ COMMERCIALE STATUNITENSE: LE IMPLICAZIONI GIURIDICHE DELL'ACCORDO QUADRO DEL 21 AGOSTO 2025

Nicola Bergamaschi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dallo scontro al compromesso. – 3. La natura giuridica dell'Accordo quadro. – 4. Le implicazioni sul piano del diritto internazionale. – 5. Le implicazioni sul piano del diritto dell'UE. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il 21 agosto 2025, l'Unione europea (UE) e gli Stati Uniti (USA) hanno rilasciato una dichiarazione comune su un Accordo quadro sul commercio reciproco, equo ed equilibrato (così il titolo originale del comunicato stampa della Commissione: *Joint Statement on a United States-European Union framework on an agreement on reciprocal, fair and balanced trade*; la stessa dichiarazione è stata pubblicata sul sito della Casa bianca). In essa, vengono illustrati i punti chiave dell'intesa (l'Accordo quadro) frutto del compromesso raggiunto tra le Parti come soluzione allo scontro commerciale tra loro in atto a seguito dell'aggressiva politica sui dazi commerciali intrapresa dall'amministrazione Trump nei mesi precedenti (per un primo commento, R. MAGNAGHI, *Il multilateralismo dell'OMC di fronte all'intesa Ue–Usa e alla sua implementazione europea*, in *SIDIBlog*, 31 ottobre 2025; T. VERELLEN, *The EU-US Trade Deal: Informalization in Action*, in *Thomas Verellen*, 16 August 2025).

Il presente contributo intende affrontare alcune delle perplessità suscitate dal compromesso e dalle modalità del suo conseguimento. In particolare, ricostruiti sinteticamente gli eventi che hanno portato alla dichiarazione comune e illustrato il contenuto dell'Accordo quadro (sezione 2), l'analisi si soffermerà sulla difficile qualificazione giuridica dell'atto (sezione 3) e, di seguito, sulle sue conseguenze, dalla duplice prospettiva del diritto internazionale (sezione 4) e del diritto dell'UE (sezione 5). Infine, si svolgeranno brevi considerazioni conclusive (sezione 6).

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Parma) – 2 dicembre 2025.

2. *Dallo scontro al compromesso*

Le recenti tensioni commerciali tra l'UE e gli USA (sul tema, M. BUCCARELLA, *Dall'altalena dei dazi alla minaccia in copia conoscenza: l'Unione europea nel crocevia del nuovo (dis)ordine commerciale globale*, in *Unione europea e Diritti*, 2025, p. 425 ss.; ID., *L'altalena dei dazi di Trump e il preludio di una nuova epoca (instabile) del commercio internazionale. Quale ruolo per l'Unione europea?*, *ivi*, 2025, p. 7 ss.) trovano un precedente risalente agli anni della prima presidenza Trump, quando gli USA avviarono quella politica commerciale unilaterale ostile nei confronti del resto del mondo successivamente acutizzatasi con la seconda presidenza Trump e mai davvero sopita, per quanto attenuatasi, durante l'era della presidenza Biden (G. SACERDOTI, *Il sistema multilaterale degli scambi e l'Organizzazione Mondiale del Commercio. Il WTO alla sfida di Trump*, in *DPCE online*, 2025, p. 969 ss.; A. LIGUSTRO, *Biden Foreign Trade Policy: A New Deal for Protectionism*, *ivi*, 2024, p. 399 ss.; M. BUCCARELLA, A. LIGUSTRO, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) condanna i dazi di Trump su acciaio e alluminio, ma Biden condanna l'OMC*, *ivi*, 2023, p. 1529 ss.; G. ADINOLFI, *Le misure USA per la protezione dei mercati nazionali dell'acciaio e dell'alluminio: Un nuovo capitolo della crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio?*, in *SIDIBlog*, 13 aprile 2018; A. LIGUSTRO, *La politica commerciale del Presidente Trump: bilancio dei primi cento giorni*, in *DPCE online*, 2017, p. 165 ss.). A farne le spese, all'epoca, era stata in particolare la Cina (M. VELLANO, *The European Union's Involvement in the Trade War between the United States and China*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2021, p. 115 ss.), ma anche paesi considerati tradizionalmente "amici" degli USA ne furono bersaglio, inclusa l'UE. Nel 2018 e nel 2020, gli USA adottarono misure che portarono a un incremento tariffario sulle importazioni di determinati prodotti di acciaio e di alluminio originari dell'UE (con soglie del 25% e del 10 % *ad valorem*; si tratta dei c.d. dazi "Sez. 232", adottati sulla base della Sezione 232 del *Trade Expansion Act* del 1962), motivandole sulla base dell'eccezione di sicurezza nazionale *ex* art. XXI dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1994 (GATT 1994).

In risposta, l'UE avviò una procedura di ricorso (DS548) nell'ambito del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC). Contestualmente, aumentò in misura corrispondente i dazi su determinati prodotti di acciaio e di alluminio provenienti dagli USA (regolamento di esecuzione 2018/886), sotto forma di misure di riequilibrio di risposta a misure di salvaguardia *ex* art. XIX GATT 1994,

sulla base del regolamento 654/2014, art. 3, lett. c). Secondo l'UE, infatti, quelle statunitensi non sarebbero qualificabili come misure di sicurezza nazionale ma, piuttosto, come misure di salvaguardia – ingiustificate – ai sensi del diritto OMC. Di conseguenza, fallito il tentativo di consultazioni di rito tra le parti, l'UE si è ritenuta legittimata a sospendere a sua volta le concessioni tariffarie sui prodotti originari negli USA (*ex* art. 8, par. 2, dell'Accordo OMC sulle misure di salvaguardia), finché questi ultimi non avessero revocato le proprie misure.

Pur senza rinnegare la politica commerciale di Trump, l'amministrazione Biden si mostrò incline a un riavvicinamento con l'UE e alla ricerca di una soluzione condivisa (si veda la dichiarazione congiunta del 17 maggio 2021). La procedura di risoluzione della controversia in corso fu sospesa consensualmente e, a fronte di un sostanziale ridimensionamento delle misure protezionistiche degli USA nei confronti dei prodotti dell'UE, quest'ultima sospese le proprie misure di riequilibrio fino a marzo 2025 (regolamento di esecuzione 2023/2882). Tuttavia, non si giunse mai al perfezionamento dell'accordo definitivo auspicato.

Come noto, l'avvio della seconda presidenza Trump ha segnato un rinvigorimento delle misure protezionistiche statunitensi verso tutti i *partner* commerciali degli USA. Per quanto riguarda l'UE, gli USA hanno reintrodotto e ampliato i dazi su acciaio e alluminio, e aggiunto dazi su prodotti del settore automobilistico. Inoltre, l'UE è rientrata tra i destinatari delle c.d. "*reciprocal tariffs*" (Executive Order 14257 del 2 aprile 2025), consistenti in un aumento dei dazi *ad valorem* su tutti i prodotti importati (del 20% per i prodotti dell'UE) dai paesi colpiti (oltre 50, dalla Cina al Lesotho), con il dichiarato scopo di rimediare a presunti squilibri nella bilancia commerciale sfavorevoli agli USA. Come riscontrato in dottrina, tali provvedimenti appaiono evidentemente in contrasto con svariati obblighi del diritto OMC (M. BUCCARELLA, *L'altalena dei dazi di Trump e il preludio di una nuova epoca (instabile) del commercio internazionale*, cit.,), come il divieto di inalzare i dazi oltre le soglie concordate in sede multilaterale (art. II GATT 1994), e il principio della nazione più favorita (NPF), secondo cui ogni beneficio commerciale concesso a un membro dell'OMC deve essere immediatamente esteso a tutti gli altri membri (art. I GATT 1994; in sostanza, il principio vieta la discriminazione di trattamento sulla base dell'origine dei prodotti importati).

L'UE ha reagito riattivando le misure di riequilibrio precedentemente sospese e introducendone di nuove, in relazione ai dazi nel settore dell'acciaio e dell'alluminio e in quello automobilistico (regolamento di esecuzione

2025/778). Non sono state invece adottate risposte immediate alle *reciprocal tariffs*, mentre le stesse misure adottate sono state subito sospese per permettere un negoziato con gli USA (regolamento di esecuzione 2025/786), a fronte dell'apertura di Trump (sospensione del dazio orizzontale del 20%, sostituito da uno del 10%). La situazione è però precipitata quando, con una lettera indirizzata alla Presidente della Commissione, Trump ha annunciato l'imposizione di un nuovo dazio del 30% su tutte le merci dell'UE per controbilanciare le barriere tariffarie e non tariffarie dell'UE alle importazioni dagli USA. A sua volta, l'UE ha adottato nuove misure di riequilibrio che sostituiscono le precedenti e si estendono a tutte le categorie di merci colpite dai nuovi dazi statunitensi (regolamento di esecuzione 2025/1446).

Questi ultimi eventi hanno rappresentato il culmine dell'*escalation*. Pochi giorni dopo, il 27 luglio, le Parti hanno raggiunto il compromesso consistente nell'Accordo quadro, i cui termini sono stati resi pubblici con la dichiarazione comune del 21 agosto.

La dichiarazione contiene un elenco per punti degli impegni assunti dalle parti. In particolare, gli USA si sono impegnati ad applicare un dazio del 15% su tutti i prodotti dell'UE oggetto delle *reciprocal tariffs* (invece del 20% originale), a meno che l'aliquota applicata al prodotto in base al principio NPF non sia più alto, e di applicare solo quest'ultima aliquota (anche se inferiore al 15%) a determinati prodotti (risorse naturali, farmaci generici e prodotti del settore aeromobile). Inoltre, gli USA hanno espresso l'intenzione di ridurre al 15% anche i dazi "Sez. 232" sui prodotti nel settore automobilistico (attualmente oltre al 25%), e mantenere entro tale soglia anche eventuali futuri dazi "Sez. 232" sui prodotti farmaceutici, semiconduttori e legname. Quanto al settore dell'acciaio e dell'alluminio, l'accordo non fissa una soglia tariffaria: le Parti si sono dette intenzionate a considerare la possibilità di cooperare per proteggere le proprie industrie domestiche dai rischi di sovraproduzione a livello mondiale.

Da parte sua, l'UE ha dichiarato l'intenzione di ridurre a zero i dazi su tutti i prodotti industriali di origine statunitense, nonché di garantire un accesso privilegiato al mercato dell'UE per prodotti ittici e prodotti agricoli non sensibili. A ciò si aggiunge una serie di impegni commerciali non tariffari lato UE. Tra questi, vi è quello di acquistare dagli USA prodotti del settore energetico (gas, petrolio ed energia nucleare) fino al 2028, per un valore di 750 miliardi di dollari, e chip per 40 miliardi di dollari, nonché quello di incrementare in modo considerevole gli acquisti di armi dagli USA. Inoltre, l'UE ha annunciato nuovi investimenti negli USA da parte delle proprie imprese, per un ammontare di 600 miliardi di dollari fino al 2028. Da ultimo,

vi è l'impegno dell'UE a semplificare e rendere maggiormente flessibile nei confronti delle imprese statunitensi l'applicazione di strumenti unilaterali che hanno un impatto restrittivo sull'ingresso di merci e servizi nel mercato unico dell'UE, quali il regolamento 2023/1115 sulla deforestazione, il regolamento 2023/956 che istituisce il Meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, la direttiva 2024/1760 sul dovere di diligenza delle imprese e la direttiva 2022/2464 sulla sostenibilità aziendale.

Alcuni punti della dichiarazione sono poi dedicati ad impegni di cooperazione tra le Parti per ridurre o eliminare le rispettive barriere non tariffarie, lavorando allo sviluppo di standard comuni in settori chiave di comune interesse. Nel caso del settore alimentare, in particolare, le Parti si dicono intenzionate a snellire i requisiti per le certificazioni sanitarie per la carne di maiale e i prodotti agricoli. Si parla poi di mutuo riconoscimento degli standard nel settore automobilistico e della *cybersecurity*. Benché formalmente reciproci, tali impegni risultano sostanzialmente rivolti all'UE. Come emerge anche nella lettera di Trump, infatti, l'abbassamento di tali barriere da parte dell'UE risulta proprio tra gli obiettivi perseguiti dall'attuale politica commerciale d'oltreoceano.

Infine, l'UE e gli USA si impegnano a collaborare su temi relativi ai rapporti con i Paesi terzi, come la risposta alle restrizioni alle esportazioni di materie prime critiche, il rispetto dei diritti dei lavoratori riconosciuti a livello internazionale, la protezione della proprietà intellettuale, il rischio di *technology leakage*, il supporto alle iniziative multilaterali sulla non imposizione di dazi sul commercio digitale, il controllo sugli investimenti e sulle esportazioni e il contrasto a pratiche commerciali e di concorrenza sleali.

Per quanto riguarda i passaggi successivi all'Accordo quadro, la dichiarazione comune risulta vaga. Il titolo *Joint Statement on a United States-European Union framework on an agreement on reciprocal, fair and balanced trade* lascia intendere che l'intesa raggiunta, di cui vengono riportati i contenuti, funga da cappello per un ulteriore accordo da concludersi tra le Parti (similmente all'intesa tra USA e Regno Unito sui termini generali di un futuro "*US-UK Economic Prosperity Deal*"). Ciò potrebbe forse spiegare il significato dell'ultima frase della dichiarazione, secondo cui le Parti "will promptly document the Agreement on Reciprocal, Fair, and Balanced Trade to implement this Framework Agreement". Tuttavia, la dichiarazione non specifica su cosa dovrebbe vertere tale futuro accordo, limitandosi a descrivere il presente Accordo quadro come un primo passo in un possibile processo di ulteriori liberalizzazioni commerciali. Le Parti non sembrano quindi aver stabilito un preciso impegno in questo senso.

Maggiormente incisiva è, invece, l'attuazione dell'Accordo quadro a livello interno. Per quanto attiene all'UE, la Commissione ha prontamente sospeso i dazi previsti nel regolamento di esecuzione 2025/1446 (tramite il regolamento di esecuzione 2025/1727) e ha sottoposto a Consiglio e Parlamento una proposta di regolamento (COM (2025) 471 del 28 agosto 2025) che elimina i dazi sui prodotti industriali e agro-alimentari statunitensi (per parte dei prodotti agroalimentari l'aliquota a zero è limitata a determinati contingenti quantitativi).

3. *La natura giuridica dell'Accordo quadro*

La qualificazione giuridica dell'Accordo quadro non è di immediata evidenza. La dichiarazione comune non specifica se si tratti di un accordo vincolante sul piano del diritto internazionale, oppure di un'intesa prettamente politica.

Secondo la Commissione, si tratterebbe di un accordo politico, non giuridicamente vincolante (come si evince dalla relazione in COM (2025) 471 e dalla sessione "*Domande e risposte*" del 21 agosto 2025), mentre non risulta una posizione in merito espressa dagli USA. Gli aspetti formali sembrerebbero confermare la versione della Commissione. Dal lato dell'UE, infatti, non sono state applicate le procedure previste dagli articoli 207 e 218 del TFUE per la conclusione degli accordi commerciali. L'*iter* di raggiungimento dell'accordo è stato (ufficialmente) seguito dalla sola Commissione, e il testo è stato diffuso sotto forma di dichiarazione tramite il sito della stessa Istituzione (sezione notizie), senza venire pubblicato in gazzetta ufficiale.

Secondo il diritto internazionale, però, gli elementi di forma non bastano, da soli, a qualificare un accordo come non giuridicamente vincolante. È necessario esaminarne anche i termini, il contenuto e il contesto (sentenza della Corte internazionale di giustizia del 1 luglio 1994, *Qatar v. Bahrain*, punti 21-30). In quest'ottica, l'analisi dei termini utilizzati non porta a una risposta netta. Dalla denominazione "*Framework Agreement*" si potrebbe desumere di essere in presenza di un accordo vincolante. Tuttavia, il fatto che il testo sia stato rilasciato col titolo "*Joint Statement*" sembra andare nella direzione opposta. Nella dichiarazione, le Parti affermano di aver raggiunto un accordo ("*they have agreed*") e utilizzano espressioni come "*intend*" o "*commit*" in riferimento agli impegni oggetto dell'Accordo quadro. Questi termini potrebbero essere indicatori della presenza del consenso delle Parti ad essere vincolate dagli impegni elencati. D'altro canto, se le

Parti avessero voluto esprimere tale volontà in maniera inequivocabile, avrebbero potuto fare ricorso a termini riconosciuti come più forti (ad esempio "*shall*").

Per quanto riguarda l'oggetto dell'accordo, invece, è possibile fare una distinzione. Molti dei "*key terms*" convenuti dalle parti, in particolare quelli di cooperazione, riflettono impegni vaghi nei contenuti o programmatici, inidonei a creare precisi obblighi giuridici. Altri, invece, sono decisamente più dettagliati, individuando finanche il valore economico di acquisti o investimenti da realizzarsi. Tuttavia, essi non si prestano a vincolare le Parti (l'UE, nello specifico) al raggiungimento del risultato indicato, nella misura in cui riguardano il comportamento di soggetti privati (nel caso degli investimenti, l'UE chiarisce espressamente di stare riportando l'intenzione delle imprese). Tuttalpiù, si potrebbe delineare un obbligo di *best effort* a carico dell'UE, laddove essa disponga di strumenti volti a indirizzare l'azione dei privati (per esempio in ambito energetico, tramite un meccanismo di aggregazione della domanda di cui al regolamento 2022/2576). Sarebbe tuttavia difficile tracciare la reale portata prescrittiva di tali obblighi di diritto internazionale e, soprattutto, individuare meccanismi che ne assicurino l'eseguibilità.

Quanto agli impegni concernenti le reciproche concessioni tariffarie, invece, essi sembrano corrispondere a precise prestazioni e controprestazioni e, quindi, a obblighi a cui le Parti si starebbero reciprocamente vincolando, in un rapporto di tipo sinallagmatico. Non si può pertanto escludere che, almeno rispetto a questi ultimi impegni, l'Accordo quadro rappresenti un trattato ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (*contra*, R. MAGNAGHI, *op. cit.*). In effetti, se è vero che la Commissione ha subito affermato che si tratterebbe di un'intesa priva di valore giuridico, si osserva al contempo come essa, con la proposta legislativa sopra menzionata, si sia subito mossa per attuare proprio quelle parti dell'Accordo quadro potenzialmente qualificabili come obblighi di diritto internazionale pattizio a carico dell'UE. La condotta successiva dell'UE parrebbe quindi coerente con l'ipotesi di un accordo (parzialmente) vincolante (sulle intenzioni degli USA quanto all'attuazione dell'accordo, si veda l'ordine esecutivo del 5 settembre 2025).

A ben guardare, però, la definizione della natura giuridica dell'accordo non incide in maniera sostanziale sulle conseguenze che discendono dall'atto, né sul piano del diritto internazionale, né su quello del diritto dell'UE, come si osserverà nelle seguenti sezioni. Piuttosto, l'ambiguità riscontrata riflette un atteggiamento di insofferenza (specie lato USA) o di

imbarazzo (lato UE) rispetto alla necessità di inquadrare la propria azione secondo le categorie del diritto internazionale dei trattati.

4. *Le implicazioni sul piano del diritto internazionale*

Nella prospettiva del diritto internazionale, stabilire la vincolatività dell'Accordo quadro avrebbe ricadute in tema di eseguibilità degli impegni *ivi* contenuti e di responsabilità delle Parti in caso di mancato adempimento. In particolare, se l'accordo fosse vincolante, una parte potrebbe giungere a adottare contromisure, cioè azioni altrimenti illegittime per il diritto internazionale, nei confronti della controparte inadempiente. Eppure, il tema sembra rilevare solo su un piano teorico e formale. A fronte delle circostanze particolari che hanno portato al compromesso sancito dall'Accordo quadro, l'inadempimento di una parte porterebbe agli stessi esiti a prescindere dalla natura giuridica dell'atto. Esso, infatti, arriva al termine di una serie di misure unilaterali adottate da una parte, gli USA, avverso l'altra, l'UE, a cui questa seconda ha risposto con altrettante misure unilaterali. Il compromesso serve ad evitare l'*escalation*. In risposta al mancato rispetto degli impegni assunti, ci si può ragionevolmente aspettare che le Parti sospenderebbero i benefici per la controparte previsti dalle misure di implementazione (come stabilito dalla proposta di regolamento presentata dalla Commissione in COM (2025) 471, cit., all'articolo 3), ed eventualmente riattiverebbero le misure unilaterali preesistenti sospese. Si tornerebbe, pertanto, allo *status quo ante*. Da questo punto di vista, dunque, poco conta sapere se l'accordo comporti o meno veri e propri obblighi giuridici e corrispettivi diritti per le parti. Il risultato materiale sarebbe lo stesso, a prescindere dall'eventuale classificazione come contromisure delle azioni intraprese in seguito al fallimento del compromesso.

Lo stesso può dirsi se si contestualizza la relazione bilaterale tra l'UE e gli USA instauratasi tramite l'Accordo quadro nell'ambito del diritto internazionale multilaterale. A questo proposito, bisogna partire da una duplice premessa. Da un lato, come già menzionato nella sezione precedente, le misure di aumento dei dazi adottate dagli USA (sia i dazi "Sez. 232" che le "*reciprocal tariffs*") sulle merci importate dall'UE sono illegittime ai sensi del diritto OMC. Dall'altro, anche alcuni dei benefici per l'UE previsti dall'accordo sono in realtà incompatibili con le norme dell'OMC, nella misura in cui l'aliquota concordata (del 15% *ad valorem*) è superiore alle soglie massime concesse dagli USA nei *round* negoziali in ambito OMC e alle aliquote

applicate dagli USA in base al principio NPF (come ammesso nell'Accordo quadro stesso). A tal proposito, gli effetti dell'Accordo quadro sono gli stessi, sia esso vincolante o meno: l'accordo non sana, in via di principio, l'illegittimità dei dazi statunitensi sul piano multilaterale, ma, al contempo, sembrerebbe sancire una rinuncia da parte dell'UE a fare valere tale illegittimità (quantomeno quella riguardante l'aliquota concordata), anche in seno all'OMC. Se pure si trattasse di un accordo non vincolante, infatti, nel comportamento dell'UE si potrebbe ravvisare una forma di acquiescenza (D. THÜRER, *Soft Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009; l'istituto è riconosciuto dai *panel* nell'ambito dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, per esempio nel *report* del *panel* del 24 ottobre 2000, *Guatemala – Definitive Anti-Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico*, DS156/R, punto 8.24).

Con l'Accordo quadro, quindi, l'UE parrebbe di fatto accettare l'approccio statunitense, nonostante l'atteggiamento non certo ispirato ad un canone di buona fede dimostrato dalla controparte. Come si evince da quanto esposto nella sezione precedente, infatti, gli USA hanno negoziato ricorrendo a (o minacciando) misure illegittime peggiori di quelle poi concordate, con il pretesto dell'iniquità delle relazioni commerciali attuali. Tale pretesto si rivela essere infondato sia giuridicamente, perché il diritto dell'OMC non prevede che la bilancia commerciale sia necessariamente in equilibrio, sia economicamente, perché il presunto squilibrio contestato dagli USA non tiene conto dell'esistenza di uno squilibrio a loro favorevole nell'ambito dello scambio dei servizi (come si evince dai dati forniti dal Consiglio).

Tutto ciò non va a detrimento della sola UE (la quale ha evidentemente optato per quello ritenuto essere il male minore), ma anche della credibilità di un sistema commerciale mondiale fondato sul rispetto delle regole, stabilite in sede multilaterale. Da un lato, infatti, le Parti hanno risolto lo scontro al di fuori del circuito dell'OMC, visto che l'UE non ha contestato l'illegittimità dei dazi statunitensi tramite il sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC (diversamente da Brasile, Cina e Canada in DS640, DS638, DS637). In termini pratici, fare ricorso a tale meccanismo non avrebbe portato a una pronuncia vincolante, vista la sua paralisi dovuta alla crisi dell'Organo d'appello causata proprio dagli USA (C. D. CREAMER, *Can International Trade Law Recover? From the WTO's Crown Jewel To Its Crown of Thorns*, in *American Journal of International Law*, 2019, p. 51 ss.). Tuttavia, avrebbe contribuito a riaffermare la centralità delle norme multilaterali in un momento in cui viene minacciata, in particolare da parte degli USA (Y.

S. LEE, *'Unmaking' of International Trade Law?: A Crisis of the Rule-Based International Trading System*, in *Journal of World Trade*, 2024, p. 1 ss.; G. VIDIGAL, *The GATTification of the WTO – Regime Change and Thinning Legality in International Trade Relations*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2024, p. 305 ss.; G. SACERDOTI, *La crisi dell'Organizzazione mondial del Commercio – WTO*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2022, p. 595 ss.). Inoltre, sarebbe stato comunque possibile raggiungere il compromesso tramite le procedure di consultazione e conciliazione pure previste nell'ambito del sistema dell'OMC (artt. 4-5 del *Dispute Settlement Understanding*).

Dall'altro lato, si nota che, oltre ai dazi accordati dagli USA, anche gli impegni adottati dall'UE appaiono incompatibili con gli obblighi dell'OMC, in particolare con il principio NPF (R. MAGNAGHI, *op. cit.*; J. PAUWELYN, *How the US Reciprocal Tariff Plan May Save the Global Trading System*, in *Journal of World Trade*, 2025, p. 1 ss., spec. p. 4; G. SACERDOTI, *Il sistema multilaterale degli scambi e l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit., p. 973), che richiederebbe all'UE di estendere i benefici concessi agli USA a tutti i membri dell'OMC. Il contrasto con questo principio sarebbe teoricamente sanato se l'Accordo quadro fosse un accordo commerciale preferenziale *ex* art. XXIV GATT 1994 (A. MITCHELL, N. J. S. LOCKHART, *Legal requirements for PTAs under the WTO*, in C. LESTER ET AL. (eds.), *Bilateral and Regional Trade Agreements*, Cambridge, 2016, p. 81 ss.). Tale istituto rappresenta infatti un'eccezione al principio NPF, permettendo ai membri dell'OMC di concludere accordi bilaterali o plurilaterali con altri membri, volti a liberalizzazioni commerciali ulteriori rispetto a quelle già concesse a tutti i membri in sede multilaterale, tramite la creazione di unioni doganali o aree di libero scambio. Ebbene, se pure si intendesse l'Accordo quadro come trattato (anche solo in parte) vincolante, questo non rispetterebbe comunque i requisiti per essere un accordo commerciale preferenziale (J. PAUWELYN, *op. cit.*, p. 4), a causa del forte squilibrio degli impegni reciproci (per analogia, si veda il *report* del *panel* dell'11 febbraio 1994, *EEC-Import Regime for Bananas*, DS38/R, punto 159). Mentre l'UE ha effettivamente concordato per le merci statunitensi benefici notevoli sia qualitativamente (azzeramento dei dazi) che quantitativamente (per molte categorie merceologiche), gli USA hanno semplicemente ridotto l'incremento di dazi già previsto, mantenendo alcune aliquote al di sopra delle soglie che sarebbero consentite dal diritto OMC. L'Accordo quadro, quindi, non instaura un'unione doganale né un'area di libero scambio tra UE e USA (e neppure sembra configurare un accordo *ad interim* volto all'istituzione futura di una di queste

due fattispecie *ex* art. XXIV, par. 5, GATT 1994, vista la vaghezza dell'impegno previsto con riguardo a nuovi negoziati). D'altronde, il suo scopo non è quello di facilitare gli scambi tra le due Parti contraenti, come invece richiede l'art. XXIV GATT 1994, ma di invertire il flusso degli scambi in corso tra di loro ("rebalancing the economic relationship", come dichiarato dal Presidente degli USA) e porre fine al conflitto commerciale ("bring back […] stability and predictability in transatlantic trade", come dichiarato dalla Commissione).

In definitiva, con l'Accordo quadro l'UE segue gli USA e si posiziona, sia formalmente che sostanzialmente, al di fuori del diritto OMC. Le due Parti creano un rapporto parallelo e svincolato dal diritto commerciale multilaterale e, sulla scorta di quanto osservato sopra, lo fanno tramite uno strumento che evade persino la necessità di essere inquadrato secondo le categorie del diritto dei trattati.

5. *Le implicazioni sul piano del diritto dell'UE*

Per quanto concerne il diritto dell'UE, le conseguenze giuridiche dell'Accordo quadro attengono sia a questioni di merito, sia agli aspetti formali. In entrambi i casi, esse prescindono dalla qualificazione della natura dell'accordo.

Quanto alle prime, si ricorda che il diritto dell'OMC, quale diritto pattizio vincolante per l'UE, rappresenta una fonte dell'ordinamento sovraordinata al diritto derivato (art. 216, par. 2, TFUE; sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, causa C-66/18, *Commissione/Ungheria*, punti 69-70). Ne consegue che, dando attuazione agli impegni previsti dall'Accordo quadro che siano in contrasto con tale diritto e, in particolare, con il principio NPF, l'UE violerebbe non solo il diritto internazionale (nei confronti di tutti gli altri membri dell'OMC ai quali non estendesse i benefici concessi agli USA), ma anche il proprio diritto interno (tale violazione rimarrebbe tuttavia difficile da far valere da parte di eventuali soggetti interessati, vista l'assenza di efficacia diretta del diritto dell'OMC all'interno dell'ordinamento dell'UE stabilita nella sentenza della Corte del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo/Consiglio*, punto 47).

Venendo poi ai problemi di forma, come anticipato, l'Accordo quadro non è stato concluso secondo le procedure previste dal diritto primario, con potenziali ricadute negative sul rispetto del principio di attribuzione e di equilibrio istituzionale (P. KOUTRAKOS, *Institutional Balance and Sincere*

Cooperation in Treaty-making under EU Law, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2019 p. 1 ss.; C. HILLION, *Conferral, Cooperation and Balance in the Institutional Framework of EU External Action*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Portland, 2020, p. 117 ss.). In base all'articolo 17, par. 1, TUE, la Commissione ha potere di rappresentanza esterna e può, quindi, condurre i negoziati (come solitamente avviene), ma non dispone del potere di ratifica di un accordo (vale a dire, non può decidere di esprimere il consenso dell'UE sul piano internazionale). In caso di accordo vincolante, sarebbe stata certamente necessaria l'autorizzazione del Consiglio per l'apertura dei negoziati, la firma e la conclusione dell'accordo, quest'ultima con l'approvazione del Parlamento, *ex* articolo 218, parr. 2 e 6, lett. a), TFUE. Le due Istituzioni non hanno invece partecipato ufficialmente al processo che ha portato all'Accordo quadro. Inoltre, data l'informalità dell'operazione, non vi è stata la possibilità di chiedere un parere alla Corte di giustizia dell'UE (CGUE) su un testo definitivo (*ex* articolo 218, par. 11, TFUE) prima della sua conclusione.

Considerazioni simili si potrebbero svolgere, poi, anche qualora si trattasse di un accordo meramente politico. Infatti, come affermato dalla CGUE, la procedura di adozione di accordi internazionali non vincolanti non può pregiudicare la ripartizione delle competenze, l'equilibrio istituzionale e la leale cooperazione tra le Istituzioni dell'UE, le cui prerogative devono essere in ogni caso rispettate (sentenza della Corte del 23 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia/Commissione*, punto 40; del 28 luglio 2016, causa C-660/13, *Consiglio/Commissione*, punti 36-43; T. VERELLEN, *On Conferral, Institutional Balance and Non-binding International Agreements: The Swiss MoU Case*, in *EP*, 2016, p. 1225 ss.). Anche se la pronuncia citata verte in particolare sul ruolo del Consiglio, il principio giurisprudenziale ricavatone dovrebbe estendersi anche alla tutela delle prerogative del Parlamento (P. GARCÍA ANDRADE, *The role of the European Parliament in the adoption of non-legally binding agreements with third countries*, in J. SANTOS VARA, S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNERO (eds.), *The Democratisation of EU International Relations Through EU Law*, London, 2018, p. 115 ss., spec. pp. 122-123). L'informalità e la natura politica dell'accordo non sarebbero pertanto idonee, di per sé, a giustificare l'esclusione di Consiglio e Parlamento dal processo di raggiungimento dell'accordo.

Ciò detto, bisogna nondimeno osservare che il Consiglio non ha protestato e, anzi, stando a quanto riportato dalla Commissione: "Member States have been duly involved throughout the process and endorse the outcome". Sul piano materiale, quindi, l'avvallo degli Stati membri (una sorta di

consensus), seppur informale, potrebbe compensare la mancata partecipazione del Consiglio. Più significativa è, invece, l'esclusione del Parlamento, viste le ricadute sulla legittimazione democratica del compromesso. Tuttavia, neppure quest'ultimo sembra aver avanzato rimostranze in merito (diversamente da quanto recentemente avvenuto per il regolamento 2025/1106, verso cui ha avviato un ricorso di annullamento). L'obiezione è avvenuta, piuttosto, sul piano politico e di merito, tanto che dai gruppi di opposizione (di schieramento opposto) sono state avviate due mozioni di censura (dall'esito sfavorevole) contro la Commissione, a è stato contestato, tra l'altro, il contenuto dell'Accordo quadro (si vedano le mozioni B10-0402/2025 e B10-0400/2025; in quest'ultima, si lamenta anche una violazione dell'equilibrio istituzionale, ma si menziona espressamente solo l'esclusione del Consiglio). Non sarebbe quindi peregrino ipotizzare l'avvenuta acquiescenza del Parlamento circa il suo mancato coinvolgimento. Quanto poi alla possibilità di chiedere un parere alla CGUE, nessuno, tra Stati membri e Istituzioni, sembra aver sollevato la questione.

A fronte di un'evidente violazione procedurale, l'impatto sull'equilibrio istituzionale in relazione al caso di specie parrebbe dunque ridimensionarsi. D'altronde, come la Commissione stessa si è premurata di specificare, gli atti interni di implementazione degli impegni concordati saranno adottati in linea con le procedure rilevanti. Consiglio e Parlamento avranno quindi modo di esercitare a pieno le proprie prerogative, così come, eventualmente, la CGUE. Pertanto, si potrebbe essere portati a soprassedere alla violazione delle norme procedurali verificatasi nel caso di specie, almeno se si guardasse all'Accordo quadro come vicenda isolata.

Tuttavia, il potenziale impatto sistemico di quanto emerso dall'analisi non può essere trascurato.

Quello in esame, infatti, non è un caso del tutto eccezionale, ma trova precedenti. Allargando lo sguardo, è possibile collocare l'Accordo quadro in una più ampia prassi di "informalizzazione" delle relazioni internazionali dell'UE, fondata su un crescente utilizzo di atti di *soft law* (R. A. WESSEL, *Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of 'soft' international agreements*, in *West European Politics*, 2021, p. 72 ss.; A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 569 ss.) e che, sovente, si pone in attrito con l'assetto costituzionale dell'UE. Tale tendenza è stata ampiamente studiata (e criticata) soprattutto nell'ambito della politica migratoria dell'UE (E. KASSOTI, N. IDRIZ (eds.), *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*, The Hague, 2022;

F. CASOLARI, *The unbearable 'lightness' of soft law: on the European Union's recourse to informal instruments in the fight against irregular immigration*, in F. IPPOLITO ET AL. (eds.), *Bilateral Relations in the Mediterranean*, Cheltenham, 2020, p. 215 ss.; J. SANTOS VARA, *Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU*, in S. CARRERA ET AL. (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Cheltenham, 2019, p. 21 ss.).

A tal proposito, è di particolare interesse la vicenda riguardante la Dichiarazione UE-Turchia del 2016 (*inter alia*, M. GATTI, A. OTT, *The EU-Turkey statement: legal nature and compatibility with EU institutional law*, in S. CARRERA ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 175 ss.; F. CASOLARI, *La crisi siriana, l'esodo dei rifugiati e la Dichiarazione UE-Turchia*, in N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 219 ss.; C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *DUDI*, 2016, p. 405 ss.), che presenta importanti analogie con quella in esame. Anche in quel caso si trattava di un atto informale contenente precisi impegni reciproci, rilasciato come dichiarazione a mezzo comunicato stampa, dall'incerta natura giuridica (per esempio, su posizioni opposte, E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *EP*, 2016, p. 3 ss.; S. PEERS, *The Draft EU/Turkey Deal on Migration and Refugees: is it Legal?*, in *EU Law Analysis*, 16 March 2021).

A prima vista, se paragonato alla Dichiarazione UE-Turchia, l'Accordo quadro sembrerebbe in realtà meno problematico. Della Dichiarazione UE-Turchia, infatti, era discusso anche chi tra Consiglio europeo e Stati membri ne fosse autore. La CGUE ha poi riconosciuto la paternità dell'atto in capo a questi secondi (ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF/Consiglio europeo*), con conseguenze negative per il rispetto del principio di attribuzione (M. GATTI, A. OTT, *op. cit.*, pp. 184-186), nonché per l'autonomia dell'ordinamento dell'UE (sul punto E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 5, e F. CASOLARI, *The unbearable 'lightness' of soft law*, cit., pp. 226-228). L'Accordo quadro, in effetti, sembrerebbe andare nella direzione opposta, cioè quella di una convergenza degli Stati membri verso un'azione unitaria a livello dell'UE (nel rispetto della sua competenza esclusiva in materia di politica commerciale) e la valorizzazione della Commissione quale istituzione a vocazione sovranazionale, nonché voce unica nell'interlocuzione con la controparte. In chiave di integrazione, tutto ciò sembrerebbe positivo.

D'altra parte, se è vero che l'urgenza della crisi commerciale provocata dagli USA e la necessità di reagire alle minacce di Trump hanno richiesto una risposta pronta e compatta da parte dell'UE, rimane l'evidenza di come tale risposta sia arrivata tramite una forzatura dell'ordinamento, per di più tollerata (nei termini sopra esposti) dalle Istituzioni e dagli Stati membri. Così come nel caso della Dichiarazione UE-Turchia, anche la vicenda presente mostra una dinamica di accentramento del potere in capo alla Commissione, con conseguente esautorazione del Parlamento. Se mantenuto nel tempo, un simile approccio rischia di minare la tenuta delle norme scavalcate e, più in generale, di erodere lo Stato di diritto dell'ordinamento dell'UE, soprattutto ove dovesse farsi più frequente la necessità di confrontarsi con pratiche aggressive, nonché irrispettose del diritto internazionale, da parte di Paesi terzi. Dinanzi a una simile prospettiva, l'UE non può permettersi di cedere alla tentazione di eludere le regole su cui è stata edificata.

Infine, neppure si può escludere il sospetto che la delega *de facto* alla Commissione sia stata strumentalizzata da parte degli Stati membri, i quali potrebbero aver utilizzato l'Istituzione come paravento per un accordo ampiamente criticato da parte delle opinioni pubbliche nazionali, scaricando su di essa il biasimo. A conti fatti, la Commissione e l'UE potrebbero uscirne screditati, anziché rafforzati.

6. *Conclusioni*

Con l'intesa sancita dall'Accordo quadro, la Commissione ritiene di aver ottenuto "l'accordo migliore" (si veda il *Discorso della Presidente Von der Leyen sullo stato dell'Unione* del 10 settembre 2025). L'obiettivo dell'UE era quindi quello di limitare i danni provocati dal protezionismo degli USA e di salvaguardare il rapporto di *partnership* tra le due sponde dell'Atlantico.

A prescindere da qualsivoglia valutazione sull'opportunità politica ed economica del compromesso, l'analisi svolta porta a concludere che le Parti sono pervenute a questo risultato agendo al di fuori, o addirittura in violazione, delle norme internazionali e sovranazionali preposte.

In un editoriale del 2016 sulla vicenda della Dichiarazione UE-Turchia (E. CANNIZZARO, *op. cit.*), Cannizzaro metteva in luce il rischio di "disintegrazione" (dell'ordinamento dell'UE) *tramite* il diritto (internazionale). Casi come quello dell'Accordo quadro impongono una riflessione sul pericolo di una tendenza alla disintegrazione *del* diritto. Allineandosi alle modalità di conduzione delle relazioni internazionali dell'attuale amministrazione

statunitense, l'UE si pone in contraddizione con il proprio stesso ordinamento e, al contempo, rischia di contribuire allo scivolamento verso un ordine internazionale basato sulla coercizione e sulla forza, non più sulle regole. Nel lungo termine, questo potrebbe portare a conseguenze peggiori della guerra commerciale evitata con l'Accordo quadro.

Abstract (ita)

Con l'Accordo quadro reso pubblico il 21 agosto 2025, l'UE e gli USA hanno raggiunto un compromesso che ha posto fine allo scontro commerciale dei mesi precedenti. A seguito di una breve illustrazione degli eventi e del contenuto dell'intesa, il presente contributo intende soffermarsi su alcune delle implicazioni dell'Accordo quadro, dalla duplice prospettiva del diritto internazionale e del diritto dell'UE. In particolare, dalla disamina si evince che la dubbia qualificazione della natura giuridica dell'atto non incide significativamente sui suoi effetti e sulle sue conseguenze. Con riguardo a queste, si sostiene che il compromesso raggiunto sia problematico dal punto di vista del rispetto del diritto dell'OMC e, al contempo, si ponga in contrasto con l'ordinamento dell'UE, specialmente sotto il profilo dell'informalità che lo caratterizza. Con l'Accordo quadro, l'UE sembra quindi allinearsi all'approccio statunitense, incurante dei vincoli normativi sia di sostanza che di forma. Ciò genera apprensione sia sul piano del diritto multilaterale sia su quello del diritto sovranazionale.

Abstract (eng)

With the Framework Agreement released on August 21, 2025, the EU and the US reached a compromise that ended the trade dispute from the previous month. After providing a brief overview of the events leading up to the Framework Agreement and its content, this paper focuses on its implications from the dual perspectives of international law and EU law. The analysis shows that the ambiguous legal nature of the act does not significantly affect its effects and consequences. Regarding the latter, it is argued that the compromise reached raises concerns about compliance with WTO law and, at the same time, conflicts with EU law, particularly due to its informality. With the Framework Agreement, it seems that the EU is following the US approach of disregarding both substantive and formal normative constraints. This is alarming under both multilateral and supranational law.

LA RESPONSABILITÀ CONDIVISA DI FRONTEX E DEGLI STATI MEMBRI: ALCUNE QUESTIONI PROCEDURALI ALLA LUCE DELLA CAUSA *WS E ALTRI C. FRONTEX*

Alessandra Favi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. All'origine delle questioni: il caso *WS e altri c. Frontex*. – 3. La responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri: una questione di giurisdizione competente. – 4. La responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri: una questione sostanziale. – 5. La responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri: una questione di riparazione dei danni. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La causa *WS e altri c. Frontex* (causa C-679/23 P), attualmente pendente davanti alla Corte di giustizia, offre lo spunto per una riflessione più ampia su alcuni aspetti procedurali relativi all'azione per responsabilità extracontrattuale dell'Unione, ai sensi degli artt. 268 e 340, par. 2, TFUE, in casi in cui siano coinvolti per un medesimo danno sia istituzioni, organi o organismi dell'Unione, sia gli Stati membri.

Infatti, se riguardo alla causa *WS*, una delle questioni principali verte sulla possibilità di delineare una responsabilità condivisa dell'attuale Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (di seguito, "Frontex" o "Agenzia") e dello Stato membro coinvolto (la Grecia) nell'ambito di un'operazione congiunta di rimpatrio (si vedano, tra gli altri, A. KUNST, *Advocate General Ćapeta's Opinion in WS and Others v Frontex before the Grand Chamber: The End of Frontex's Shielding? Joint Liability of Frontex and Member States in Return Operations*, in *EU Law Analysis*, 17 June 2025; G. CARDENIO*, Se Frontex vigilerà sulle nostre frontiere, chi vigilerà su Frontex? Una lettura combinata delle conclusioni degli Avvocati Generali della Corte di Giustizia dell'Unione europea nei casi Hamoudi contro Frontex e WS e altri contro Frontex*, in *rivista.eurojus.it*, 2025, p. 165 ss.), altrettanto importanti appaiono le ricadute di tale possibile ricostruzione, in particolare,

* RTT in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze) – 23 novembre 2025

sulla determinazione della giurisdizione competente a conoscere del ricorso, sulla valutazione delle condizioni sostanziali per ritenere integrata tale responsabilità, nonché sulla riparazione (e quantificazione) del danno subito dai ricorrenti.

Senza una chiara ricostruzione delle condizioni e modalità procedurali attraverso le quali agire, l'effettività del diritto del ricorrente a ottenere il risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni, organi o organismi in questi casi rischia di essere compromessa. Questa esigenza appare peraltro di particolare importanza quando, come nel caso di Frontex, tale rimedio risulta l'unico in concreto esperibile dal singolo contro l'istituzione, organo o organismo dell'Unione (si vedano, rispetto alla possibilità di agire in carenza o in annullamento contro Frontex, le ordinanze della Corte dell'11 ottobre 2024, causa C-62/24 P, *ST c. Frontex*, e del Tribunale del 7 aprile 2022, causa T-282/21, *SS e ST c. Frontex*; a questo proposito, cfr. S. MARINAI, *I mezzi di tutela giurisdizionale esperibili di fronte alla Corte di giustizia per violazioni dei diritti fondamentali nell'azione di Frontex*, in A. DEL GUERCIO, F. RONDINE (a cura di), *Frontiere, solidarietà, diritti. Il governo delle migrazioni in Europa e in Italia*, Napoli, 2025, p. 125 ss.; S. NICOLOSI, *The European Border and Coast Guard Agency (Frontex) and the limits to effective judicial protection in European Union law*, in *ELJ*, 2024, p. 149 ss.).

Nel presente contributo verrà quindi preso in esame, innanzitutto, il caso *WS* attualmente pendente (paragrafo 2), per poi soffermarsi sul ruolo e gli obblighi di Frontex nell'ambito di operazioni congiunte di rimpatrio quale premessa per stabilire il giudice – nazionale o dell'Unione – competente a conoscere di un'azione per il risarcimento dei danni (paragrafo 3). Saranno in seguito analizzate le ricadute della responsabilità condivisa degli Stati membri e di Frontex sulla valutazione delle condizioni sostanziali relative alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione (paragrafo 4). Infine, sarà considerato l'aspetto della riparazione del danno, dal punto di vista sia della giurisdizione competente, sia della sua quantificazione (paragrafo 5). Al termine del contributo, alcune riflessioni conclusive saranno tratte circa la possibilità di prevedere una vera e propria responsabilità in solido tra gli Stati membri e Frontex (paragrafo 6).

2. *All'origine delle questioni: il caso* WS e altri c. Frontex

I fatti all'origine della causa *WS* riguardavano una famiglia di cittadini

siriani i quali, poco dopo essere arrivati in Grecia e aver espresso interesse a chiedere protezione internazionale, erano stati espulsi in Turchia nell'ambito di un'operazione congiunta di rimpatrio delle autorità greche e di Frontex. Dopo aver trascorso un periodo in Turchia, la famiglia si era trasferita in Iraq a causa del timore di essere rimpatriata in Siria da parte delle autorità turche.

Ritenendo una violazione dei loro diritti fondamentali, in particolare del principio di *non-refoulement*, in ragione dell'assistenza prestata da Frontex nell'ambito dell'operazione, il gruppo di cittadini siriani presentava denuncia al responsabile dei diritti fondamentali di Frontex, ai sensi dell'art. 72 del regolamento (UE) 2016/1624 (d'ora in avanti, "regolamento Frontex") applicabile all'epoca dei fatti (ora sostituito dal regolamento (UE) 2019/1896). La denuncia veniva tuttavia chiusa senza alcun riferimento a una possibile responsabilità dell'Agenzia. Al contempo, la famiglia presentava ricorso contro la Grecia davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ("Corte EDU") con riferimento alla medesima operazione, ricorso poi cancellato dal ruolo per il raggiungimento di un accordo consensuale tra le parti e il pagamento ai ricorrenti, da parte della Grecia, di una somma a titolo di risarcimento di danni morali e materiali.

In seguito, il gruppo presentava ricorso al Tribunale, ai sensi degli artt. 268 e 340, par. 2, TFUE, per ottenere il risarcimento dei danni morali e materiali subiti a causa del comportamento tenuto da Frontex in violazione, in particolare, di obblighi previsti dal regolamento Frontex volti ad assicurare il rispetto di una serie di diritti fondamentali dei ricorrenti, tra cui il principio di *non-refoulement* (art. 19), come sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti, "Carta").

Con sentenza del 6 settembre 2023 (causa T-600/21), il Tribunale, dopo aver ritenuto il ricorso ricevibile, lo rigettava nel merito per assenza di una delle condizioni che integrano la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, segnatamente il nesso causale tra l'asserito comportamento illecito di Frontex e il danno subito dai ricorrenti. In particolare, il Tribunale riteneva che Frontex, avendo come compito quello di fornire assistenza tecnica e operativa agli Stati membri, non avesse alcuna competenza né quanto alla valutazione del merito delle decisioni di rimpatrio, né quanto alle domande di protezione internazionale, le quali spettano all'esclusiva competenza degli Stati membri. Pertanto, secondo il Tribunale, alcun nesso di causalità diretto poteva essere riconosciuto tra il comportamento di Frontex e il danno, il quale ricadeva in linea di principio nella esclusiva responsabilità dello Stato membro in questione (la Grecia). Inoltre, il Tribunale rilevava che i danni materiali e morali lamentati dai ricorrenti non potessero essere

considerati imputabili a Frontex, in quanto erano il risultato delle scelte operate dai ricorrenti stessi a seguito dell'operazione di rimpatrio. La sentenza del Tribunale veniva in seguito impugnata dai ricorrenti davanti alla Corte di giustizia.

In data 12 giugno 2025, l'Avvocata generale Ćapeta ha reso le sue conclusioni nelle quali, innanzitutto, invita la Corte di giustizia a respingere le eccezioni sollevate da Frontex riguardo la ricevibilità del ricorso, in base alle quali i ricorrenti avrebbero messo in discussione le valutazioni del Tribunale in punto di fatto, avrebbero sollevato un nuovo motivo non dedotto in primo grado, non avrebbero indicato in maniera sufficientemente precisa gli argomenti contestati della sentenza impugnata e, infine, non avrebbero più interesse ad agire avendo già ottenuto il risarcimento dei danni dalla Grecia nell'ambito della loro azione davanti alla Corte EDU. In secondo luogo, l'Avvocata generale prospetta due letture della sentenza di primo grado. In entrambi i casi, essa ritiene che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto, sia ove la sentenza di primo grado sia letta nel senso di un'applicazione impropria delle nozioni di imputazione (a chi è attribuibile il comportamento illecito) e di causalità, sia ove la pronuncia sia interpretata nel senso di escludere che su Frontex gravino obblighi tali per cui la loro violazione possa comportare la sua responsabilità extracontrattuale. In quest'ultima ipotesi, in particolare, l'Avvocata generale si sofferma sugli obblighi di Frontex nell'ambito di operazioni congiunte di rimpatrio e sulla possibilità di configurare una "responsabilità solidale" (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 2) con gli Stati membri, per poi analizzare la correttezza del ragionamento del Tribunale circa l'esistenza di un nesso causale tra i danni materiali e morali subiti dai ricorrenti e la condotta illecita di Frontex.

3. *La responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri: una questione di giurisdizione competente*

Definire il ruolo di Frontex nell'ambito di un'operazione congiunta di rimpatrio con gli Stati membri rileva innanzitutto per l'ammissibilità del ricorso per la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, in quanto riguarda la questione, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, di quale sia la giurisdizione – nazionale o dell'Unione – competente a conoscere della causa. Come noto, infatti, la Corte di giustizia dell'Unione europea (o "Corte") è competente a pronunciarsi in via esclusiva sulle controversie re-

lative alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione e alle relative domande di risarcimento dei danni "cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni", ai sensi degli artt. 268 e 340, par. 2, TFUE.

In un contesto ove agiscano una molteplicità di attori – dell'Unione e nazionali –, si pone la questione di quale incidenza debba avere il comportamento dell'Unione nella realizzazione del danno affinché quest'ultimo possa essere ad essa imputato (più in generale, si veda M. FINK, *EU Liability for Contributions to Member States' Breaches of EU Law*, in *CMLR*, 2019, pp. 1227-1264). Infatti, la Corte ha ritenuto che, "per stabilire se il giudice dell'Unione sia competente, occorre verificare se l'illegittimità fatta valere a sostegno della domanda di risarcimento promani effettivamente da un'istituzione dell'Unione e non possa essere considerata come imputabile ad un'autorità nazionale" (sentenza della Corte del 16 dicembre 2020, cause riunite C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P e C-604/18 P, *Consiglio c. K. Chrysostomides & Co. e altri*, punto 107). Ciò impone di interrogarsi in via prioritaria su come il diritto dell'Unione provveda alla ripartizione dei compiti e delle competenze fra gli Stati membri e l'Unione stessa nell'ambito di attività che prevedano la loro cooperazione (si veda, ad es., sentenza della Corte del 20 gennaio 1993, cause riunite C-106/90, C-317/90 e C-129/91, *Emerald Meats c. Commissione*, punti 36-41). Ove, infatti, il diritto dell'Unione non prevedesse in capo all'istituzione, organo o organismo lo specifico obbligo che si pretende violato, non ci sarebbe alcuna ragione di interrogarsi sull'imputabilità del comportamento illecito (anche) all'Unione.

Sebbene nella causa *WS,* il Tribunale abbia statuito nel merito del ricorso escludendo in particolare l'esistenza del nesso di causalità, sembra che il ragionamento svolto dal giudice di primo grado richiami anche la questione dell'imputabilità di un comportamento illecito a Frontex (E. COLOMBO, *Un passo avanti e due indietro: brevi riflessioni circa gli strumenti di accertamento della responsabilità di Frontex per violazioni dei diritti umani alla luce della sentenza WS e altri c. Frontex*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024; J. DE CONINCK, *Shielding Frontex On the EU General Court's "WS and others v Frontex"*, in *VBlog*, 9 September 2023; D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica*, in questa *Rivista*, 8 febbraio 2023, p. 226 ss., in particolare p. 241). Infatti, ritenendo che l'Agenzia avesse solo il compito di fornire assistenza tecnica e operativa e che il comportamento illecito contestato dai ricorrenti dipendesse dalla sola responsabilità degli Stati membri, il Tribunale sembra aver escluso sia che il

diritto dell'Unione preveda un obbligo in capo a Frontex che possa prevenire il rimpatrio dei ricorrenti ove svolto in violazione del diritto dell'Unione, sia l'incidenza del ruolo di Frontex nella realizzazione del danno, in un contesto di operazioni congiunte di rimpatrio (per commenti alla sentenza del Tribunale si vedano, *ex multis*, G. CORNELISSE, *EU Boots on the Ground and Effective Judicial Protection against Frontex's Operational Powers in Return: Lessons from Case T-600/21*, in *European Journal of Migration and Law*, 2024, pp. 356–380; F. R. PARTIPILO, *The EU General Court's judgment in the case of WS and Others v Frontex: human rights violations at EU external borders going unpunished*, in *EU Law Analysis*, 22 September 2023; M. FINK, J. J. RIJPMA. *Responsibility in Joint Returns after WS and Others v Frontex: Letting the Active By-Stander Off the Hook*, in *EU Law Analysis*, 22 September 2023). Anche nelle conclusioni dell'Avvocata generale emerge la questione dell'esistenza di un obbligo in capo a Frontex la cui violazione possa essere imputata all'Unione, sebbene le considerazioni svolte appaiano sovrapporsi con quelle relative al nesso di causalità (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 83).

Dagli atti di causa emerge, in particolare, che i ricorrenti contestavano il fatto che essi sarebbero stati rimpatriati nell'ambito di un'operazione congiunta di rimpatrio senza che lo Stato membro competente avesse adottato formalmente una decisione di rimpatrio nei loro confronti, in violazione degli obblighi posti dal diritto dell'Unione e, in particolare, dalla direttiva 2008/115 (si veda l'impugnazione dei ricorrenti davanti alla Corte di giustizia).

A questo proposito, va rilevato che Frontex è tenuta a garantire, sulla base del suo regolamento, "la tutela dei diritti fondamentali nell'esecuzione dei suoi compiti […] in conformità del pertinente diritto dell'Unione, in particolare la Carta, il diritto internazionale pertinente, compresi la convenzione del 1951 relativa allo status di rifugiati e il suo protocollo del 1967, così come degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di non respingimento" (art. 34, par. 1, del regolamento Frontex, ora sostituito dall'art. 80, par. 1, regolamento (UE) 2019/1896).

Una lettura dell'obbligo posto dall'art. 34, par. 1, del regolamento Frontex che assicuri l'effetto utile della disposizione imporrebbe pertanto all'Agenzia di verificare che ciascuna delle persone coinvolte in un'operazione congiunta di rimpatrio sia effettivamente la destinataria di una decisione di rimpatrio, come previsto dalla direttiva 2008/115. L'art. 34, par., 1, del regolamento Frontex sarebbe altrimenti svuotato di significato se, come

prospettato dall'Agenzia, tale disposizione si limitasse a imporre a Frontex di verificare che le persone rimpatriate corrispondano all'elenco di nomi indicati dalle autorità nazionali (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 80). La valutazione di Frontex peraltro non includerebbe il merito delle decisioni di rimpatrio, aspetto che rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri *ex* art. 28, par. 1, regolamento Frontex (e riaffermato ora dall'art. 10, par. 1, art. 48, par. 1, e art. 50, par. 1, regolamento (UE) 2019/1896). Pertanto, Frontex, attraverso la sua condotta omissiva in violazione degli obblighi di verifica posti dal suo regolamento istitutivo, avrebbe integrato un comportamento illecito nell'ambito dell'operazione congiunta di rimpatrio.

Ove però il medesimo obbligo incomba anche agli Stati membri, si pone la questione se, nel caso in cui questi ultimi fossero ritenuti ugualmente responsabili del danno, ciò andrebbe ad escludere la responsabilità di Frontex, o se, invece, l'incidenza del comportamento illecito dell'Agenzia rispetto al prodursi del danno sia tale da dare luogo a un'ipotesi di responsabilità condivisa con gli Stati membri.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocata generale prospetta in particolare la possibilità di una "responsabilità solidale" di Frontex e della Grecia (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 2). Infatti, "in situazioni in cui Frontex e gli Stati membri condividono obblighi nell'ambito di operazioni congiunte di rimpatrio, Frontex [può] essere considerata responsabile del danno cagionato dalla violazione di tali obblighi, anche se uno Stato membro può essere ritenuto responsabile in parallelo per il medesimo danno" (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 93).

A tal proposito, nella recente sentenza *Kočner c. Europol* (del 5 marzo 2024, causa C-755/21 P), la Corte ha preso in esame l'ipotesi in cui un comportamento – un trattamento illecito di dati – sia inscindibile e debba quindi essere attribuito sia allo Stato membro sia all'Agenzia dell'Unione per la cooperazione nell'attività di contrasto ("Europol"). Sarebbe infatti eccessivamente difficile (se non impossibile) per il ricorrente stabilire "se il danno subìto a causa di un trattamento illecito di dati verificatosi nell'ambito di una tale cooperazione sia la conseguenza di un'azione di Europol oppure dello Stato membro interessato" (sentenza *Kočner c. Europol*, cit., punto 75). Senza soffermarsi sull'elemento relativo alla riparazione del danno, che sarà affrontato in prosieguo, la sentenza *Kočner c. Europol*, sebbene appaia rilevante ai fini della possibilità di imputare il comportamento illecito ad entrambi gli attori coinvolti, non sembrerebbe essere pienamente trasponibile alla cooperazione tra Frontex e gli Stati membri nell'ambito di un'opera-

zione congiunta di rimpatrio. In quest'ultimo caso, infatti, non vi è un comportamento unico e inscindibile, ma piuttosto la violazione di obblighi imposti dal diritto dell'Unione che, come nel caso di specie, potrebbero essere i medesimi per i vari attori coinvolti.

Tuttavia, l'(in)attività di Frontex in violazione del suo regolamento, sembra comunque integrare un comportamento illecito ulteriore ma connesso con quello delle autorità nazionali, tale da poter dare luogo a un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale dell'Unione e determinare, di conseguenza, la competenza della Corte a conoscere del relativo ricorso.

Ciò emerge in particolare da quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Ledra Advertising* (del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P). In tale pronuncia, la Corte ha infatti ritenuto che sebbene delle misure adottate nell'ambito del Trattato istitutivo del meccanismo europeo di stabilità (MES) non siano imputabili alle istituzioni dell'Unione in quanto estranee all'ordinamento giuridico di quest'ultima, questo non vieta che "si possano contestare [alle istituzioni dell'Unione] *comportamenti illegittimi connessi* […] nel contesto di un ricorso per risarcimento danni ai sensi dell'art. 268 e dell'art. 340, paragrafi 2 e 3, TFUE" (sentenza *Ledra Advertising*, cit., punto 55, corsivo aggiunto). Tale orientamento sembra peraltro confermato anche dalla già citata sentenza *Chrysostomides*, nella quale la Corte ha ritenuto che il ruolo della Commissione di "promuovere l'interesse generale dell'Unione" e "vigila[re] sull'applicazione del diritto dell'Unione", ai sensi dell'art. 17, par. 1, TUE, comporti che la stessa conservi il proprio ruolo di guardiana dei Trattati, nell'ambito della sua partecipazione alle attività dell'Eurogruppo, il quale non rientra nel quadro istituzionale dell'Unione. Pertanto, secondo la Corte, l'"eventuale inerzia [della Commissione] nel controllare la conformità al diritto dell'Unione degli accordi politici conclusi in seno all'Eurogruppo può portare ad una chiamata in causa della responsabilità extracontrattuale dell'Unione ai sensi dell'art. 340, secondo comma, TFUE" (sentenza *Chrysostomides*, cit., punto 96).

Il comportamento omissivo di Frontex in violazione dei suoi obblighi di vigilanza sembra pertanto sufficientemente caratterizzato da incidere sulla determinazione del danno insieme agli Stati membri. Ciò non esclude tuttavia che le condizioni sostanziali per poter ritenere la responsabilità extracontrattuale di Frontex debbano comunque essere integrate.

4. *La responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri: una questione sostanziale*

La possibilità di configurare una responsabilità condivisa non fa venire meno l'esigenza che l'istituzione, organo o organismo dell'Unione integri in maniera autonoma le condizioni sostanziali relative alla responsabilità extracontrattuale, segnatamente l'illiceità del comportamento contestato, l'esistenza di un danno effettivo ed un nesso di causalità tra il danno e il comportamento dell'Unione (sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione si veda, *ex multis*, A. BIONDI, M. FARLEY, *Damages in EU Law*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order (Volume I)*, Oxford, 2018, p. 1040 ss.). A differenza però di una situazione in cui il danno derivi esclusivamente dal comportamento illecito dell'Unione, nel caso della responsabilità condivisa, l'azione (o omissione) di una sua istituzione, organo o organismo dovrà essere contestualizzata nell'ambito di un'attività svolta in cooperazione con gli Stati membri. Siffatta circostanza potrebbe pertanto avere un'incidenza sulla valutazione delle condizioni sostanziali per ritenere integrata la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

A tale riguardo, rispetto al comportamento illecito, esso può costituire sia un'azione che un'omissione. In quest'ultimo caso, la responsabilità dell'Unione sorge quando l'istituzione, organo o organismo abbia violato un obbligo di agire risultante da una disposizione di diritto dell'Unione (ad es., sentenza della Corte del 15 settembre 1994, causa C-146/91, *KYDEP c. Consiglio e Commissione*, punto 58). Inoltre, il comportamento illecito deve costituire una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica intesa a conferire diritti ai singoli (si veda, ad es., sentenza della Corte del 25 febbraio 2021, causa C-615/19 P, *Dalli c. Commissione*, punto 55).

Nel caso di Frontex, l'Agenzia avrebbe omesso di adempiere al suo obbligo di verificare che ciascuna delle persone coinvolte in un'operazione congiunta di rimpatrio sia destinataria di una decisione di rimpatrio, così assicurando il rispetto dei diritti fondamentali, incluso il principio di *non-refoulement*, ai sensi dell'art. 34, par. 1, del suo regolamento istitutivo. Siffatta valutazione non riguarda peraltro il merito delle decisioni di rimpatrio (ove adottate), aspetto che rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri. Da tale ricostruzione ne deriverebbe che Frontex non avrebbe margine discrezionale riguardo al contenuto delle decisioni di rimpatrio, i suoi compiti limitandosi al controllo dell'*esistenza* di tali decisioni.

Ciò appare di particolare importanza al fine di valutare se la violazione

di Frontex possa essere considerata sufficientemente qualificata. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, qualora l'istituzione, organo o organismo dell'Unione disponga di un margine discrezionale considerevolmente ridotto o addirittura inesistente, "la semplice trasgressione del diritto [dell'Unione] può essere sufficiente per affermare l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica intesa a conferire diritti ai singoli" (si veda, *ex multis*, sentenza del 16 luglio 2009, causa C-440/07 P, *Commissione c. Schneider Electric*, punto 143).

Chiaramente, se fosse dimostrato che Frontex "[avesse] fatto quanto possibile e sufficiente per verificare che i ricorrenti erano in effetti rimpatriandi, non vi sarebbe alcuna violazione dell'obbligo a essa incombente o una siffatta violazione non sarebbe sufficientemente grave" (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 82). Tale aspetto sembra anche riguardare la circostanza se Frontex avesse o avrebbe dovuto avere conoscenza del rischio di comportamenti illeciti da parte degli Stati membri, relativo alla mancata adozione delle decisioni di rimpatrio, in modo tale da "attivare" il relativo obbligo di verifica (si vedano, a tal proposito A. PIRRELLO, M. AVIAT, *Op-Ed: "Frontex Before the Court of Justice: Division of Competences Hampering Liability"*, in *EU Law Live*, 2 July 2025; G. DAVIS, *Frontex not liable for helping with illegal pushbacks: it was just following orders*, in *European Law Blog*, 11 September 2023). Infatti, emerge che Frontex, avendo ricevuto l'elenco delle persone soggette al rimpatrio da parte delle autorità greche, sosteneva di non essere a conoscenza di circostanze di fatto indicanti la possibilità che detto documento fosse errato (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 80). Tuttavia, in mancanza di tutti gli elementi necessari per valutare la condotta dell'Agenzia, la Corte di giustizia dovrebbe rimettere all'esame del Tribunale sia l'effettiva esistenza della violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro, consistente nella non adozione di una decisione di rimpatrio nei confronti dei ricorrenti, da cui la violazione di Frontex dipende, sia il comportamento dell'Agenzia in tale circostanza.

L'insorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione è inoltre subordinato all'effettiva esistenza del danno e alla sussistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo che incombe all'autore dell'atto (o omissione) e il danno subìto dalle persone lese.

Riguardo in particolare al nesso di causalità, nella sentenza di primo grado il Tribunale aveva ritenuto in sostanza che, sulla base dei poteri e del ruolo attribuiti dal diritto dell'Unione europea a Frontex, la condotta di quest'ultima non avrebbe di fatto mai potuto interrompere il nesso causale

tra il danno subito dai ricorrenti e la sua origine, individuata nella competenza esclusiva degli Stati membri nella valutazione delle domande di protezione internazionale e nell'adozione di decisioni di rimpatrio.

Sebbene, come già rilevato, tale ricostruzione impone di interrogarsi innanzitutto sull'imputabilità di una condotta illecita anche a Frontex, la valutazione del nesso causale in un contesto di operazioni congiunte di rimpatrio tra l'Unione e gli Stati membri, ove la responsabilità primaria ricade su questi ultimi, solleva la questione di come valutare se il pregiudizio derivi "in maniera sufficientemente diretta" dalla violazione di una norma giuridica dell'Unione da parte di una sua istituzione, organo o organismo (si veda, ad es., sentenza del Tribunale del 24 ottobre 2000, causa T-178/98, *Fresh Marine c. Commissione*, punto 118). Ciò esclude, di conseguenza, che la suddetta responsabilità copra i danni che siano solo una conseguenza remota di tale comportamento (ordinanza del Tribunale del 12 dicembre 2007, causa T-113/04 *Atlantic Container Line e altri c. Commissione*, punti 39-40).

A questo riguardo, l'Avvocata generale invita la Corte di giustizia a ritenere che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto nel non considerare integrato tale nesso in quanto, in base al diritto dell'Unione, sia Frontex che la Grecia erano tenute a non consentire il rimpatrio di una persona che non è destinataria di una decisione di rimpatrio. Pertanto, "se Frontex o la Grecia avessero effettuato detta verifica e a condizione che non vi fosse effettivamente una decisione di rimpatrio [i ricorrenti] sarebbero stati esclusi dall'operazione congiunta di rimpatrio" (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 91). Secondo l'Avvocata generale entrambi gli attori infatti "avrebbero potuto prevenire l'insorgenza del danno" (*ibidem*).

Tale ricostruzione appare condivisibile in quanto la Corte ha già riconosciuto nella sua giurisprudenza che, quando il comportamento illegittimo "consiste in un inadempimento di un obbligo di protezione che ha contribuito a causare il danno specifico che il suddetto obbligo aveva l'oggetto di prevenire, anche se l'istituzione non poteva essere dichiarata la responsabile principale del danno, essa doveva essere considerata coautrice del danno" (sentenza del Tribunale del 7 dicembre 2017, causa T-401/11 P-RENV-RX, *Missir Mamachi di Lusignano e altri c. Commissione*, punto 84). In linea di principio, quindi, l'illegittimità contestata all'Unione non deve essere necessariamente l'unica causa del danno affinché il nesso causale possa essere ritenuto "sufficientemente diretto". Spetterà in ogni caso al Tribunale eventualmente verificare se invece alcuni dei danni invocati dai ricorrenti siano da ritenere una conseguenza troppo remota rispetto alla condotta illecita contestata.

Al contempo, il Tribunale, nella sentenza di primo grado, aveva ritenuto che il nesso di causalità rispetto ad alcuni dei danni invocati dai ricorrenti fosse stato interrotto dalle scelte operate dai ricorrenti stessi. In base alla giurisprudenza consolidata della Corte, però, "[i]l nesso di causalità può essere interrotto da un comportamento negligente del soggetto leso, qualora tale comportamento risulti essere la causa determinante del danno" (sentenza della Corte del 18 marzo 2010, causa C-419/08 P, *Trubowest Handel e Makarov c. Consiglio e Commissione*, punto 61). Nel caso di specie, il prodursi del danno non sembra potersi imputare a un comportamento negligente dei ricorrenti, ove esistente, né si può ritenere che una eventuale loro negligenza possa essere ritenuta la causa determinante del danno.

5. *La responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri: una questione di riparazione dei danni*

Qualora le condizioni della responsabilità di Frontex e degli Stati membri fossero ritenute integrate, appare rilevante interrogarsi anche sulla questione di quali siano le modalità procedurali attraverso le quali ottenere il risarcimento del danno (si vedano, a questo proposito, M. GKLIATI, *Shaping the Joint Liability Landscape? The Broader Consequences of WS v Frontex for EU Law*, in *EP*, 2024, pp. 69-86, in particolare p. 82 ss.; M. DE VISSER, *The Concept of Concurrent Liability and its Relationship with the Principle of Effectiveness: A One-way Ticket into Oblivion?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, pp.71-96).

Secondo la Corte, qualora una persona abbia intentato due azioni volte al risarcimento di un solo ed unico danno, l'una diretta contro un'autorità nazionale, dinanzi ad un giudice nazionale, l'altra diretta contro un'istituzione o un organo dell'Unione, dinanzi al giudice dell'Unione, prima di stabilire quale sia il danno che quest'ultima deve risarcire, è "necessario che il giudice nazionale abbia potuto pronunciarsi sull'eventuale responsabilità [dello Stato membro]" (sentenza della Corte del 14 luglio 1967, cause riunite 5, 7 e 13 a 24/66, *Kampffmeyer e altri c. Commissione*, punto 312).

La *ratio* sottesa a tale scelta risiede, da un lato, nella volontà di evitare che il termine di prescrizione di 5 anni per introdurre l'azione per la responsabilità extracontrattuale dell'Unione sia superato in attesa della pronuncia del giudice nazionale; dall'altro lato, si vuole evitare che la diversa valutazione dello stesso danno, da parte di due giudici che applicano norme diverse, si risolva per i ricorrenti in un risarcimento insufficiente o eccessivo.

Pertanto, "il giudice dell'Unione in linea di principio deve, prima di deliberare sul danno, attendere che il giudice nazionale si sia pronunciato sull'azione esperita dinanzi ad esso con una decisione che definisce il giudizio" (si veda, ad es., sentenza del Tribunale del 18 settembre 2014, causa T-317/12, *Holcim (Romania) c. Commissione*, punto 79). In caso di accoglimento dell'azione, il giudice dell'Unione dovrà quindi attendere che il giudice nazionale abbia deliberato, prima di pronunciarsi sulla sussistenza e sull'entità del danno. Ciò dovrebbe comportare inoltre che, "in tale attesa, la Corte non potrà deliberare neppure sul nesso di causalità tra il comportamento addebitato all'Unione e il danno invocato ma gli sarà solo possibile, prima che il giudice nazionale si pronunci, determinare se il comportamento addebitato sia tale da far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione" (sentenza *Holcim (Romania) c. Commissione*, cit., punto 80).

È vero che attendere la pronuncia del giudice nazionale in un contesto di responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri consentirebbe, in particolare, una ricostruzione dei fatti in linea di principio più accurata, grazie ai mezzi probatori di cui possono normalmente disporre i giudici degli Stati membri. Ciò potrebbe sicuramente andare a beneficio anche del procedimento intentato davanti al giudice dell'Unione.

Al contempo, una siffatta ricostruzione dei rapporti tra le due azioni appare criticabile sotto molteplici aspetti. Innanzitutto, la Corte dovrebbe attendere la pronuncia del giudice nazionale qualora ritenga sussistere una prevedibile responsabilità extracontrattuale dell'Unione, cosa che però potrebbe risultare difficile determinare ove il giudice dell'Unione non possa deliberare sul nesso di causalità e sulla sussistenza del danno. Inoltre, non è chiaro dalla giurisprudenza della Corte quando la pronuncia del giudice dello Stato membro debba essere considerata "definitiva" in quanto, ove impugnata a livello nazionale, rischia di rendere eccessivamente lunghi i tempi di attesa per i ricorrenti.

Si potrebbe allora ipotizzare un'inversione dell'ordine dei giudizi, assicurando prima la pronuncia della Corte sulla responsabilità extracontrattuale di un'istituzione, organo o organismo dell'Unione e solo successivamente quella del giudice nazionale sulla responsabilità extracontrattuale dello Stato membro. In questo caso, richiamando quanto avviene nell'ambito della concorrenza tra autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e la Commissione, i giudici nazionali manterrebbero la possibilità di pronunciarsi posteriormente alla Corte, ma nel rispetto di quanto già statuito da quest'ultima, anche in relazione all'entità dei danni purché diversi da quelli già oggetto di pronuncia della Corte (sentenza della Corte del 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba*, punti 84-85).

In maniera analoga, si potrebbe porre il problema del rapporto con altri ricorsi intentati davanti a giudici diversi, segnatamente la Corte EDU, in relazione al medesimo fatto, consistente in un'operazione congiunta di rimpatrio. Infatti, Frontex aveva sollevato un'eccezione di ricevibilità dell'impugnazione sostenendo che i ricorrenti avessero perso interesse a contestare la sentenza impugnata davanti alla Corte una volta ottenuto il risarcimento da parte della Grecia a seguito del loro ricorso presentato dinanzi alla Corte EDU (conclusioni rese nella causa *WS*, cit., par. 46). Siffatta eccezione lascia aperta la questione degli effetti del risarcimento ottenuto in tale contesto qualora sia corrisposto per i medesimi danni.

6. *Conclusioni*

Se, alla luce di quanto detto, una responsabilità condivisa di Frontex e degli Stati membri sembra configurabile, le difficoltà procedurali da ultimo menzionate potrebbero compromettere il diritto dei ricorrenti ad ottenere l'effettivo risarcimento dei danni da parte dell'Unione per la violazione commessa dall'Agenzia. Tale circostanza solleva pertanto la questione se sia possibile prevedere una vera e propria responsabilità in solido degli Stati membri e di Frontex, nel senso che il ricorrente possa adire indifferentemente entrambi i giudici – dell'Unione e nazionale – per ottenere il risarcimento dell'intero danno.

Nella sentenza *Kočner c. Europol*, la Corte ha ritenuto che il regolamento (UE) 2016/794 prevedesse un regime di responsabilità in solido di Europol e dello Stato membro per quanto riguarda i danni subiti dalle persone fisiche a causa di un trattamento illecito di dati. Secondo la Corte, tale regolamento "istituisce un regime derogatorio rispetto alle regole generali di responsabilità extracontrattuale dell'Unione", il quale prevede un meccanismo in due fasi, dove al ricorso davanti alla Corte o al giudice nazionale, fa seguito l'accertamento della "responsabilità finale" di Europol e/o dello Stato membro interessato riguardo al risarcimento da corrispondere alla persona fisica, con la possibilità comunque che il consiglio di amministrazione di Europol possa essere investito di qualsiasi controversia tra Europol e gli Stati membri in proposito (sentenza *Kočner c. Europol*, cit., punti 66 e 69). Il ragionamento della Corte in tale sentenza sembra, in particolare, fare leva sulla disciplina contenuta nel regolamento (UE) 2016/794 affinché la responsabilità condivisa tra Europol e Stati membri comporti anche una responsabilità in solido dei due attori (sentenza *Kočner c. Europol*, cit., punto 90).

A tal proposito va rilevato che, nella sua giurisprudenza, la Corte ha già riconosciuto che "dagli ordinamenti degli Stati membri risulta un *principio generale comune* secondo il quale […] il giudice nazionale riconosce la *responsabilità in solido* dei coautori del medesimo danno, considerando equo il fatto che la persona lesa non debba, da un lato, determinare la quota del danno di cui ciascuno dei coautori è responsabile e, dall'altro sopportare il rischio che quello di loro che essa persegue si riveli insolvibile" (sentenza *Missir Mamachi di Lusignano e altri c. Commissione*, cit., punto 118, corsivo aggiunto). La Corte ha quindi identificato l'esistenza di un principio generale di diritto dell'Unione relativo alla responsabilità in solido di coautori di un medesimo danno in un caso come quello in questione, in cui un'istituzione (la Commissione) aveva concorso con un terzo all'insorgere di un danno subito da un funzionario *al di fuori* dell'esercizio delle sue funzioni.

Tuttavia, anche in questo caso, esisteva una disposizione all'interno dello Statuto dei funzionari dell'Unione europea che prevedeva la responsabilità in solido di quest'ultima per i danni subiti dai suoi funzionari *a motivo* delle loro qualità e delle loro funzioni. Un siffatto principio generale andava quindi, di fatto, ad integrare la disciplina già contenuta nello Statuto il cui silenzio, secondo la Corte, "non comporta[va] l'esclusione di tutto ciò che non vi [era] espressamente previsto" (sentenza *Missir Mamachi di Lusignano e altri c. Commissione*, cit., punto 107). La Corte ha quindi sottolineato la distinzione tra il caso di specie e le situazioni "riguardant[i] i casi di amministrazione mista tra l'Unione e uno Stato membro", rispetto ai quali rimaneva ferma la giurisprudenza precedentemente ricordata in base alla quale "i singoli asseritamente lesi [devono] anzitutto adire i giudici nazionali competenti qualora le autorità degli Stati membri fossero state principalmente o essenzialmente responsabili delle violazioni fatte valere (sentenza *Missir Mamachi di Lusignano e altri c. Commissione*, cit., punto 115).

Alla luce della sentenza *Kočner c. Europol*, la maggiore distinzione tra responsabilità condivisa e solidale sembra comunque risiedere nel fatto che quest'ultima debba essere in qualche modo prevista da una disposizione di diritto derivato dell'Unione. Trattandosi di un principio generale non dovrebbe però essere escluso che esso possa andare ad integrare una normativa gerarchicamente subordinata, in casi in cui il danno sia il frutto dell'azione (o inazione) congiunta degli Stati membri e di un'istituzione, organo o organismo dell'Unione. Ove tuttavia una siffatta responsabilità fosse riconosciuta, in assenza di una disposizione di diritto dell'Unione sul punto, resterebbe comunque aperta la questione di come e chi dovrebbe procedere a quantificare l'ammontare del danno e come esso dovrebbe essere ripartito internamente tra i diversi attori coinvolti.

Abstract (ita)

La causa *WS e altri c. Frontex* (causa C-679/23 P), attualmente pendente davanti alla Corte di giustizia, offre l'opportunità per approfondire le implicazioni procedurali e sostanziali dell'azione per responsabilità extracontrattuale dell'Unione *ex* artt. 268 e 340, par. 2, TFUE, nei casi in cui un medesimo danno sia ascrivibile congiuntamente a un'agenzia dell'Unione, come Frontex, e a uno Stato membro. Il contributo analizza, in primo luogo, le modalità con cui può configurarsi una responsabilità condivisa nell'ambito di operazioni congiunte di rimpatrio e, conseguentemente, le ricadute in termini di individuazione del giudice competente, accertamento delle condizioni sostanziali della responsabilità e riparazione del danno. Particolare attenzione è dedicata a quest'ultimo aspetto, con riguardo sia alla giurisdizione competente sia alla quantificazione del danno. A tal proposito, in assenza di un'espressa previsione nel diritto derivato, si valuta se un principio generale del diritto dell'Unione possa giustificare il riconoscimento di una responsabilità in solido dei due attori coinvolti, al fine di garantire l'effettiva riparazione del danno ai ricorrenti.

Abstract (eng)

The *WS and Others v. Frontex* case (C-679/23 P), currently pending before the Court of Justice, provides an opportunity to examine the procedural and substantive implications of the European Union's non-contractual liability under Articles 268 and 340 (2) TFEU, in situations where a single harm may be attributed jointly to an EU agency, such as Frontex, and a Member State. The article first analyses how shared liability may be established in the context of joint return operations and, consequently, considers the implications in terms of determining the competent court, assessing the substantive conditions for liability, and compensating the harm suffered. Particular attention is given to the latter aspect, considering both the competent court and the quantification of damages. In this respect, and in the absence of an explicit provision in EU secondary law, the article explores whether a general principle of EU law could justify recognising joint and several liability between the two actors involved, in order to ensure effective compensation for the applicants.

UN "GIUSTO EQUILIBRIO" TRA ACCESSO ALLA GIUSTIZIA IN MATERIA AMBIENTALE E SPECIFICITÀ DELLE PROCEDURE *EX* ART. 108 TFUE? ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE SUL MECCANISMO DI RIESAME INTRODOTTO DAL REGOLAMENTO DI ESECUZIONE (UE) 2025/905 E DAL CODICE DELLE MIGLIORI PRATICHE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

Lorenzo Grossio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il recepimento nell'Unione europea dell'obbligo di garantire l'accesso alla giustizia in materia ambientale ai sensi della Convenzione di Aarhus: brevi cenni sul meccanismo di riesame interno *ex* regolamento (CE) 1367/2006. – 3. L'ingiustificata esclusione delle decisioni in materia di aiuti di Stato dall'ambito di applicazione del regolamento (CE) 1367/2006 e le possibili soluzioni. – 4. Un meccanismo di riesame *ad hoc* per le decisioni in materia di aiuti di Stato: similitudini e differenze rispetto al regolamento (CE) 1367/2006. – 5. Una disciplina procedimentale radicata in un atto di *soft law*: analisi del rapporto che intercorre tra il regolamento (UE) 2025/905 e il Codice delle migliori pratiche. – 6. *Segue*: le implicazioni della portata precettiva "mediata" del Codice delle migliori pratiche. – 7. Considerazioni conclusive: un meccanismo adeguato alla "specificità della procedura in materia di aiuti di Stato"?

1. *Introduzione*

Il 12 maggio 2025, la Commissione europea ha adottato il regolamento di esecuzione (UE) 2025/905 e una versione aggiornata del Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato (comunicazione della Commissione C/2025/2810). L'intervento normativo si è reso necessario per dare seguito alle conclusioni del Comitato di controllo dell'osservanza della Convenzione di Aarhus (*Aarhus Convention Compliance Committee* – ACCC) nel caso ACCC/C/2015/128, che avevano rilevato l'inadempienza dell'Unione rispetto all'obbligo di garantire l'accesso alla giustizia in materia ambientale previsto da detta Convenzione. In

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino) – 7 settembre 2025.

particolare, per quanto il regolamento (CE) 1367/2006 preveda un meccanismo di riesame interno da parte delle istituzioni, organi e organismi UE dei propri atti e omissioni amministrativi, esso non è applicabile ad alcune politiche dell'Unione, ivi compreso il controllo degli aiuti di Stato. A fronte dell'incompatibilità di tale previsione con la Convenzione di Aarhus, la Commissione ha istituito un meccanismo di riesame interno *ad hoc* per la materia degli aiuti di Stato, avvalendosi dei poteri di esecuzione di cui dispone ai sensi dell'art. 33 del regolamento (UE) 2015/1589.

Nella prospettiva della Commissione, la scelta seguita permetterebbe di realizzare "il giusto equilibrio tra l'accesso alla giustizia nel settore del diritto ambientale dell'Unione e le specificità della procedura in materia di aiuti di Stato" (dichiarazione della Vicepresidente esecutiva della Commissione per una transizione pulita, giusta e competitiva, Teresa Ribera, riportata nel Comunicato stampa della Commissione, del 12 maggio 2025). Può l'obiettivo dirsi raggiunto in maniera soddisfacente? Attraverso un'analisi delle peculiarità del nuovo meccanismo di riesame interno sotto il profilo procedurale e della sua potenziale efficacia sul piano del rapporto tra fonti e dei rimedi, il presente scritto propone alcune riflessioni volte a rispondere all'interrogativo.

2. *Il recepimento nell'Unione europea dell'obbligo di garantire l'accesso alla giustizia in materia ambientale ai sensi della Convenzione di Aarhus: brevi cenni sul meccanismo di riesame interno ex regolamento (CE) 1367/2006*

La Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Aarhus, 25 giugno 1998), comunemente nota come "Convenzione di Aarhus", costituisce il principale strumento pattizio in materia di partecipazione della società civile alla tutela dell'ambiente. In particolare, l'art. 9, par. 3, della Convenzione richiede che "i membri del pubblico che soddisfino i requisiti eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale".

Anche l'Unione, così come i suoi Stati membri, è parte contraente della Convenzione di Aarhus. Pertanto, le sue disposizioni rientrano nell'alveo dell'ordinamento UE e vincolano sia le autorità nazionali, sia le istituzioni,

organi e organismi dell'Unione (sull'attuazione della Convenzione da parte dell'Unione, *ex multis*, v. M. ELIANTONIO, J. RICHELLE, *Article 9 of the Aarhus Convention, its Transposition in the EU and its Interpretation by the Aarhus Convention Compliance Committee and the Court of Justice of the European Union*, in B. TODOROVIĆ, R. CARANTA (eds.), *Europeanisation of Access to Justice in Environmental Matters: The Aarhus Convention in the Balkans*, Oxford, 2025, p. 17 ss.; A. LANG, *La Convenzione di Aarhus del 1998 e l'attuazione nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2025, p. 1 ss.). Pertanto, la Convenzione impone all'Unione di garantire l'accesso alla giustizia ai membri del pubblico portatore dell'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente, tra cui le ONG, per contestare atti od omissioni amministrativi dell'apparato istituzionale UE in relazione a violazioni delle disposizioni in materia ambientale.

A fronte di tale obbligo, i rimedi giurisdizionali previsti dai Trattati – e tra questi, in particolare, il ricorso per annullamento e il ricorso in carenza – si sono ben presto rivelati inadeguati a garantire adeguato accesso alla giustizia. Come la dottrina ha avuto modo di sottolineare (*ex multis*, v. I. HADJIYIANNI, *Judicial Protection and the Environment in the EU Legal Order: Missing Pieces For a Complete Puzzle of Legal Remedies*, in *CMLR*, 2021, p. 777 ss.; M. VAN WOLFEREN, M. ELIANTONIO, *Access to Justice in Environmental Matters in the EU: The EU's Difficult Road towards Non-compliance with the Aarhus Convention*, in M. PEETERS, M. ELIANTONIO (eds.), *Research Handbook on EU Environmental Law*, Cheltenham, 2020, p. 148 ss.; M. PAGANO, *Overcoming Plaumann in EU Environmental Litigation – An Analysis of ENGOs Legal arguments in Actions for Annulment*, in *Diritto e Processo*, 2019, p. 311 ss.), i requisiti di *locus standi* previsti dai Trattati, così come interpretati dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia (*ex multis*, v. sentenza della Corte del 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione della CEE*, punto 220; sentenza del Tribunale del 9 agosto 1995, causa T-585/93, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e a. c. Commissione*, punto 48; sentenza della Corte del 5 maggio 2009, causa C-355/08 P, *WWF-UK c. Consiglio*, punto 41), limitano l'ammissibilità di tali ricorsi ai soli casi in cui la parte attrice agisca per la tutela di un interesse individuale. Di conseguenza, l'ammissibilità di ricorsi presentati da soggetti collettivi quali le ONG è stata riconosciuta dalla Corte solamente nella misura in cui essi siano preordinati a tutelare un interesse individuale dell'organizzazione stessa o dei suoi membri. Al riguardo, tre ipotesi sono finora emerse nella giurisprudenza: l'invocazione di diritti procedurali riconosciuti dal diritto dell'Unione al soggetto collettivo che agisce; la

presentazione di un ricorso volto a difendere gli interessi dei membri dell'organizzazione attrice che sono direttamente e individualmente interessati dall'atto contestato; infine, il caso in cui l'organizzazione stessa è differenziata dalla generalità in quanto direttamente e individualmente interessata dall'atto contestato (in dottrina, v. I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG e la riforma del regolamento di Aarhus*, in *federalismi.it*, 2022, p. 6). È invece particolarmente arduo – se non quasi impossibile – per le ONG e gli altri membri del pubblico soddisfare i requisiti in esame qualora l'azione sia volta al perseguimento di un interesse diffuso, come la tutela dell'ambiente (M. ELIANTONIO, *Towards an Ever Dirtier Europe? The Restrictive Standing of Environmental NGOs before the European Courts and the Aarhus Convention*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2011, p. 69 ss., in particolare p. 82).

Nonostante le ONG abbiano in più occasioni sostenuto in sede giurisdizionale la necessità di un'interpretazione meno rigida dei requisiti di *locus standi* che discendono in via generale dagli artt. 263 e 265 TFUE, la Corte ha ribadito che né l'invocazione dell'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus (sentenze della Corte del 13 gennaio 2015, cause riunite da C-401/12 a C-403/12 P, *Consiglio e a. c. Vereniging Milieudefensie e Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, punto 61; cause riunite C-404/12 P e C-405/12 P, *Consiglio e Commissione c. Stichting Natuur en Milieu e Pesticide Action Network Europe*, punto 47), né un'interpretazione degli artt. 263 e 265 TFUE alla luce di quest'ultima disposizione (sentenza della Corte del 3 settembre 2020, causa C-784/18 P, *Mellifera c. Commissione*, punto 78) possono condurre ad un simile risultato (in dottrina, *ex multis*, v. G. LEONELLI, *Access to the EU Courts in Environmental and Public Health Cases and the Reform of the Aarhus Regulation*, in *YEL*, 2021, p. 230 ss., in particolare p. 240).

L'impossibilità di soddisfare l'obbligo previsto dalla Convenzione di Aarhus attraverso i soli rimedi giurisdizionali ha richiesto l'introduzione di un rimedio amministrativo preliminare alla presentazione di un ricorso in sede giurisdizionale. Infatti, l'art. 10 del regolamento (CE) 1367/2006, modificato dal regolamento (UE) 2021/1767, prevede la possibilità per le ONG e altri membri del pubblico di richiedere il riesame interno di atti amministrativi, a portata individuale o generale, così come le omissioni nell'adozione di tali atti da parte delle istituzioni, organi od organismi dell'Unione, per violazione di disposizioni UE in materia di tutela dell'ambiente (sulla riforma del 2021 del regolamento, *ex multis*, v. M. PAGANO, *Climate Legal Mobilization Under the New Aarhus Regulation*, in *German Law Journal*,

2024, p. 919 ss.; A. FAVI, *Riflessioni sull'effettività dell'accesso della società civile alla giustizia in materia ambientale dopo la riforma del regolamento di Aarhus*, in questa *Rivista*, 2022, p. 349 ss.). A seguito della presentazione della domanda di riesame entro otto settimane dall'adozione dell'atto contestato o dal momento in cui scade inutilmente il termine entro il quale l'istituzione, organo od organismo avrebbe dovuto agire, quest'ultimo è tenuto a riesaminare la propria azione (o le motivazioni della propria inazione) e a fornire una risposta al richiedente entro sedici settimane. Nel caso in cui l'istituzione, organo, od organismo adito, "nonostante la dovuta diligenza, non sia in grado di agire" (art. 10, par. 3, del regolamento (CE) 1367/2006) entro tale termine, quest'ultimo può essere esteso fino a un massimo di ventidue settimane. Se la domanda è accolta, l'amministrazione rivede l'atto oggetto delle doglianze o dà seguito alla richiesta di azione. Qualora invece l'esito del riesame sia negativo, l'istituzione, organo od organismo in questione ne dà comunicazione al richiedente mediante atto motivato.

La decisione assunta a seguito del riesame interno costituisce un atto a portata individuale, del quale il soggetto richiedente costituisce destinatario. Pertanto, essa è contestabile in sede giurisdizionale mediante azione per annullamento ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE (art. 12 del regolamento (CE) 1367/2006). Tuttavia, l'oggetto del giudizio instaurato dinanzi alla Corte di giustizia è limitato alla legittimità delle motivazioni addotte dall'amministrazione per giustificare la decisione negativa sulla richiesta di riesame. La cognizione della Corte non si estende, dunque, alla legalità dell'atto o dell'omissione originariamente contestati. Pertanto, l'annullamento in sede giurisdizionale della decisione negativa sul riesame comporta esclusivamente l'obbligo per l'amministrazione di condurre un nuovo riesame interno (sul punto, v. sentenza della Corte del 6 luglio 2023, cause riunite C-212/21 e C-223/21, *BEI c. ClientEarth*, punto 54).

3. *L'ingiustificata esclusione delle decisioni in materia di aiuti di Stato dall'ambito di applicazione del regolamento (CE) 1367/2006 e le possibili soluzioni*

Come anticipato nell'introduzione, l'ambito di applicazione del meccanismo di riesame poc'anzi descritto non si estende ad atti e omissioni che rientrano nell'alveo di alcuni settori dell'ordinamento dell'Unione definiti dall'art. 2, par. 2, del regolamento (CE) 1367/2006. Essi sono il diritto della concorrenza (inteso quale il novero di atti od omissioni relativi alle

procedure di cui agli artt. 101 e 102 TFUE), il controllo degli aiuti di Stato (ovvero gli atti adottati in relazione agli artt. 106 e 107 TFUE), gli atti e le omissioni relativi alle procedure di infrazione *ex* artt. 259 e 260 TFUE, le procedure dinanzi al Mediatore europeo e le procedure dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode.

L'impatto di queste limitazioni è particolarmente sensibile con riguardo al controllo degli aiuti di Stato. Infatti, in molteplici occasioni gli aiuti sottoposti a controllo da parte della Commissione ai sensi dell'art. 108 TFUE coinvolgono profili attinenti al rispetto della disciplina UE in materia ambientale (I. ANRÒ, *op. cit.*, p. 23). Pertanto, a seguito delle doglianze presentate da diverse ONG, l'ACCC ha aperto un procedimento per inadempienza agli obblighi previsti dalla Convenzione di Aarhus nei confronti dell'Unione (caso ACCC/C/2008/32). Dalla prospettiva delle istituzioni politiche sovranazionali, la giustificazione dell'esclusione in esame risiederebbe nel fatto che, in tale ambito, i poteri dell'apparato istituzionale UE costituiscono una forma di controllo amministrativo. Pertanto, "[d]ato che gli atti adottati dalle istituzioni o dagli organi comunitari nell'esercizio del potere giudiziario o legislativo possono essere esclusi, si dovrebbero egualmente escludere le procedure di inchiesta nelle quali le istituzioni o gli organi comunitari agiscano in qualità di organi di controllo amministrativo" (considerando n. 11 del regolamento (CE) 1367/2006). All'esito della procedura, il Comitato ha determinato l'infondatezza di quest'ultimo assunto. Da un lato, l'ACCC ha contestato l'equiparazione dell'attività di controllo amministrativo a quella legislativa, in quanto costituiscono espressione di diversi poteri pubblici (ACCC, *Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part II) concerning compliance by the European Union*, punto 109). Dall'altro lato, il Comitato ha rilevato come la Convenzione non ammetta l'esclusione di atti e omissioni adottati nel contesto di procedure di controllo amministrativo dallo spettro del diritto all'accesso alla giustizia. Infatti, solo gli atti adottati nell'esercizio del potere giudiziario sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus (*ivi*, punti 110-111). Pertanto, l'esclusione degli atti adottati dalla Commissione nell'ambito delle procedure *ex* art. 108 TFUE si pone in contrasto con gli obblighi incombenti all'Unione in virtù della Convenzione di Aarhus.

Nonostante i rilievi critici, la disposizione oggetto delle censure non è stata abrogata. Tale circostanza ha stimolato ulteriori comunicazioni all'ACCC da parte di alcune ONG (caso ACCC/C/2015/128), portando il Comitato a ribadire nel 2021 che la disciplina UE violi l'art. 9, par. 3, della

Convenzione di Aarhus (ACCC, *Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2015/128 concerning compliance by the European Union*).

Per porre rimedio alla persistente incompatibilità tra il regolamento (CE) 1367/2006 e la Convenzione, la Commissione ha avanzato un ventaglio di soluzioni (comunicazione della Commissione COM (2023) 307final), le quali sono state oggetto di discussione nell'ambito del Gruppo di esperti della Commissione sull'attuazione della Convenzione di Aarhus. Da un lato, la quasi totalità dei rappresentanti delle ONG che hanno partecipato alla consultazione pubblica in materia ha espresso la necessità di abrogare la disposizione del regolamento che esclude la materia degli aiuti di Stato dal meccanismo di riesame. Dall'altro lato, gli Stati membri si sono espressi prevalentemente in modo contrario. Solo una delegazione nazionale al Gruppo di esperti ha manifestato l'opinione che il meccanismo stabilito dal regolamento (CE) 1367/2006 dovesse essere esteso agli aiuti di Stato (v. il verbale della riunione del Gruppo di esperti della Commissione sull'attuazione della Convenzione di Aarhus, del 12 settembre 2022). Diversi Stati membri hanno invece espresso "la preoccupazione che le richieste di revisione delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato prolunghino le procedure e aggravino l'incertezza sull'esito del procedimento" (*ivi*, p. 2 – traduzione libera dell'autore). Pertanto, in luogo di emendare il regolamento (CE) 1367/2006, la maggioranza delle delegazioni nazionali ha espresso la propria preferenza per la previsione di un meccanismo di revisione simile a quello istituito dal regolamento (CE) 1367/2006 nell'ambito del Codice delle migliori pratiche in materia di controllo degli aiuti di Stato. Quest'ultima soluzione è stata fatta propria dalla Commissione attraverso l'adozione del regolamento di esecuzione (UE) 2025/905 e del nuovo dettato del Codice delle migliori pratiche qui in commento.

4. *Un meccanismo di riesame* ad hoc *per le decisioni in materia di aiuti di Stato: similitudini e differenze rispetto al regolamento (CE) 1367/2006*

Dalla prospettiva della Commissione, la ragione dell'introduzione di un meccanismo di riesame *ad hoc* in materia di controllo degli aiuti di Stato non risiederebbe meramente nella volontà di evitare l'apertura dell'iter legislativo di modifica del regolamento (CE) 1367/2006. Tale scelta sarebbe invece giustificata sul piano sostanziale dalla necessità di salvaguardare la specificità delle procedure *ex* art. 108 TFUE (Commission Staff Working Document

SWD (2025) 118final), obiettivo che sarebbe stato frustrato da una mera estensione dell'ambito di applicazione del regolamento (CE) 1367/2006. Eppure, tale obiettivo non sembrerebbe riflettersi pienamente nella struttura del procedimento di riesame. Infatti, quest'ultima ricalca in massima parte quella già prevista in via generale dal regolamento (CE) 1367/2006. Fanno eccezione alcune minime differenze, le quali non sono sempre riconducibili all'obiettivo poc'anzi richiamato.

In particolare, a differenza del procedimento *ex* regolamento (CE) 1367/2006, il Codice delle migliori pratiche limita il novero dei soggetti legittimati a proporre la domanda di riesame alle sole ONG (punti 77-78). Resta così esclusa la categoria degli "altri membri del pubblico" – consistente in soggetti diversi dalle ONG, organizzati collettivamente e che soddisfano alcune soglie partecipative (art. 11 *bis* del regolamento (CE) 1367/2006) – la cui introduzione nel 2021 era stata sollecitata proprio per rispondere ai rilievi critici dell'ACCC. Infatti, quest'ultimo aveva chiarito che il perimetro dei "membri del pubblico" aventi diritto all'accesso alla giustizia ai sensi della Convenzione di Aarhus non è limitato alle sole ONG (ACCC, *Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part II) concerning compliance by the European Union*, punto 92). L'esclusione di tale categoria di soggetti dal meccanismo in esame dà così nuovamente luogo a profili di incompatibilità dell'ordinamento UE con l'art. 9, par. 3, della Convenzione, i quali non appaiono – a parere di chi scrive – giustificabili alla luce della "specificità" delle procedure di controllo degli aiuti di Stato.

I quattro requisiti soggettivi che le ONG devono soddisfare per avere titolo a presentare la domanda – ossia, che la richiedente "a) sia una persona giuridica indipendente senza fini di lucro a norma del diritto nazionale o della prassi di uno Stato membro; b) abbia come obiettivo primario dichiarato di promuovere la tutela dell'ambiente nell'ambito del diritto ambientale; c) sia stata costituita da più di due anni e persegua attivamente l'obiettivo di cui alla lettera b)" e, infine, "d) [che] l'oggetto della richiesta di riesame interno rientri nel suo obiettivo e nelle sue attività" (art. 11, par. 1, del regolamento (CE) 1367/2006) – sono riproposti in via del tutto analoga anche per il procedimento di riesame previsto dal Codice delle migliori pratiche. Tuttavia, quest'ultimo introduce altresì una lista di documenti che le ONG sono tenute ad allegare per dimostrare il soddisfacimento di detti requisiti. La lista in questione ricalca l'analoga richiesta di produzione di documenti definita dall'art. 2, par. 5, della decisione della Commissione (UE) 2023/748, che stabilisce norme dettagliate di applicazione del regolamento (CE) 1367/2006.

La richiesta di riesame può avere ad oggetto le decisioni della Commissione che concludono il procedimento di controllo formale degli aiuti ai sensi dell'art. 108, par. 2, TFUE. In particolare, esse possono essere sottoposte a riesame interno nella misura in cui riconoscano la compatibilità dell'aiuto con i Trattati in base alle circostanze di cui agli artt. 107, par. 3 (aiuti potenzialmente compatibili con il mercato interno), 106, par. 2 (aiuti nell'ambito dei servizi di interesse economico generale) e 93 TFUE (aiuti nell'ambito del settore ferroviario). In analogia a quanto previsto dal regolamento (CE) 1367/2006, la richiesta di riesame deve essere motivata e presentata entro otto settimane dalla pubblicazione della decisione contestata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (punto 94).

A meno che ritenga la richiesta inammissibile o manifestamente infondata, la Commissione procede al riesame e comunica la propria decisione all'ONG richiedente entro sedici settimane. Quest'ultimo termine può essere eccezionalmente esteso fino a ventidue settimane qualora la Commissione, "nonostante la dovuta diligenza, non sia in grado di rispettare il termine" (punto 96). Tali scadenze sono analoghe a quelle previste per il procedimento di riesame disciplinato dal regolamento (CE) 1367/2006 (in particolare, v. art. 10, parr. 2-3). La decisione sul riesame, in quanto atto a portata individuale di cui l'ONG richiedente è destinataria, è impugnabile da quest'ultima davanti al Tribunale dell'Unione europea ai sensi dell'art. 263 TFUE (par. 97). Tuttavia, anche in questo caso la cognizione della Corte di giustizia non si estende alla legittimità dell'atto od omissione originariamente contestato (v. J. DELARUE, *Op-Ed: New State Aid Rules: will the Public finally have Access to Justice?*, in *EU Law Live*, 3 June 2025).

L'unica differenza rispetto al regolamento (CE) 1367/2006 che sembrerebbe effettivamente discendere dalla peculiarità della materia degli aiuti di Stato consiste nell'obbligo in capo alla Commissione di comunicare ogni richiesta di riesame ricevuta al soggetto in senso lato "controinteressato", vale a dire lo Stato membro che ha erogato l'aiuto in esame, il quale potrà presentare le proprie osservazioni entro un termine di 30 giorni.

Quest'ultima soluzione è senz'altro opportuna, alla luce dell'interesse di cui lo Stato membro è portatore nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato. Tuttavia, si segnala criticamente che l'avvio dell'interlocuzione con le autorità nazionali implica la sospensione del decorso dei termini entro i quali la Commissione deve notificare la propria decisione. La previsione comporta, dunque, un prolungamento nel tempo dell'incertezza in merito alla legittimità dell'aiuto di Stato nelle more della decisione della Commissione sulla richiesta di riesame. Paradossalmente, proprio quest'ultima incertezza

costituiva uno dei motivi per i quali gli Stati membri avevano espresso la propria contrarietà alla possibilità di estendere il meccanismo previsto dal regolamento (CE) 1367/2006 alla materia degli aiuti di Stato (v. verbale della riunione del Gruppo di esperti della Commissione sull'attuazione della Convenzione di Aarhus del 12 settembre 2022; in dottrina, v. C. H. L. LABUS, *The New Internal Review Mechanism Concerning the Compatibility of State Aid Decisions with EU Environmental Law*, in *Unione europea e Diritti*, 2025, p. 1 ss., in particolare pp. 8-9). Vista la scelta della Commissione di istituire un meccanismo *ad hoc* che risponda alla "specificità" della materia, sarebbe stato prevedibile attendersi la definizione di termini più stringenti per l'assunzione della decisione sul riesame. Invece, la scelta della Commissione è di segno opposto. Non solo i termini definiti dal Codice sono identici a quelli previsti dal regolamento (CE) 1367/2006; anche il meccanismo che dovrebbe valorizzare la specificità delle procedure di controllo degli aiuti di Stato coinvolgendo lo Stato membro erogante comporta un ulteriore allungamento dei tempi, pregiudicando quelle esigenze di certezza che deriverebbero… proprio dalla specificità della materia.

5. *Una disciplina procedimentale radicata in un atto di* soft law*: analisi del rapporto che intercorre tra il regolamento (UE) 2025/905 e il Codice delle migliori pratiche*

Se in precedenza si era detto che il meccanismo in esame è stato introdotto dal combinato del regolamento di esecuzione (UE) 2025/905 e del Codice delle migliori pratiche, non sarà sfuggito il fatto che la disciplina illustrata nella precedente sezione faccia esclusivo riferimento a quest'ultima fonte. Non si tratta di una casualità, bensì della conseguenza del rapporto peculiare – se non anomalo – che intercorre tra i due atti.

Il primo di essi trova il proprio fondamento nell'art. 33 del regolamento (UE) 2015/1589, che prevede in capo alla Commissione il potere di adottare atti di esecuzione per meglio definire, nell'alveo della procedura di controllo degli aiuti di Stato, "la forma, il contenuto e le altre modalità delle notificazioni" (art. 33, lett. a), del regolamento (UE) 2015/1589). Sfruttando tale possibilità, il regolamento di esecuzione modifica il regolamento (CE) 794/2004 (recante disposizioni di esecuzione del regolamento (UE) 2015/1589), prevedendo un nuovo modulo di notifica degli aiuti e schemi di aiuto da parte degli Stati membri. In particolare, esso introduce l'obbligo per ogni Stato membro notificante di "confermare che né l'attività oggetto

di aiuto né qualsiasi caratteristica della misura notificata che sia indissolubilmente legata all'oggetto dell'aiuto violano il diritto ambientale dell'Unione" (par. 6.8 dell'Allegato I al regolamento di esecuzione (UE) 2025/905). Inoltre, il medesimo regolamento di esecuzione ha previsto *ex novo* un modulo standardizzato per la proposizione della richiesta di riesame interno.

Al netto di ciò, nessuna disposizione del regolamento di esecuzione è dedicata alla disciplina del procedimento di riesame interno qui in commento. Infatti, come sottolineato dal considerando n. 6, "le modalità della procedura di riesame interno sono illustrate in dettaglio in una comunicazione della Commissione relativa al codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato".

Con ogni evidenza, il contenuto "minimale" del regolamento in commento trova la propria giustificazione nell'estensione alquanto limitata del potere di esecuzione attribuito alla Commissione ai sensi dell'art. 33 del regolamento (UE) 2015/1589, che concerne la sola disciplina del meccanismo di notifica. Tuttavia, tale circostanza avrebbe forse potuto sollecitare la Commissione a proporre al Consiglio l'adozione di un meccanismo di riesame *ad hoc* ai sensi dell'art. 109 TFUE (sul punto, v. A.-L. SCHERER, *Access to Environmental Justice under the Aarhus Convention: Evaluating the Contemporary Hurdles for ENGOs in Challenging State Aid Decisions under EU Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, p. 197 ss., in particolare pp. 207-208). La Commissione ha ritenuto che un simile intervento avrebbe imposto tempistiche troppo lunghe, impedendo così il tempestivo allineamento dell'ordinamento dell'Unione agli obblighi che derivano dalla Convenzione di Aarhus (SWD (2025) 118final, cit., p. 20). Tuttavia, questa considerazione non appare convincente. In base all'art. 109 TFUE, una modifica del regolamento (UE) 2015/1589 per introdurre la disciplina del meccanismo di riesame avrebbe richiesto esclusivamente una deliberazione a maggioranza qualificata da parte del Consiglio, previa sola consultazione del Parlamento europeo. Inoltre, tale soluzione non necessiterebbe di una contemporanea modifica del regolamento (CE) 1367/2006 attraverso la procedura legislativa ordinaria, in quanto, come precedentemente ricordato, l'art. 2, par. 2, di quest'ultima fonte esclude espressamente la sua applicabilità alla materia degli aiuti di Stato. Pertanto, in presenza, come sembrerebbe, di un netto consenso politico tra gli Stati membri, la discussione e l'adozione di una simile proposta ai sensi dell'art. 109 TFUE avrebbero con ogni probabilità richiesto tempi brevi, così da evitare il rischio paventato dalla Commissione.

La scelta della Commissione di agire nei limiti dei poteri di esecuzione

definiti dal diritto derivato vigente comporta l'inevitabile relegazione della disciplina del procedimento di riesame interno a una fonte non vincolante, ossia la comunicazione C/2025/2810 della Commissione recante il nuovo Codice delle migliori pratiche. L'utilizzo del Codice per meglio definire le procedure di controllo della Commissione non costituisce senz'altro una novità, né nella materia degli aiuti di Stato, né in quella della tutela della concorrenza (v. comunicazione 2011/C/308/06 della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli artt. 101 e 102 del TFUE). Tuttavia, in simili casi il Codice si limita a meglio definire l'applicazione di una procedura già disciplinata in forma vincolante a livello di diritto derivato – segnatamente, nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato, dal regolamento (UE) 2015/1589 – al fine di chiarirne la portata e orientare la condotta dei soggetti coinvolti. Del resto, come chiarito dal Codice stesso, esso "non crea nuovi diritti rispetto a quelli stabiliti nel trattato […], nel regolamento (UE) 2015/1589 […] e nel regolamento (CE) 794/2004 […] e nella relativa interpretazione da parte degli organi giurisdizionali dell'Unione, né altera tali diritti in alcun modo" (comunicazione C/2025/2810 della Commissione, par. 7; sul punto, v. C. H. L. LABUS, *op. cit.*, p. 8).

Invece, nella fattispecie in esame, non solo l'intera disciplina del procedimento è regolata esclusivamente dal Codice delle migliori pratiche, ma il regolamento (UE) 2025/905 nemmeno contempla una disposizione che istituisca, ancorché senza regolarlo, il meccanismo di riesame. Quest'ultimo è richiamato esclusivamente nel preambolo (considerando n. 4: "L'Unione dovrebbe adottare misure per rispondere alle conclusioni dell'ACCC istituendo un meccanismo di riesame interno"), anch'esso privo di efficacia vincolante, e la sua esistenza è data meramente per presupposta dall'introduzione come allegato al regolamento di un modulo a tal scopo.

La tecnica normativa seguita dalla Commissione solleva dunque un interrogativo: può il Codice delle migliori pratiche costituire la fonte adeguata a regolare la procedura in esame e conferire ai soggetti titolati il diritto ad ottenere il riesame interno delle decisioni in materia di aiuti di Stato?

Per rispondere alla domanda, è opportuno innanzitutto svolgere alcune considerazioni ulteriori circa il rapporto che intercorre tra una particolare componente del regolamento (UE) 2025/905, ossia il modulo di richiesta di riesame di cui all'Allegato V, e il Codice delle migliori pratiche. Infatti, il primo costituisce l'unico riflesso sul piano del diritto derivato della disciplina di *soft law* relativa al meccanismo di riesame. Un modulo non rappresenta certamente una fonte atta a disciplinare fattispecie generali e astratte;

tuttavia, alcuni limitati passaggi del modulo parrebbero in effetti idonei a cristallizzare in forma vincolante – in quanto parte integrante del regolamento – alcuni requisiti procedurali definiti dal Codice delle migliori pratiche.

Al riguardo, possono essere addotti due esempi. Il primo di essi attiene alla titolarità soggettiva a presentare domande di riesame e al termine per proporle. Il Codice delle migliori pratiche circoscrive tale diritto alle sole ONG e limita il suo esercizio entro un termine di otto settimane dalla pubblicazione della decisione contestata in Gazzetta Ufficiale. La previsione in esame trova conferma nella nota a piè di pagina n. 1 del modulo, il quale recita "[l]a richiesta di riesame interno deve essere presentata dall'organizzazione non governativa entro otto settimane dalla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea della decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato che è oggetto del riesame richiesto". Il secondo esempio, di tenore analogo, riguarda il novero di atti sottoponibili a riesame interno. Ed è di nuovo un passaggio del modulo a cristallizzare quanto definito dal Codice delle migliori pratiche – segnatamente, al punto 82. Infatti, il par. 5 del modulo rammenta che "[…] un riesame interno può essere richiesto solo per le decisioni definitive in materia di aiuti di Stato che chiudono un procedimento di indagine formale ai sensi dell'art. 108, par. 2, del trattato, in conformità dell'art. 9, parr. 3 e 4, del regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio e aventi come base giuridica l'art. 107, par. 3, lettera a), prima parte della lettera b) (aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo) e lettere c), d) ed e), del trattato, l'art. 93 del trattato e l'art. 106, par. 2, del trattato".

Pertanto, un'interpolazione tra il dettato del Codice delle migliori pratiche e alcuni passaggi del modulo di richiesta del riesame permetterebbe in astratto di ritenere che almeno alcuni passaggi della disciplina procedurale godano di efficacia vincolante sul piano formale, in quanto cristallizzati nel modello allegato al regolamento di esecuzione (UE) 2025/905. Tuttavia, l'argomento non appare risolutivo per due ragioni. In primo luogo, una simile operazione ermeneutica è possibile solamente con riguardo ad alcuni passaggi della disciplina procedurale in esame, senza possibilità di esaurirne tutti gli elementi essenziali. In secondo luogo, l'interpretazione proposta si espone a un valido contro-argomento, secondo il quale il contenuto del modulo di richiesta, alla luce dell'obiettivo peculiare di tale atto, non andrebbe inteso quale precettivo, bensì quale mera avvertenza al soggetto destinatario rispetto ad una regola che trova il proprio fondamento in un'altra fonte.

6. Segue: *le implicazioni della portata precettiva "mediata" del Codice delle migliori pratiche*

È dunque opportuno procedere oltre nell'analisi e interrogarsi sulla portata precettiva del Codice delle migliori pratiche isolatamente considerato. La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto una certa efficacia di vincolo al contenuto di simili atti di *soft law* nei confronti delle istituzioni che li hanno emanati. Nell'alveo del diritto della concorrenza e del controllo degli aiuti di Stato, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che la pubblicazione di simili atti da parte della Commissione dà luogo ad un'autolimitazione del proprio potere discrezionale (*ex multis*, v. sentenza della Corte del 19 luglio 2016, causa C-526/14, *Kotnik e a.*, punti 39-40; sentenza della Corte del 7 novembre 2024, causa C-588/22 P, *Ryanair c. Commissione*, punto 58). Di conseguenza, la Commissione non può, "in linea di principio, discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi generali del diritto, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento" (sentenza della Corte del 31 gennaio 2023, causa C-284/21 P, *Commissione c. Braesch e a.*, punto 90).

Ciononostante, il vincolo al rispetto del Codice delle migliori pratiche mediato dalla tutela del legittimo affidamento o dal principio di uguaglianza non ha una portata precettiva equiparabile a quella che deriverebbe da disposizioni vincolanti sul piano formale. Infatti, per quanto la Commissione sia in via di principio obbligata a dare seguito a previsioni "autoimposte", residua la possibilità per l'istituzione di giustificare la propria inosservanza dimostrando l'insussistenza, nel caso di specie, di una violazione del principio di uguaglianza o della tutela del legittimo affidamento. Quest'ultima possibilità trova conferma nella decisione del Mediatore europeo che conclude l'indagine n. 400/2014/DK che, proprio con riguardo al Codice delle migliori pratiche, afferma che "whereas codes of practice adopted unilaterally by an institution are not law, should a code exist, an institution should comply with it, *or give justified reasons for not doing so*" (punto 18, corsivo dell'autore; sul punto, in dottrina, v. K. BACON QC, *European Union Law of State Aid*, 3 ed., Oxford, 2017, p. 497).

Il carattere mediato del vincolo generato dal Codice delle migliori pratiche si riflette altresì sul piano dei rimedi in caso di inottemperanza. Con riguardo alla procedura di riesame definita dal regolamento (CE) 1367/2006, la dottrina aveva già posto in evidenza la possibilità per i membri del pubblico di ricorrere in carenza dinanzi alla Corte di giustizia qualora l'istituzione, organo od organismo dell'Unione non desse seguito alla

richiesta di riesame interno (A. FAVI, *op. cit.*, nota 8). Tale possibilità parrebbe, almeno a prima vista, difficilmente realizzabile nel caso di un'eventuale inosservanza da parte della Commissione nell'ambito della procedura in commento. Infatti, la sussistenza di un obbligo attuale di azione in campo all'istituzione resistente costituisce un elemento essenziale per l'accoglimento del ricorso (per tutti, v. sentenza del Tribunale del 3 giugno 1999, causa T-17/96, *TF1 c. Commissione*, punto 72). Nella fattispecie in esame, qualora un'ONG presentasse un ricorso ai sensi dell'art. 265 TFUE, la dimostrazione dell'esistenza di un obbligo di azione in capo alla Commissione verrebbe resa ardua dal carattere (formalmente) non vincolante delle disposizioni del Codice delle migliori pratiche ritenute violate. Di conseguenza, tale obbligo potrebbe essere dimostrato solamente attraverso il richiamo a un referente normativo di diritto primario o derivato. Quest'ultima circostanza comporta un onere argomentativo notevole in capo alla parte attrice, la quale dovrebbe dimostrare che lo scrupoloso rispetto della procedura "autoimposta" da parte della Commissione così come descritta dal Codice delle migliori pratiche sia necessario per tutelare la posizione giuridica invocata, configurando così un obbligo di azione nei termini descritti.

Per far fronte ad un simile onere, la parte attrice potrebbe avvalersi del richiamo al principio di uguaglianza e alla tutela del legittimo affidamento, di cui si è detto nella sezione precedente. Tuttavia, un diverso percorso argomentativo, fondato sul richiamo al diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, potrebbe rendere più agevole la dimostrazione richiesta. Infatti, il giudice dell'Unione ha avuto modo di chiarire che il principio generale di buona amministrazione (assurto a diritto fondamentale nel quadro della Carta), qualora invocato nell'ambito di un'azione in carenza, comporta che la Corte di giustizia verifichi se l'amministrazione sovranazionale abbia compiuto le proprie valutazioni con diligenza e imparzialità, nonché entro un termine ragionevole (per tutti, v. sentenza del Tribunale del 20 settembre 2011, cause riunite T-400/04 e da T-402/04 a T-404/04, *Arch Chemicals e Arch Timber Protection c. Commissione*, punto 65; sentenza della Corte del 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, *Commissione c. Sytraval e Brink's France*, punto 62). Pertanto, il contenuto di alcuni obblighi imposti all'amministrazione in base all'art. 41 della Carta – quali, a titolo esemplificativo, il dovere di fornire una risposta al soggetto richiedente e di motivare le proprie decisioni – ben potrebbe coincidere con un'eventuale inazione da parte della Commissione rispetto a quanto disposto dal Codice delle migliori pratiche. Così, in una categoria – sebbene ben lungi dall'essere esaustiva – di potenziali omissioni da parte della

Commissione rispetto a quanto disposto dal Codice delle migliori pratiche, l'obbligo suppostamente violato potrebbe trovare il proprio referente normativo nel diritto ad una buona amministrazione ai sensi dell'art. 41 della Carta, permettendo così di superare l'onere argomentativo precedentemente messo in luce.

7. *Considerazioni conclusive: un meccanismo adeguato alla "specificità della procedura in materia di aiuti di Stato"?*

Il presente contributo ha inteso offrire alcune riflessioni rispetto alle criticità che emergono dalla nuova procedura di riesame delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato definita dal combinato del regolamento di esecuzione (UE) 2025/905 e del nuovo Codice delle migliori pratiche. Come richiamato nell'introduzione, l'intervento normativo in commento si è reso necessario per assicurare la conformità dell'ordinamento dell'Unione agli obblighi che derivano dalla Convenzione di Aarhus, soprattutto a seguito dei rilievi critici del relativo Comitato di controllo. A tal fine, la Commissione ha definito un meccanismo distinto da quello previsto dal regolamento (CE) 1367/2006 che, nelle parole della Vicepresidente Ribera, dovrebbe garantire "il giusto equilibrio tra l'accesso alla giustizia nel settore del diritto ambientale dell'Unione e le specificità della procedura in materia di aiuti di Stato" (dichiarazione della Vicepresidente esecutiva della Commissione per una Transizione pulita, giusta e competitiva, Teresa Ribera, cit.).

A seguito dell'analisi proposta, è possibile concludere che né l'uno, né l'altro obiettivo sono stati raggiunti in maniera soddisfacente. Anzi, la scelta della Commissione di introdurre una procedura *ad hoc* mediante *soft law* in luogo di, alternativamente, proporre di estendere alla materia degli aiuti di Stato l'applicazione del regolamento (CE) 1367/2006 o di prevedere un meccanismo analogo ai sensi dell'art. 109 TFUE ha portato i due obiettivi ad elidersi a vicenda.

Con riguardo alla garanzia dell'accesso alla giustizia, la procedura in esame comporta alcune differenze rispetto al regolamento (CE) 1367/2006 che potrebbero dar luogo a profili di incompatibilità con l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus. In particolare, la limitazione alle sole ONG della legittimazione a proporre richieste di riesame, escludendo così gli altri membri del pubblico, rischia di riproporre le medesime censure che l'ACCC aveva formulato rispetto al dettato originario del regolamento (CE)

1367/2006. In secondo luogo, la natura non vincolante sul piano formale delle disposizioni procedurali contenute nel Codice delle migliori pratiche solleva dubbi circa l'efficacia del meccanismo in commento sia sul piano sostanziale, sia di quello dei rimedi. Al riguardo, il contributo ha proposto alcune riflessioni rispetto al possibile superamento della problematica attraverso l'interpolazione tra il Codice delle migliori pratiche e alcune norme di diritto primario, quali il principio di uguaglianza, la tutela del legittimo affidamento e il diritto ad una buona amministrazione.

Nemmeno la "specificità" delle procedure in materia di controllo degli aiuti di Stato parrebbe trovare tutela attraverso la procedura in esame. L'unico meccanismo votato a tale obiettivo – ossia la previsione di una interlocuzione tra la Commissione e lo Stato membro come parte della procedura di riesame – implica una sospensione dei termini per la conclusione della valutazione, frustrando quell'esigenza di celerità che gli Stati membri avevano individuato proprio come parte della "specificità" della materia.

A fronte di simili profili critici, appare dunque opportuno domandarsi se una modifica del regolamento (CE) 1367/2006 per estendere la sua applicazione alle decisioni in materia di aiuti di Stato fosse stata preferibile. A parere di chi scrive, la risposta dovrebbe dirsi positiva. Infatti, quest'ultima scelta avrebbe permesso di evitare ulteriori profili di incompatibilità con la Convenzione di Aarhus. Inoltre, la specificità della materia degli aiuti di Stato avrebbe potuto essere adeguatamente tutelata introducendo nel regolamento il medesimo meccanismo di interlocuzione previsto dal Codice delle migliori pratiche, senza tuttavia prevedere la sospensione dei termini per l'adozione della decisione sul riesame interno.

Vista la novità dell'intervento normativo in commento – adottato a distanza di tre mesi dal presente scritto – solo la prassi applicativa potrà confermare o smentire i rilievi critici qui proposti. Tuttavia, qualora questi ultimi si rivelassero fondati, sarebbe auspicabile una riflessione da parte della Commissione rispetto alla possibilità di rivedere la disciplina nei termini qui suggeriti.

Abstract (ita)

Il regolamento di esecuzione (UE) 2025/905 e il nuovo Codice delle migliori pratiche recentemente adottati dalla Commissione hanno introdotto un meccanismo *ad hoc* di riesame interno degli atti e delle omissioni nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato in relazione a potenziali violazioni della disciplina UE in materia ambientale. Tale intervento costituisce la risposta dell'Unione ai rilievi del Comitato di controllo dell'osservanza della Convenzione di Aarhus, che aveva rilevato come l'inapplicabilità del meccanismo previsto dal regolamento (CE) 1367/2006 alla materia degli aiuti di Stato sia in contrasto con il diritto all'accesso alla giustizia in materia ambientale previsto dalla medesima Convenzione. Secondo la Commissione, la soluzione proposta mira a bilanciare l'accesso alla giustizia ambientale con le peculiarità della procedura di controllo degli aiuti di Stato. Il presente scritto si propone di valutare se l'obiettivo sia stato effettivamente raggiunto, offrendo alcuni spunti di riflessione critica sull'adeguatezza della risposta dell'Unione agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Aarhus.

Abstract (eng)

Implementing Regulation (EU) 2025/905 and the new Code of Best Practices recently adopted by the Commission have introduced an *ad hoc* mechanism for internal review of acts and omissions in the field of State aid control for potential breaches of EU environmental law. This arrangement constitutes the Union's response to the findings of the Aarhus Convention Compliance Committee, which previously highlighted that the inapplicability of the mechanism provided for in Regulation (EC) No 1367/2006 in the State aid control field is incompatible with the right of access to justice in environmental matters provided for in the Convention. According to the Commission, the proposed solution aims to strike a balance between access to environmental justice and the specific characteristics of the state aid control procedure. This paper aims to assess whether this objective has been effectively achieved, offering some critical reflections on the adequacy of the Union's response to its obligations under the Aarhus Convention.

LA DIRETTIVA UE ANTI-SLAPPS IN AZIONE: IL CASO *GREENPEACE INT. C. ENERGY TRANSFER*

Francesca Maoli*

SOMMARIO: 1. Le azioni legali strategiche contro la partecipazione pubblica (SLAPPs): l'azione dell'Unione europea e il caso *Greenpeace Int. c. Energy Transfer*. – 2. La direttiva anti-SLAPPs. – 3. Una prima applicazione della direttiva? – 4. Conclusioni.

1. *Le azioni legali strategiche contro la partecipazione pubblica (SLAPPs): l'azione dell'Unione europea e il caso* Greenpeace Int. c. Energy Transfer

Nel febbraio 2025, la ONG Greenpeace Int. ha radicato un'azione di risarcimento danni contro il gruppo societario Energy Transfer dinanzi alla Corte distrettuale di Amsterdam, a seguito delle multiple iniziative giudiziarie intentate dalla *holding* negli Stati Uniti d'America per contrastare le proteste legate alla costruzione di un oleodotto nello stato del North Dakota (la *Dakota Access Pipeline*). Queste ultime iniziative giudiziarie sono state qualificate da Greenpeace e altre organizzazioni ambientaliste come un tentativo di zittire l'opposizione pubblica attraverso strumenti processuali: si tratta delle cosiddette "SLAPPs" (*Strategic Lawsuits Against Public Participation*), da non molto oggetto di regolamentazione a livello europeo con la recente adozione della direttiva (UE) 2024/1069 sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da domande manifestamente infondate o procedimenti giudiziari abusivi (si veda E. A. ROSSI, *La direttiva (UE) 2024/1069 ("anti-SLAPPs"). Analisi di diritto internazionale privato*, in *rivista.eurojus.it*, 2025, p. 148 ss.).

Le SLAPPs si inseriscono nel più ampio fenomeno della *strategic litigation*, seppure intesa nella sua accezione "negativa", in quanto il loro obiettivo è di piegare la tutela giurisdizionale ad obiettivi ultronei, che si sostanziano nel produrre effetti intimidatori e dissuasivi, oltre a causare ostacoli di natura pratica che possono interferire con le attività dei convenuti, in ragione delle loro attività e/o della posizione che questi rivestono nella società

* RTDA in diritto internazionale, Università degli Studi di Genova) – 14 ottobre 2025.

civile. In particolare, si è osservato che l'impatto negativo delle SLAPPs potrebbe risultare ulteriormente potenziato nell'ipotesi in cui queste presentino elementi di transnazionalità: sebbene le statistiche in questo senso non siano attualmente incisive (CASE, *SLAPPs Report 2024. SLAPPs, in Europe: Mapping Trends and Cases*, December 2024), l'impatto di una SLAPP transfrontaliera potrebbe risultare molto maggiore rispetto ad un'azione puramente "interna", in quanto aumenterebbero le complicazioni e i costi a carico dei convenuti, i quali potrebbero anche trovarsi coinvolti in multipli procedimenti avviati in diversi Stati. Entrano, pertanto, in gioco le norme di diritto internazionale privato.

La direttiva (UE) 2024/1069 si inserisce in quest'ultima prospettiva. Lo strumento si fonda sulla base giuridica dell'art. 81 (2) (f) TFUE, il quale – come noto – consente all'Unione europea di adottare misure volte a garantire "l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri". Da questa prospettiva, le SLAPPs sono considerate un ostacolo al corretto funzionamento della giustizia e la direttiva vorrebbe rappresentare la risposta "europea" al fenomeno.

Il procedimento avviato dinanzi ai giudici olandesi offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni legate al fenomeno delle SLAPPs nel contesto dell'Unione europea, dove è attualmente in corso di trasposizione da parte degli Stati membri la sopracitata direttiva. La vicenda giudiziaria in corso davanti a un giudice di uno Stato membro non solo evidenzia la crescente rilevanza transnazionale di queste pratiche, ma solleva anche interrogativi sull'adeguatezza degli strumenti predisposti dall'Unione per tutelare la libertà di informazione e di espressione, nonché la partecipazione democratica.

2. *La direttiva anti-SLAPPs*

La direttiva (UE) 2024/1069 è entrata in vigore il 6 maggio 2024 e deve ancora essere recepita dagli Stati membri: il termine per l'adozione delle misure di adeguamento nazionali è il 7 maggio 2026 (il Belgio, ad esempio, ha già presentato una proposta legislativa). In larga parte, lo strumento mira a introdurre nei sistemi giuridici nazionali alcune misure volte a garantire determinate garanzie procedurali contro le SLAPP (C. M. MELCHER, *Shielding Speech: Evaluating the European Anti-SLAPP Directive's Efficacy in Curtailing Strategic Lawsuits Aimed at Public Participation*, in *European Union Law Working Papers*, n. 99, 2024).

In linea con i confini dettati dall'art. 81 TFUE per l'esercizio delle competenze nel settore della cooperazione giudiziaria civile, la direttiva intende applicarsi alle questioni che presentano implicazioni transfrontaliere. Secondo quanto previsto dall'art. 5, una controversia è considerata transfrontaliera a meno che entrambe le parti siano domiciliate nello stesso Stato membro del giudice adito e tutti gli altri elementi rilevanti per la situazione in questione si trovino esclusivamente in tale Stato membro. È inoltre specificato che il domicilio è determinato in conformità al regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I-*bis*).

In effetti, come si accennava, la presenza di uno o più elementi di transnazionalità può assumere grande rilevanza nel contesto delle SLAPPs, soprattutto dal punto di vista delle conseguenze che tali azioni possono avere sulle persone che ne costituiscono il bersaglio. D'altro canto, la direttiva consiste in gran parte in disposizioni volte ad armonizzare le norme di diritto processuale civile nazionale, quando il giudice di uno Stato membro si trovi di fronte ad una domanda che presenta le caratteristiche di un "procedimento giudiziario abusivo teso a bloccare la partecipazione pubblica" (nei termini di cui all'art. 4, n. 3) della direttiva). In primo luogo, è previsto che le associazioni, le organizzazioni o altri enti titolari di un legittimo interesse possano intervenire nei procedimenti che presentino le caratteristiche di una SLAPP, per sostenere il convenuto (il quale deve prestare il proprio consenso all'intervento) o per fornire informazioni che ritengano rilevanti per la definizione della lite (art. 9 della direttiva). In secondo luogo, è prevista la possibilità, per i convenuti, di ottenere una garanzia a copertura delle spese processuali e, se previsto dalla *lex fori*, il risarcimento dei danni (art. 10). In terzo luogo, il giudice adito ha la possibilità di adottare (su richiesta di parte o d'ufficio) una decisione di rigetto anticipato della domanda per manifesta infondatezza (art. 11) ferma restando la possibilità dell'attore di dimostrare la fondatezza della domanda (art. 12) e/o di impugnare tale decisione (art. 13). In quarto luogo, la direttiva chiede agli Stati membri di introdurre la possibilità per il giudice adito: *i)* di ordinare all'attore il pagamento di tutte le spese processuali, comprese quelle di rappresentanza legale (a meno che non siano "eccessive") (art. 14); *ii)* di imporre sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive o altre misure appropriate altrettanto efficaci, compreso il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento o la pubblicazione della decisione, se previsto dalla legislazione nazionale (art. 15). È inoltre espressamente previsto che la normativa preveda la possibilità di avvalersi di tali forme di tutela anche nel caso in cui l'attore decida, in corso di causa, di modificare o di ritirare la domanda. Infine, è stabilita la trattazione

in forma accelerata di tutte le richieste presentate dal convenuto in conformità con le disposizioni della direttiva, tenendo conto delle circostanze del caso, della legislazione nazionale, "del diritto a un ricorso effettivo e del diritto a un giudice imparziale" (art. 7).

Da questo breve *excursus* sulle misure che la direttiva impone di introdurre nel diritto processuale civile degli Stati membri, emergono le difficoltà che il legislatore nazionale potrebbe incontrare nel distinguere le SLAPPs che non presentano elementi di transnazionalità da quelle che, invece, ricadono nel campo di applicazione della normativa europea. Potrebbe essere complesso per gli Stati membri introdurre tali misure, limitandone al contempo l'efficacia ai soli procedimenti transfrontalieri. Non stupisce, pertanto, che quest'ultima sia stata accompagnata dalla raccomandazione (UE) 2022/758 della Commissione, del 27 aprile 2022, con la quale si invitano gli Stati membri ad introdurre analoghe misure per il contrasto alle SLAPPs nel proprio diritto nazionale, applicabili anche in assenza dell'elemento transfrontaliero.

La direttiva contiene, inoltre, due disposizioni relative ad aspetti di diritto internazionale privato, sistematicamente collocate nel Capo V ed espressamente qualificate, nella proposta della Commissione, come "accessorie rispetto all'obiettivo principale dell'iniziativa". Si tratta degli artt. 16 e 17, che riguardano entrambi situazioni in cui una SLAPP sia stata intentata non dinanzi ad un giudice europeo, bensì in uno Stato terzo.

In particolare, l'art. 16 stabilisce che gli Stati membri debbano declinare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate in uno Stato terzo, a valle di un procedimento qualificabile come manifestamente infondato o abusivo secondo la legge dello Stato membro in questione. Tale motivo ostativo dovrebbe applicarsi solo nell'ipotesi in cui il convenuto nel procedimento principale (che presenta le caratteristiche di una SLAPP) sia domiciliato in uno Stato membro, che non deve necessariamente essere lo stesso Paese in cui è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale. Al riguardo, il considerando n. 43 precisa che "Spetta agli Stati membri scegliere se negare il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza emessa in un paese terzo in quanto manifestamente contraria all'ordine pubblico o sulla base di un motivo distinto di diniego".

L'art. 17, dal canto suo, mira ad introdurre un titolo di giurisdizione speciale a favore dei giudici europei, ai quali le vittime (domiciliate in uno Stato Membro) di una SLAPP intentata in un Paese terzo potranno rivolgersi per chiedere il risarcimento dei danni subiti ed il rimborso delle spese sostenute in relazione alla SLAPP. In tale ipotesi, il convenuto nella causa di

risarcimento è domiciliato in un Paese terzo: gli Stati membri sono quindi richiesti di introdurre nelle proprie norme di diritto processuale civile internazionale un *forum actoris* (si veda al riguardo C. KOHLER, *Private International Law Aspects of the European Commission's Proposal for a Directive on SLAPPs*, in *gedip-egpil.eu*, 2022).

Ai sensi dell'art. 17, paragrafo 2, gli Stati membri "possono limitare l'esercizio della giurisdizione a norma del paragrafo 1 mentre il procedimento è ancora pendente nel paese terzo". Oltre ad adottare una formulazione piuttosto nebulosa, che non prevede alcun obbligo vincolante per i tribunali nazionali, questa disposizione rende evidente che l'art. 17 è concepito come un rimedio *ex post*, che potrebbe non essere in grado di funzionare quando la SLAPP è ancora in corso. Un altro elemento che potrebbe indebolire gli effetti deterrenti e protettivi della disposizione è che l'art. 17 (al contrario della scelta operata dall'originaria proposta legislativa) non troverà applicazione rispetto alle SLAPP avviate, in un Paese terzo, da ricorrenti domiciliati in uno Stato membro.

3. *Una prima applicazione della direttiva?*

Nelle more del termine per l'attuazione delle disposizioni della direttiva anti-SLAPPs da parte degli Stati membri (attualmente oggetto di un gruppo di lavoro istituito sotto l'egida della *European Association of Private International Law*), una controversia portata all'attenzione delle autorità giurisdizionali olandesi vede già invocare l'applicazione della normativa europea.

Come si accennava, la vicenda si inserisce nel contenzioso tra il gruppo societario statunitense Energy Transfer e Greenpeace Int., a seguito delle proteste e opposizioni organizzate da diverse organizzazioni e associazioni ambientaliste contro la costruzione del discusso oleodotto *Dakota Access Pipeline*. Nel 2017 Energy Transfer ha intentato una causa contro Greenpeace Int. ed altre realtà ad essa collegate ai sensi della legge federale statunitense, in particolare il *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), accusandole di attività di *racketing*, diffamazione e incitamento all'ecoterrorismo. I convenuti, nel respingere le accuse, hanno eccepito la qualificazione delle iniziative giudiziarie come SLAPPs, in quanto avrebbero costituito un tentativo di mettere a tacere l'attivismo legittimo e la l'opposizione pubblica rispetto all'opera.

Dopo il rigetto della domanda da parte del tribunale distrettuale federale, Energy Transfer ha depositato un'ulteriore iniziativa giudiziaria dinanzi

al tribunale statale distrettuale del North Dakota (Contea di Morton). Nel marzo 2025, la giuria ha ritenuto Greenpeace Int., Greenpeace, Inc. e Greenpeace Fund, Inc. responsabili di diffamazione e altre accuse relative al loro coinvolgimento nelle proteste, riconoscendo a Energy Transfer e alle sue controllate oltre 660 milioni di dollari di risarcimento danni. Ancor prima che il tribunale distrettuale statale emettesse il suo verdetto, Greenpeace Int., con sede nei Paesi Bassi, ha avviato una causa dinanzi alla Corte distrettuale di Amsterdam, chiedendo a Energy Transfer il pagamento di una somma analoga a titolo di risarcimento (una traduzione in lingua inglese dell'atto introduttivo del giudizio è disponibile qui; si vedano altresì C. ECKES, P. PAIEMENT, *Silencing Greenpeace: Can the EU Prevent the Chilling Effect on Democracy From Crossing the Atlantic?*, in *VBlog*, 21 March 2025).

Nel procedimento avviato da Greenpeace Int. in Olanda, la giurisdizione della Corte distrettuale di Amsterdam è invocata sulla base di diversi presupposti. In primo luogo, l'art. 6, lettera e), del Codice di procedura civile olandese, secondo cui "i tribunali olandesi sono competenti anche in materia di: [...] e) obbligazioni derivanti da un atto illecito, se l'evento che ha causato il danno si è verificato o può verificarsi nei Paesi Bassi" (traduzione fornita dall'Autrice). La scelta di non fondare la giurisdizione sul foro speciale previsto dall'art. 7, n. 2) del regolamento Bruxelles I-*bis* è dipesa dalla circostanza per cui il domicilio di Energy Transfer è da localizzarsi in uno Stato terzo. Ad ogni modo, gli attori si basano su un'interpretazione della legislazione nazionale alla luce del diritto UE, considerando che – secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia – la giurisdizione può fondarsi sia sulla base del luogo in cui è stato commesso l'atto che ha causato il danno, sia del luogo in cui si è verificato quest'ultimo. Pertanto, questo secondo criterio contribuisce a radicare la giurisdizione presso i giudici olandesi.

In secondo luogo, Greenpeace Int. promuove l'applicazione dell'articolo 17 della direttiva anti-SLAPPs, avvalendosi del *forum actoris*. È opportuno sottolineare che il termine per l'attuazione della direttiva da parte degli Stati membri non è ancora scaduto (al momento, solo Malta e Romania hanno ufficialmente comunicato le rispettive misure di attuazione). Deve tuttavia segnalarsi che la posizione dei Paesi Bassi è particolare: il governo ha già assunto la posizione secondo cui il diritto civile olandese prevede già la maggior parte delle misure prescritte dalla direttiva (sull'argomento si veda B. VAN HOUTERT, *Progress and Challenges for SLAPP Targets from the Perspective of EU and Dutch PIL*, in *EAPIL Blog*, 18 February 2025).

Come noto, la possibile attribuzione di effetti diretti alle disposizioni

contenute in una direttiva non trasposta a livello nazionale – pur essendo oggetto di ampia discussione – dipende, tradizionalmente, dal rispetto di alcune condizioni (nell'impossibilità di approfondire l'argomento in questa sede, si rinvia a R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2024, p. 198 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023, p. 204 ss.). In particolare, la disposizione dovrebbe essere sufficientemente chiara, precisa e incondizionata, in modo da consentire una applicazione autonoma da parte delle autorità giurisdizionali senza la necessità di "intermediazione" da parte della legislazione nazionale. Sarebbe, inoltre, ammessa la produzione di soli effetti diretti di natura verticale e non nell'ambito di rapporti tra privati. Peraltro, come noto, si tratta di parametri che sono stati oggetto di temperamenti nel corso del tempo, per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia (in argomento M. BOBECK, *Why It Is Better to Treat Every Provision of EU Directive sas Having Horizontal Direct Effect*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2023, p. 211 ss.; si veda inoltre L. CECCHETTI, *Something new under the Sun: The direct effect of directives* plus *Article 47 Charter in horizontal situations in the K.L. judgment*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024, p. 1 ss.).

È dubbio se la formulazione dell'articolo 17 della direttiva anti-SLAPPs potrebbe, in effetti, considerarsi autosufficiente ed idonea ad essere direttamente applicata da parte delle autorità nazionali: qualora un ricorrente domiciliato al di fuori dell'Unione europea abbia intentato una SLAPP dinanzi a un organo giurisdizionale di un Paese terzo contro una persona fisica o giuridica domiciliata in uno Stato membro, la giurisdizione di quest'ultimo dovrà prevedere rimedi adeguati affinché la vittima "possa chiedere, dinanzi agli organi giurisdizionali del luogo in cui tale persona è domiciliata, il risarcimento dei danni e delle spese sostenute in relazione al procedimento dinanzi all'organo giurisdizionale del paese terzo". La disposizione stabilisce già il domicilio della vittima di SLAPP titolo di giurisdizione atto a fondare questo tipo di azioni, ma nondimeno richiede agli Stati membri di individuare le forme, le modalità e il contenuto dei sopracitati rimedi. Inoltre, nelle more del termine per l'attuazione della direttiva – e nonostante la già citata posizione espressa dell'ordinamento olandese – è discutibile l'opportunità di attribuire alla stessa effetti diretti. In ogni caso, come si ricordava, tali effetti potrebbero avere rilevanza soltanto in rapporti di natura verticale e non interesserebbero pertanto il caso di specie.

Sembra quindi potersi affermare che i ricorrenti, nella controversia in esame, abbiano invocato l'art. 17 della direttiva anti- SLAPPs *ex abundantia*

cautela nel contesto di altri titoli di giurisdizione applicabili alla fattispecie, già previsti dal diritto nazionale ed idonei a radicare la controversia dinanzi alla Corte distrettuale di Amsterdam.

Da ultimo, l'azione di risarcimento è stata intentata prima che i tribunali statunitensi adottassero una propria decisione. In effetti, l'art. 17 della direttiva consente di avviare la causa di risarcimento danni anche prima che la SLAPP nello Stato terzo si sia conclusa con una determinazione del giudice. D'altro canto, occorre dare atto del già citato par. 2 dell'art. 17, che prevede la possibilità per il giudice adito di "limitare l'esercizio della giurisdizione" in pendenza del procedimento abusivo nello Stato terzo e quindi, in sostanza, di sospendere il procedimento.

4. *Conclusioni*

L'iniziativa giudiziaria in commento costituisce uno dei primi casi in cui le autorità giurisdizionali degli Stati membri saranno chiamate a confrontarsi con un'azione di risarcimento dei danni causati da una SLAPP intentata al di fuori dei confini dell'Unione europea. Ciononostante, vi sono ancora molte variabili rispetto all'effettiva applicazione del foro speciale di cui all'art. 17 della direttiva anti-SLAPPs, che potrebbe risultare ancora prematura sotto diversi profili.

Nel complesso, le SLAPPs presentano indubbiamente diversi aspetti critici qualora siano caratterizzate da elementi di transnazionalità (come nel caso di specie) e sia quindi necessario ricorrere alla normativa di diritto internazionale privato. La direttiva anti-SLAPPs non affronta il tema in modo complessivo, limitandosi – come si accennava – ad introdurre misure esclusivamente dedicate alle azioni bavaglio radicate in uno Stato terzo. Ciononostante, il tema mantiene al sua rilevanza e potrà costituire oggetto di valutazione qualora il legislatore europeo avrà intenzione di avviare riforme nel settore della cooperazione giudiziaria civile, come dimostrano le recenti relazioni della Commissione europea sull'applicazione del regolamento Bruxelles I-*bis* (COM (2025) 268final) e del regolamento Roma II (COM (2025)20final). Occorre tuttavia osservare che entrambe le relazioni, pur menzionando le azioni bavaglio, non sembrano aver inserito le stesse tra gli specifici settori di intervento che potrebbero interessare le future riforme dei regolamenti.

A ciò si accompagnano le difficoltà che caratterizzano la qualificazione

di un'azione (o di un insieme di azioni) giurisdizionali come SLAPPs, specialmente quando si tratta di iniziative avviate e svoltesi in uno Stato terzo. Nel valutare la fondatezza delle accuse portate avanti da Greenpeace Int. contro il gruppo Energy Transfer, i giudici nazionali dovranno effettuare una valutazione approfondita del procedimento intentato negli Stati Uniti d'America, per valutare se esso soddisfa i parametri previsti dalla definizione di SLAPP fornita dalla direttiva.

Abstract (ita)

La direttiva (UE) 2024/1069 (c.d. direttiva anti-SLAPPs) rappresenta la risposta "europea" al fenomeno dei procedimenti giurisdizionali abusivi contro la partecipazione pubblica. Nelle more del termine per l'attuazione delle disposizioni della direttiva anti-SLAPPs da parte degli Stati membri, una controversia portata all'attenzione della Corte distrettuale di Amsterdam vede già invocare l'applicazione della normativa europea. La ONG Greenpeace Int. ha infatti radicato un'azione di risarcimento danni contro il gruppo societario Energy Transfer a seguito delle multiple iniziative giudiziarie intentate dalla *holding* negli Stati Uniti d'America nell'ambito del contenzioso relativo al progetto della *Dakota Access Pipeline*. La vicenda, attualmente all'esame dei giudici olandesi costituisce un banco di prova significativo per la verifica dell'efficacia e della portata applicativa della direttiva in contesti transnazionali. L'analisi si concentra in particolare sull'art. 17 della direttiva, che introduce un foro speciale (*forum actoris*) a favore delle vittime di SLAPP domiciliati in Stati membri e mira a consentire loro di agire in risarcimento nei confronti degli autori di azioni abusive promosse in Paesi terzi.

Abstract (eng)

The Directive (EU) 2024/1069 ("anti-SLAPPs Directive") represents the "European" response to the phenomenon of abusive lawsuits against public participation. Pending the deadline for Member States to implement the provisions of the Directive, a dispute brought before the District Court of Amsterdam has already invoked the application of the EU legislation. The NGO Greenpeace Int. has filed a claim for damages against the Energy Transfer group following multiple legal actions brought by the latter in the United States of America in connection with the dispute over the Dakota Access Pipeline project. The case, currently under consideration by the Dutch court, is likely to be a significant stress-test for verifying the effectiveness and scope of application of the directive in transnational contexts. The analysis focuses in particular on Article 17 of the directive, which introduces a special forum (*forum actoris*) for SLAPP victims domiciled in Member States and aims to enable them to seek compensation from the perpetrators of abusive actions brought in third countries.

ALACE E CANPELLI, PRIMA, DOPO E DURANTE: BREVE RESOCONTO DI UN'EPOPEA MODERNA

Irene Marchioro*

SOMMARIO: 1. Il contesto della decisione: il protocollo Italia–Albania nella sua formulazione originaria e la sentenza *CV* della Corte di giustizia. – 2. Gli sviluppi successivi alla sentenza *CV*: le modifiche al funzionamento del protocollo e i nuovi dubbi di legittimità. – 3. Lo (scemante) interesse verso la questione dell'applicabilità del diritto UE alle fattispecie rientranti nel quadro del protocollo. – 4. *Alace* e *Canpelli*: le domande, l'udienza, le conclusioni dell'Avvocato generale. – 5. *Alace* e *Canpelli*: la sentenza.

1. *Il contesto della decisione: il protocollo Italia–Albania nella sua formulazione originaria e la sentenza* CV *della Corte di giustizia*

Il primo agosto è stata pubblicata l'attesa sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia nelle cause riunite C-758/24 e C-759/24, *Alace* e *Canpelli*, in cui la Corte si pronuncia su alcune questioni relative alla designazione di un Paese di origine come sicuro ai fini dell'applicazione dell'art. 37 della direttiva 2013/32 (d'ora in avanti: direttiva procedure), nonché sul potere-dovere dei giudici comuni di valutare la conformità alla direttiva di una designazione operata tramite atto avente forza di legge. In Italia, il caso ha avuto grandissima risonanza mediatica, poiché il suo esito si ripercuote sul funzionamento del sistema di esternalizzazione delle domande di asilo che ruota attorno al cd. protocollo Italia–Albania.

Qui di seguito ci si propone di illustrare in modo organico, per quanto necessariamente sintetico, i principali snodi della vicenda e i punti di diritto controversi. Inizialmente, si cercherà di offrire uno sguardo di insieme sul contesto, tanto nazionale quanto sovranazionale, nel quale è calata la decisione. Si ripercorreranno, anzitutto, i tratti salienti del sistema di esternalizzazione delle domande di asilo incentrato sul protocollo Italia–Albania. Si richiameranno, poi, le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in tema di

* Ricercatrice RTT in diritto dell'Unione europea, Università di Padova) – 8 dicembre 2025.

Paesi di origine sicuri nel caso C-406/22, deciso a ottobre 2024 e le ripercussioni di quella sentenza su quel sistema di esternalizzazione. In seguito, si evidenzieranno alcune questioni giuridiche che erano emerse con forza all'indomani della pubblicazione del protocollo, le quali, tuttavia, non sono state sottoposte alla Corte con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale su cui si è pronunciata la Corte nella sentenza in commento. Verranno quindi analizzati i profili più rilevanti dell'udienza e delle conclusioni dell'Avvocato generale in quel caso. Infine, si ripercorreranno gli argomenti posti dalla Corte a fondamento dei principi di diritto enunciati nella sua decisione.

Come accennato, il protocollo siglato tra i governi italiano e albanese nel 6 novembre 2023, entrato in vigore il 25 marzo 2024, ha istituito una peculiare forma di esternalizzazione delle procedure di asilo (v. S. MONTALDO, *Not in my Backyard! Outsourcing EU Asylum Procedures to Third Countries: A Challenge for the Common European Asylum System*, in *CMLR*, 2025, p. 343 ss.). La nozione di esternalizzazione, che non ha una definizione univoca, si riferisce a un coacervo di pratiche poste in essere dagli Stati interessati da fenomeni di immigrazione, le quali hanno come obiettivo quello di impedire ai migranti richiedenti asilo l'accesso al territorio, o di disporne l'allontanamento dal territorio prima di aver esaminato la relativa richiesta, demandando, tramite strumenti giuridici differenti, queste funzioni a Paesi terzi (cfr. A. DE LEO, *On the Incompatibility of the Italy-Albania Protocol with EU Asylum Law*, in *SIDIblog*, 2023). Nel caso specifico del protocollo Italia-Albania, il modello di esternalizzazione delineato dall'esecutivo prevedeva che taluni richiedenti asilo fossero condotti e trattenuti in centri *ad hoc* creati in Albania, ma che le relative domande d'asilo venissero gestite dalle autorità italiane. Tale compito, quindi, non sarebbe ricaduto sulle autorità del Paese terzo, come era invece accaduto, per esempio, nel caso delle esternalizzazioni dal Regno Unito al Rwanda (sul punto, v. in particolare D. THYM, *Safe Third Countries: the next 'Battlefield'*, in *eumigrationlawblog*, 2024). Il protocollo prevedeva espressamente, in particolare, che le domande di asilo venissero gestite dalle autorità amministrative e giurisdizionali italiane e disciplinate dalla normativa italiana e dell'Unione europea (v. A. SACCUCCI, *Il protocollo Italia-Albania sulla «dislocazione» extraterritoriale dei migranti*, in *RDI*, 2024, p. 651)

Nella prima fase di funzionamento dell'accordo, le strutture costruite in territorio albanese dovevano servire allo svolgimento delle procedure di registrazione dei richiedenti asilo, al loro trattenimento in attesa della decisione sulla domanda di protezione internazionale e al rimpatrio, nel caso di

rigetto della domanda o quando il loro ingresso e la loro permanenza in territorio italiano fossero considerati ad altro titolo irregolari. Inoltre, l'art. 3, comma 2, della legge di ratifica ed esecuzione del protocollo (l. n. 14/2024) chiariva che in quelle strutture avrebbero potuto essere condotte unicamente "persone imbarcate su mezzi delle autorità italiane all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione Europea, anche a seguito di operazioni di soccorso".

Nel complesso, la finalità della costosa e giuridicamente ardita operazione così messa in piedi era quella di produrre un effetto deterrente, tale da scoraggiare nuove partenze verso il territorio italiano di migranti provenienti da Paesi indicati come sicuri dal nostro Paese. Tuttavia, fin dal primo momento il protocollo ha destato forti perplessità in dottrina, legate anzitutto alla (im)possibilità di garantire il rispetto di alcune delle più basilari regole di diritto internazionale ed europeo in materia di salvataggio in mare e di protezione internazionale. Numerosi rilievi sono stati sollevati, in particolare, circa una possibile incompatibilità del sistema così messo in piedi con l'obbligo di fonte internazionale di assicurare lo sbarco delle persone intercettate via mare nel più breve tempo possibile, con la necessità, imposta dal diritto UE e non solo, di salvaguardare l'accesso di organizzazioni della società civile e di difensori, ed ancora circa la difficoltà di garantire adeguate procedure di pre-*screening*, di pre-identificazione e di informativa legale all'interno di navi, per citare solo le criticità più evidenti (cfr. A. SACCUCCI, *op. cit.*, p. 658 ss.; v. anche il rapporto *Oltre la frontiera* del Tavolo asilo e immigrazione).

Pur di fronte a queste evidenti criticità, la reazione delle istituzioni politiche europee (Commissione e Consiglio in testa) e degli altri Stati membri è stata tendenzialmente interessata, spesso positiva, a volte entusiastica. La Presidente della Commissione europea, in particolare, ha manifestato apertamente il suo apprezzamento, considerando l'esperimento italiano un modello innovativo che denota un modo di pensare fuori dagli schemi (cfr. A. DE LEO, *Managing Migration the Italian Way*, in *VBlog*, 2024).

Con buona pace dei facili entusiasmi di una certa politica, resta che la buona riuscita del protocollo dipende per l'essenziale dal rispetto dei molti vincoli giuridici rilevanti in materia e, in primo luogo, dalla "solidità" dell'elenco, di fonte governativa, dei cd. Paesi di origine sicura.

Infatti, il trattenimento dei richiedenti asilo nelle aree all'uopo predisposte in territorio albanese si giustifica in ragione del fatto che le loro domande di protezione internazionale sono sottoposte ad una procedura accelerata di frontiera (cfr. art. 3, co. 3, l. 14/2024, che equipara quelle aree "alle

zone di frontiera o di transito individuate dal decreto del Ministro dell'interno adottato ai sensi dell'articolo 28-*bis*, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25"). Ora, tale procedura si applica o laddove i richiedenti asilo abbiano presentato domanda alla frontiera ovvero in zona di transito dopo essere stati fermati per avere eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera, oppure – caso statisticamente più significativo e specificamente valorizzato dal meccanismo normativo costruito per l'attuazione del protocollo – quando essi provengano da Paesi di origine designati come sicuri dall'esecutivo. Va da sé che, laddove quella designazione sia posta in essere in violazione delle condizioni a cui essa è subordinata dal diritto UE, viene meno la base giuridica per l'applicazione della procedura di frontiera e per il trattenimento di quei richiedenti asilo, con la conseguenza che i provvedimenti di trattenimento in Albania non possono essere convalidati, e le eventuali decisioni di rigetto per manifesta infondatezza delle domande di protezione devono essere riformate. Se così è, quei richiedenti vanno ricondotti in Italia, come è accaduto sin dalle prime fasi dell'applicazione di quel protocollo, determinando, nei fatti, il fallimento del progetto di esternalizzazione. Si tratta infatti di un sistema che presuppone la stabilità, almeno tendenziale, dell'elenco di Paesi che giustificano, in ragione della loro sicurezza, l'applicazione della procedura accelerata di frontiera e il conseguente trattenimento dei richiedenti in territorio albanese. (Sulle diverse discipline, susseguitesi nel tempo, della designazione di Paesi come di origine sicura v. S. PEERS, *The Italy / Albania asylum treaty reaches the CJEU: what are the issues?*, in *EU Law Analysis*, February 2025; per le implicazioni giuridiche della designazione di un Paese come di origine sicura, v. *ex multis* F. CHERUBINI, *Paesi di origine "sicuri" e Sistema comune europeo di asilo*, in questa *Rivista*, 2024).

La prassi applicativa del protocollo e del regime interno italiano che ne prevede le condizioni di funzionamento mostra fin da subito una forte tensione tra le affermazioni dell'esecutivo e i provvedimenti giurisdizionali del giudice dei diritti e delle libertà (il diritto d'asilo e la libertà personale) che quel regime inevitabilmente comprime. È in questo contesto che viene sollevata da più parti – *in primis*, e con toni molto accesi, dall'esecutivo – la questione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulla designazione governativa di un Paese di origine sicura, su cui la Corte si pronuncia con grande chiarezza nella sentenza in commento. Il tema della sindacabilità delle liste governative di Paesi di origine sicura era in effetti … caldissimo già a seguito della pronuncia resa nell'ottobre 2024 della Grande sezione della Corte di giustizia su un caso proveniente dalla Repubblica Ceca (C-

406/22, *CV*: per un commento, v. A. DI PASCALE, *Safe Countries of Origin: whose Margin of Appreciation? Case C-406/22, CV, and Its Impact in the Application of the Italy – Albania Protocol*, in *ELL*, 2024). In quel frangente, oltre a chiarire che non è ammissibile, nel vigore della direttiva procedure, una designazione di un Paese di origine come sicuro con l'eccezione di alcune porzioni di territorio, la Corte aveva sottolineato con forza il ruolo del giudice nazionale nella valutazione di domande di soggetti provenienti da Paesi di origine sicura, invitandolo a non affidarsi acriticamente alle valutazioni governative. Piuttosto, nel contesto dell'"esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto" che il giudice è chiamato ad operare, questi è tenuto a rilevare l'eventuale violazione delle condizioni sostanziali della designazione di un Paese come sicuro, anche se tale violazione non sia stata espressamente fatta valere dal ricorrente.

2. *Gli sviluppi successivi alla sentenza* CV*: le modifiche al funzionamento del protocollo e i nuovi dubbi di legittimità*

In Italia, l'effetto immediato della sentenza resa dalla Corte sulla pregiudiziale ceca era stato quello di bloccare i primi trasferimenti di richiedenti asilo verso i centri albanesi, i quali sarebbero dovuti avvenire proprio a ottobre dello scorso anno. I relativi trattenimenti, infatti, non erano stati convalidati dal giudice competente, alla luce del fatto che i Paesi di provenienza di quei richiedenti – in particolare, Egitto e Bangladesh – non potevano ritenersi sicuri, data la presenza di ampie categorie di persone a rischio di persecuzione. Sin dalle prime settimane seguenti alla pronuncia nel caso ceco, inoltre, si sono moltiplicati i rinvii pregiudiziali di giudici italiani alla Corte di giustizia. A dicembre 2024, se ne contavano già quattordici, provenienti di quattro diversi giudici (cfr. P. IANNUCCELLI, *"Paesi d'origine sicuri": la situazione processuale delle cause pendenti davanti alla Corte di giustizia*, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 3, 2024). A febbraio 2025, poi, il loro numero era salito addirittura a quarantatré (S. MORLOTTI, *Mattoncini di lego in Corte di giustizia: La designazione dei Paesi di origine sicuri. Udienza di Grand Chambre del 25 febbraio 2025, cause riunite C-758/24* Alace *e C-759/24* Canpelli, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 1, 2025). A questi rinvii "comunitari" si era nel frattempo aggiunto anche un rinvio "interno" in Corte di cassazione. La Cassazione ne aveva sospeso la trattazione in attesa della sentenza della Corte di giustizia sui casi *Alace* e *Canpelli* (ordinanza n.

22146/2024) non senza, però, aver formulato una propria posizione interlocutoria sul tema dei Paesi sicuri, favorevole alla designazione di Paesi sicuri con l'eccezione di talune categorie di persone.

In questo contesto, l'esecutivo si è fortemente esposto in posizioni di critica aperta alle pronunce dei giudici di merito, accusandoli di attivismo politico (cfr. ancora A. DI PASCALE, *op. cit.*). Dal punto di vista tecnico, invece, l'esecutivo è intervenuto con tre novità normative.

In primo luogo, le mancate convalide ai trattenimenti hanno spinto il governo a sostituire il decreto ministeriale con cui venivano designati i Paesi sicuri con un decreto-legge (d.l. 23 ottobre 2024, n. 158, poi confluito nella legge 9 dicembre 2024, n. 187, di conversione del precedente d.l. c.d. "flussi"). Dietro a questa scelta si nascondeva, con ogni probabilità, l'idea (o la pretesa?) che i giudici nazionali non si spingessero fino a disapplicare una norma contenuta in un atto avente forza di legge, anziché in una fonte di rango secondario o in un atto amministrativo (sul punto cfr. anche P. VERONESI, *La decretazione d'urgenza in materia di "Paesi sicuri": una "confluenza" di decreti tra inopportunità e illegittimità*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2025, p. 3). Questa scelta ha comportato, peraltro, un irragionevole irrigidimento del sistema di designazione dei Paesi sicuri (cfr. sul punto anche M. BORRACCETTI, *Il trattenimento off-shore negato: prime note sull'ordinanza del Tribunale di Roma, con uno sguardo al futuro*, in *EJ*, n. 4, 2024, in particolare p. 8).

Inoltre, a seguito di quella sentenza, nell'elenco dei Paesi di origine sicura italiano sono scomparsi quei Paesi considerati sicuri, ma con eccezioni territoriali. Sono invece rimaste inalterate le eccezioni personali, che sono state oggetto di valutazione della Corte di giustizia in *Alace* e *Canpelli*.

Infine, la competenza per le convalide dei trattenimenti è stata modificata e concentrata in capo alla Corte d'appello di Roma.

Alcuni mesi più tardi è intervenuta un'ulteriore e rilevante modifica normativa. Il d.l. n. 37 del 28 marzo 2025 ha infatti ha esteso l'ambito soggettivo delle norme sul trattenimento in Albania. In particolare, il decreto ha stabilito che potranno essere trattenuti nei centri albanesi anche stranieri già trattenuti in Italia (e non, quindi, solo quelli intercettati via mare e condotti direttamente nel Paese balcanico) sulla base di provvedimenti convalidati in precedenza (v. sul punto v. R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero in Albania ex art. 14 d.lgs. 286/1998 alla luce delle nuove norme del decreto-legge n. 37 del 2025*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2025, p. 7 ss.). Ebbene, la novella è stata a sua volta, e con grande rapidità, oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, da parte della 1° sezione penale

della Corte di cassazione (Cass. sez. I pen. ord. n. 23105 del 29 maggio 2025). La Cassazione, in particolare, ha evidenziato possibili profili di incompatibilità della nuova disciplina tanto con la direttiva rimpatri, quanto con la direttiva procedure. Sotto il primo profilo, la suprema corte ha rilevato, da un lato, la mancanza di un quadro giuridico relativo ai rimpatri a partire dall'Albania e, dall'altro lato, l'assenza di un potere illimitato di trasferimento verso un Paese terzo che non sia né quello di origine, né un Paese di transito, senza il consenso dell'interessato. Sotto il secondo profilo, invece, la Cassazione ha espresso dubbi circa l'ammissibilità di una disciplina nazionale che prevede il trattenimento in Albania di un migrante, destinatario di un provvedimento di espulsione dall'Italia, se questi, dopo essere stato ivi condotto, presenti una domanda strumentale di protezione internazionale (per tutti questi profili v. ancora R. CHERCHI, *op. cit.*, p. 20 ss.).

3. *Lo (scemante) interesse verso la questione dell'applicabilità del diritto UE alle fattispecie rientranti nel quadro del protocollo*

Così delineate, per sommi capi, le vicende che hanno contraddistinto i mesi che hanno preceduto la pubblicazione della sentenza *Alace* e *Canpelli*, pare opportuno riportare alla mente una questione che ha fortemente interessato la dottrina al momento dell'entrata in vigore del protocollo ma su cui l'attenzione, in qualche misura, è andata poi scemando, anche perché gli argomenti spesi prima in udienza, poi nelle conclusioni dell'Avvocato generale e, infine, nella sentenza, non vi hanno dato alcun rilievo.

Mi riferisco al tema dell'applicabilità del diritto dell'Unione europea alle operazioni di soccorso e alla gestione delle domande di protezione internazionale condotti in attuazione dell'accordo Italia–Albania, nella prima versione del suo utilizzo. Fin da subito, in effetti, si era notato come la limitazione dell'applicazione del protocollo ai migranti intercettati fuori dal mare territoriale italiano o di altro Stato membro avrebbe potuto determinare la non applicabilità del diritto UE a quelle fattispecie (cfr. in questo senso L. GALLI, L. GROSSI, *Il protocollo Italia – Albania al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea: un commento all'ordinanza di rinvio del Tribunale di Roma*, in *DPCE*, 2025, p. 124; S. MONTALDO, *op. cit.*, p. 352 ss.). Quelle preoccupazioni si giustificavano anche alla luce di dichiarazioni della stessa commissaria per gli Affari interni, Ylva Johansson, la quale aveva dichiarato che, secondo una prima valutazione del servizio giuridico della Commissione, l'accordo non avrebbe violato il diritto UE poiché si sarebbe

posto "al di fuori" questo. Questa dichiarazione, che ha suscitato fin da subito perplessità (v. M. SAVINO, F. V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in *ADiM Blog*, novembre 2023), rifletteva l'ambiguità di un sistema che pretende di trattare casi territorialmente localizzati fuori dall'Italia dando applicazione, per scelta unilaterale, al diritto italiano e dell'Unione europea. Un'ipotesi, insomma, di giurisdizione italiana in territorio straniero, cui andrebbe applicato il diritto UE per determinazione delle stesse autorità italiane.

Ora, è sicuramente ragionevole ritenere che le modalità di funzionamento dell'accordo non ostino alla – e, anzi, *richiedano* una – applicazione integrale del diritto dell'Unione europea, pena la violazione della competenza esterna dell'UE in materia di asilo, nella misura in cui l'accordo bilaterale con l'Albania andrebbe a "incidere su norme comuni", secondo la formulazione dell'art. 3 (2) TFUE (v. l'audizione di C. FAVILLI dell'8 gennaio 2024). La Corte d'appello di Roma, peraltro, ha sollevato un recentissimo rinvio pregiudiziale relativo proprio alla potenziale violazione della competenza esclusiva dell'Unione derivante dal fatto stesso di aver concluso un accordo internazionale tra uno Stato membro e uno Stato terzo in materia migratoria (ordinanza della Corte d'appello di Roma, sezione persona, famiglia, minorenni e protezione internazionale, 5 novembre 2025). Del resto, l'estensione della competenza della Corte di giustizia in situazioni puramente interne regolate, per volontà del legislatore nazionale, dal diritto dell'Unione europea, porta a ritenere che, anche in questo caso, sussista la giurisdizione della Corte (per i casi in cui la Corte di giustizia ha esteso l'ambito di applicazione del diritto UE anche a situazioni extraterritoriali, cfr. E. CELORIA, A. DI LEO, *Il protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2024, p. 15 ss.).

Non vale a negare quanto appena scritto il fatto che l'art. 4 della l. n. 14/2024 stabilisca che ai migranti trasferiti in Albania si applicherebbero le normative italiana e europea solo "in quanto compatibili", con una clausola che non è azzardato definire "coloniale" (il riferimento è alla relazione di C. FAVILLI nel corso del VII Convegno annuale AISDUE "Unione europea e territorio: tra sovranità, regole e coesione", non ancora pubblicata) e verosimilmente incompatibile con i Trattati (cfr. anche B. CORTESE, *Dai paesi (terzi) di origine sicuri a un paese fondatore non più così sicuro del suo posto nel diritto dell'Unione: riflessioni a margine di Corte di giustizia, sentenza 1° agosto 2025, cause riunite c758/24 e c-759/24, Alace e Canpelli*, in *Diritto,*

immigrazione e cittadinanza, n. 3, 2025, p. 3). Allo stesso tempo, va però detto che il SECA dovrebbe avere un'applicazione strettamente territoriale, tanto che la stessa direttiva procedure esclude l'applicazione delle proprie regole a domande d'asilo presentate al di fuori del territorio dell'Unione, delle zone di confine e delle acque territoriali, e lo stesso fanno la direttiva accoglienza e il regolamento Dublino. L'applicazione integrale del diritto UE alle situazioni regolate dal Protocollo non era pertanto scontata (v. M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in *ADiM Blog*, 2024, p. 7).

In questo panorama frammentato e contradditorio, la dottrina si era quindi sforzata di immaginare percorsi argomentativi solidi per giustificare l'applicazione del diritto dell'Unione europea (v. E. CELORIA, A. DI LEO, *op. cit.*, p. 11 ss.). Alcuni di questi percorsi si basavano sulla tesi della portata extraterritoriale del diritto UE, altri invece seguivano l'idea per cui avrebbe operato, sulle aree albanesi sottoposte alla giurisdizione italiana, una *fictio iuris* di appartenenza al territorio italiano e, quindi, al territorio dell'Unione (v. in particolare L. GALLI, L. GROSSI, *op. cit.*, p. 133 ss.). Ancora, si è evidenziato, per esempio, che il protocollo stesso prevede come normali talune dislocazioni di migranti da uno Stato all'altro (per esempio nel caso di soggetti vulnerabili o di persone rispetto alle quali siano scaduti i termini massimi del trattenimento), così determinando una continua interazione tra la dimensione interna e esterna del SECA (cfr. S. MONTALDO, *op. cit.*, p. 356).

Come anticipato, tuttavia, questa vivace discussione ha perso, nel corso dei mesi, molta della sua spinta iniziale, e progressivamente l'attenzione si è andata a concentrare su altri temi. Questo è dipeso, mi pare, principalmente dal fatto che lo stesso governo italiano, nelle sue difese, non ha mai cercato di argomentare contro l'applicazione del diritto dell'Unione a situazioni ricadenti nel quadro del protocollo, né contro la giurisdizione della Corte di giustizia. Ha, invece, contestato l'ammissibilità del rinvio sotto i profili dell'irrilevanza e della mancata indicazione dei motivi di incompatibilità della disciplina italiana con il diritto dell'Unione. A queste censure, la Corte ha risposto ricordando che "poiché il giudice del rinvio stabilisce il contesto di diritto nazionale e di fatto dei procedimenti principali sotto la propria responsabilità, non spetta alla Corte verificare le premesse sulle quali si basano dette questioni" (punto 41). E tra tali premesse si annovera probabilmente anche il superamento di eventuali dubbi circa l'applicabilità del diritto UE a procedure d'asilo svolte in Albania e la relativa giurisdizione della Corte di giustizia a quei casi.

A prescindere dalla (mancata) occasione di avere indicazioni dalla Corte sulla possibile applicazione extraterritoriale del diritto UE in materia di asilo, va detto che il silenzio del governo italiano sul punto non è – con ogni probabilità – disinteressato. Come illustrato più sopra, infatti, poche settimane dopo l'udienza sul caso *Alace* e *Canpelli* l'applicabilità dell'accordo è stata estesa a migranti già trattenuti in Italia. Questa estensione – ora sottoposta allo scrutinio della Corte di giustizia, come detto – sarebbe difficilmente difendibile se comportasse la sottrazione di quelle fattispecie dall'ambito di applicazione del diritto UE (su questa linea di pensiero v. anche R. CHERCHI, *op. cit.*, p. 22 ss.).

4. Alace e Canpelli: *le domande, l'udienza, le conclusioni dell'Avvocato generale*

Le questioni sollevate dal Tribunale di Roma con l'ordinanza di rinvio nella causa *Alace* e *Canpelli* sono quattro. Si tratta, in primo luogo, della compatibilità con il diritto UE della designazione della lista di Paesi sicuri con un atto legislativo primario. La seconda questione concerne, invece, la legittimità di una designazione effettuata senza rendere accessibili le fonti a tal fine utilizzate. In terzo luogo, il giudice del rinvio si chiede se il giudice nazionale, nell'esercizio di un controllo incidentale sulla compatibilità di quella designazione con i criteri posti dalla direttiva procedure, possa riferirsi in modo autonomo alle fonti in informazione enunciate all'art. 37 (3) di quella direttiva. Con la quarta questione, infine, il Tribunale di Roma interroga la Corte sull'ammissibilità di una designazione di Paesi come di origine sicura, con l'eccezione di alcune categorie di persone.

Com'era naturale attendersi, il governo italiano è intervenuto nella procedura davanti alla Corte difendendo la compatibilità delle proprie scelte con il diritto UE. Meno scontata, invece, l'ostinata affermazione di una sottrazione del suo operato al controllo giurisdizionale da parte dei giudici ordinari. Sulle difese del governo italiano si tornerà tra un attimo. In questa sede è però utile segnalare che un gran numero di Stati membri hanno presentato osservazioni davanti alla Corte, per l'essenziale orientate al sostegno dell'ammissibilità di una designazione di un Paese di origine come sicuro, nonostante la presenza di categorie di soggetti a rischio di persecuzione (cfr. M. ZAMBONI, *The Italy-Albania protocol before the Court of Justice of the European Union – hearing of the CJEU*, in *EuLawAnalysis*, 2025; E. CO-

LOMBO, *I grandi assenti: il principio del primato e la disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto UE. Alcune riflessioni a margine dell'udienza del 25 febbraio 2025 sulle cause riunite C-758/24 e C-759/24*, in *EJ*, 2025). La stessa Commissione, in un colpo di scena inaspettato, tale da ingenerare una certa confusione in sede di udienza, ha modificato la sua posizione sul punto rispetto alle osservazioni scritte, sostenendo la compatibilità con la direttiva procedure della designazione di un Paese di origine sicuro, con l'eccezione di talune categorie di persone (v. S. MORLOTTI, *op. cit.*, p. 6; per la gravità di un simile contegno processuale cfr. le osservazioni critiche di B. CORTESE, *op. cit.*, p. 16).

Per quanto riguarda la posizione del governo italiano vale la pena di evidenziare qui due aspetti. Anzitutto, con riferimento al primo quesito, il governo ha parzialmente allargato l'oggetto dell'analisi, tentando di argomentare contro l'uso della disapplicazione della lista da parte dei giudici nazionali, una strada che alcuni giudici, al tempo del rinvio, già avevano iniziato a seguire (sul punto cfr. M. FERRI, *Le ricadute nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia sui paesi sicuri: la via della disapplicazione*, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 3, 2024, p. 13 ss.; C. FAVILLI, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedura di frontiera: commento al decreto del tribunale di Catania del 29 settembre 2023*, in *DIC*, n. 3, 2023). Per il governo italiano, in buona sostanza, l'unico contesto in cui sarebbe ammissibile un controllo sulla lista di Paesi di origine sicuri, ormai contenuta in un atto avente forza di legge, sarebbe quello del rinvio di costituzionalità, utilizzabile anche per valutare il rispetto del diritto UE da parte del diritto nazionale. Quello strumento sarebbe ormai l'unico rimedio ammissibile, anche in relazione alle conseguenze individuali di quella designazione. L'accentramento del controllo nelle mani della Corte costituzionale si giustificherebbe anche alla luce del principio di autonomia procedurale. Quel principio, nella visione del governo, esprimerebbe in qualche misura il margine di apprezzamento di ciascuno Stato nella scelta tanto della fonte da utilizzare per determinare la lista dei paesi sicuri, quanto dell'organo cui affidare il relativo controllo giurisdizionale.

In secondo luogo, con riferimento alla quarta questione pregiudiziale, relativa alla possibilità di apporre eccezioni personali nella designazione di un Paese di origine sicura, il governo italiano ha usato un argomento di stampo finalistico, provando a sostenere, in sostanza, che l'impossibilità di inserire tali eccezioni avrebbe l'effetto di rendere impossibile la designazione di qualunque Paese come sicuro. Un'ardita, ed inaudita, ipotesi di difesa dell'*effetto utile* non del regime comune, ma di una deroga ad esso.

Le conclusioni dell'Avvocato generale (su cui v. M. ZAMBONI, *Between pragmatic and legal considerations: comment on the Advocate General's opinion in joined cases C-758/24 [Alace] and C-759/24 [Canpelli]*, in *EuLawAnalysis*, 2025; A. KANYAMIHANDA, *Sorry, Safety isn't guaranteed for everyone, but your Country of Origin is Presumed Safe anyway*, in *EuLawLive*, 2025) si sono contraddistinte per la loro spiccata pragmaticità o, come si è anche sostenuto in un recente contributo critico, per la sua adesione ad un approccio che, in alcuni punti e specialmente in relazione al quarto quesito, sta al limite tra il diritto e la *Realpolitik* (B. CORTESE, *op. cit.*, p. 16). De la Tour ha, in primo luogo, evidenziato come gli Stati membri siano liberi di determinare lo strumento di designazione dei Paesi sicuri, a patto che vengano assicurati il primato del diritto dell'Unione e la piena efficacia della direttiva procedure. Ha poi sostenuto che una lettura sistematica della stessa direttiva induce a ritenere che sussista un obbligo dello Stato di rendere note le fonti sulle quali si basa tale designazione. In questo modo, si rafforzano la credibilità e l'autorevolezza della presunzione di sicurezza, si permette al richiedente di confutare la designazione e, quindi, contestare la fondatezza del diniego della sua domanda, e si contribuisce all'armonizzazione indiretta delle decisioni nei diversi Stati membri (v. E. COLOMBO, *L'arte del compromesso: brevi riflessioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale De La Tour sulle cause Alace e Canpelli*, in *EJ*, 2025). Secondo, l'AG, inoltre, il potere del giudice di reperire in autonomia informazioni sui Paesi di provenienza potrebbe esplicarsi nell'ipotesi in cui non siano state rese accessibili le fonti utilizzate dal legislatore ovvero nel caso in cui la valutazione di sicurezza non sia stata sottoposta a verifiche regolari. Sulla quarta questione, infine, l'AG de la Tour ha sostanzialmente raccolto l'argomento del governo italiano secondo cui, senza la possibilità di escludere alcune categorie di persone, sarebbe di fatto quasi impossibile designare un Paese come sicuro. Oltre a ciò, ha sottolineato come tali eccezioni si pongano in linea con quanto previsto nel nuovo regolamento 2024/1348. Allo stesso tempo, ha però dettato alcuni criteri che sarebbero essenziali rispetto alla definizione di tali eccezioni, le quali potrebbero essere apposte solo con riferimento ad un Paese in regime democratico e solo tramite una formalizzazione esplicita dell'eccezione stessa (cfr. M. FERRI, *Le conclusioni dell'Avvocato generale Richard de la Tour sui Paesi di origine sicuri: qualche ombra e molte luci (*profuturo*)*, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 2, 2025, p. 18 ss.). Ciò presuppone, a sua volta, che le eccezioni dovrebbero essere circoscritte a un numero molto limitato di persone, le quali siano riferibili a categorie immediatamente identificabili.

5. Alace e Canpelli: *la sentenza*

La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Alace* e *Canpelli* è stata definita un "vittoria totale" per il diritto dell'Unione come ordinamento giuridico basato sullo stato di diritto e sui diritti fondamentali (cit. L. MARIN, C. FAVILLI, *Alace and Canpelli: the Court of Justice firmly constrains domestic extraterritorial asylum processing politics*, in *EuLawAnalysis*, 14 August 2025; per un altro commento apparso subito dopo la pubblicazione della sentenza, cfr. C. BURELLI*, Un avvio turbolento della stagione estiva: la sentenza Alace e Canpelli della Corte di giustizia sulla nozione di Paese di origine sicura*, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 2, 2025).

In primo luogo, rispetto alla questione della fonte normativa utilizzata per la designazione di un Paese sicuro, la Corte ha dichiarato che la direttiva procedure non vincola rispetto alla fonte da utilizzare, così che anche un atto legislativo può essere considerato uno strumento valido (v. punti 60-61). Rimane, però, che gli Stati membri sono obbligati a garantire la piena efficacia della direttiva. I giudici, perciò, sono tenuti all'occorrenza a disapplicare la norma nazionale contraria a una disposizione della direttiva dotata di efficacia diretta, senza previ rinvii di costituzionalità (v. punto 63). In questo passaggio, peraltro, la Corte di giustizia "scomoda" *Simmenthal*, per rigettare le audaci tesi del governo italiano (cfr. C. BURELLI, *op. cit.*, p. 3 ss. e soprattutto B. CORTESE, *op. cit.*, p. 9).

Questi passaggi confermano, in primo luogo, la natura non politica dell'atto di designazione, in linea con quanto già sancito dalla Corte di giustizia in *CV* e dalla nostra Corte di cassazione. Nella sentenza n. 33398/2024, relativa alla possibilità di disapplicare il decreto ministeriale contenente la disciplina sui Paesi sicuri (nella versione, quindi, antecedente al d.l. n. 158/2024), la Cassazione aveva infatti confermato che, per quanto la designazione di un Paese sicuro coinvolga anche valutazioni politiche, l'atto di designazione non ha natura politica e ammette, pertanto, di essere sottoposto a scrutinio da parte dell'autorità giurisdizionale (cfr. G. MENTASTI, *Paesi sicuri, controllo giurisdizionale ed eccezioni: due pronunce della Cassazione in attesa della Corte di giustizia*, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 1, 2025).

Ciò detto, tuttavia, non è (ancora) di immediata evidenza l'oggetto sul quale debba cadere la disapplicazione. La mancanza di una presa di posizione della Corte specifica su questo punto, peraltro, non è criticabile poiché, come è stato notato, la questione non era stata espressamente sollevata dai giudici italiani (v. C. FAVILLI, L. MARIN, *Il controllo giurisdizionale sulla*

designazione di un Paese d'origine sicuro dopo le sentenze CV e Alace, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 3, 2025, p. 35 ss.).

Il tema si pone perché, come è noto, la disapplicazione richiede che la norma di diritto UE invocata abbia effetto diretto, sia quindi incondizionata e sufficientemente precisa. A tal proposito si è sollevato il dubbio che il margine di discrezionalità esercitato su un atto come la designazione *de qua* – pur non politico, come visto, e quindi sottoponibile a controllo giurisdizionale – permetta comunque di considerare le norme della direttiva relative alla designazione di un Paese di origine sicura come dotate di effetto diretto (cfr. M. ZAMBONI, *The Italy-Albania protocol*, cit.; soprattutto, M. SAVINO, *Disapplicazione senza freni - la sentenza della Corte di giustizia sui Paesi di origine sicuri*, in *ADiM Blog*, agosto 2025, p. 8.). Allo stesso tempo, è vero che l'effetto diretto non presuppone necessariamente l'assenza di qualsivoglia discrezionalità, ma sussiste anche quando a tale discrezionalità sia posto un limite chiaro (cfr. M. FERRI, *Le ricadute nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia sui paesi sicuri*, cit., p. 26 ss.). Limite che, nel nostro caso, sarebbe rappresentato dai requisiti sostanziali previsti all'allegato 1 della direttiva per la designazione di un Paese come sicuro (cfr. anche B. CORTESE, *op. cit.*, p. 10 ss.).

La quadratura del cerchio si ha allora se si considera che la disapplicazione non dovrebbe ricadere sull'elenco in quanto tale, bensì sulle garanzie (o meglio: sull'assenza delle garanzie) che circondano la redazione di tale elenco, come l'aggiornamento periodico, la motivazione, la trasparenza delle fonti utilizzate, il corretto uso delle eccezioni. In astratto, questo potrebbe lasciare scoperti proprio i casi di errori eclatanti, quelli cioè in cui l'autorità nazionale, sulla base di informazioni complete, aggiornate e accessibili, qualifichi comunque erroneamente un Paese come sicuro. In questo senso, sarebbe stata forse utile una pronuncia sul caso *Ortera* (C-750/24), che verteva espressamente sul tema della disapplicazione. Alla luce della sentenza *Alace* e della conseguente volontà del giudice del rinvio di non mantenere la domanda, tuttavia, la Corte ha pronunciato un'ordinanza di cancellazione dal ruolo. Lo stesso destino hanno avuto altre cinquantadue cause, cancellate dal ruolo a seguito della pronuncia nel caso *Alace*. Segno, probabilmente, che le indicazioni date dalla Corte in tema di disapplicazione sono parse sufficientemente chiare e allo stesso tempo di ampia portata da chiarire i dubbi di numerosi giudici. Del resto, come si è sottolineato in dottrina, la Corte ha fortemente valorizzato, nel suo ragionamento, l'effetto diretto delle norme della direttiva e della Carta relative al controllo giurisdizionale degli effetti sulla situazione individuale del richiedente. Di talché non si è affatto escluso

un controllo sull'errore nella designazione, pur rimanendo la possibilità e l'opportunità, ma mai l'obbligo, di un intervento nomofilattico incidentale o di un controllo di costituzionalità (cfr. in tal senso B. CORTESE, *op. cit.*, p. 23 ss.)

In merito alle questioni seconda e terza, la Corte ha ricordato che la direttiva non prescrive espressamente un obbligo di mettere a disposizione le fonti utilizzate nella redazione dell'elenco. Ciononostante, il ricorrente deve potervi accedere, se vuole provare a ribaltare la presunzione di sicurezza del proprio Paese di origine. Parimenti, deve avervi accesso il giudice, per poter esercitare pienamente il controllo giurisdizionale che gli spetta. La Corte rammenta altresì che l'art. 47 della Carta, cui corrisponde l'art. 46 della direttiva, relativo al diritto del richiedente a un ricorso effettivo avverso il diniego della domanda di protezione internazionale, conferisce un diritto invocabile in quanto tale. L'esame completo e *ex nunc* che spetta in capo al giudice, allora, richiede che questi valuti tanto degli elementi di cui l'autorità ha tenuto conto, tanto di quelli di cui *avrebbe* dovuto tenere conto, ivi inclusi i fatti accaduti dopo che la lista è stata stilata. Tale conclusione è peraltro in linea con la giurisprudenza della Corte EDU sul punto (cfr. G. CELLAMARE, *La sentenza Alace e Canpelli: la conferma del carattere indivisibile del concetto di Paese sicuro nella direttiva procedure*, in *EJ*, 2025).

Rispetto alla quarta questione, quella indubbiamente più spinosa per il governo italiano, la Corte ha escluso la possibilità di designare Paesi sicuri con l'eccezione di categorie di persona sulla scorta di argomenti letterali (v. punto 92), sistematici (v. punto 93 ss.) e teleologici (v. punto 101 ss.). Ciò ha fatto senza mai richiamare la precedente sentenza *CV*, che si era occupata delle eccezioni territoriali, quasi a voler marcare la diversa *ratio* che ha caratterizzato le due valutazioni (C. BURELLI, *op. cit.*, p. 5), in questo senso ponendosi in linea, quindi, con gli argomenti spesi dalla Cassazione nell'ordinanza del 30 dicembre, che aveva argomentato a favore della differenza tra i due tipi di eccezioni (su cui v. ancora G. MENTASTI, *op. cit.*, p. 6 ss.).

Sotto il profilo letterale, la Corte evidenzia come la formulazione dell'art. 37 della direttiva non lasci mai intendere di potersi riferire solo a una parte della popolazione. Dal punto di vista sistematico, la Corte afferma che gli avverbi "generalmente" e "costantemente", che connotano, ai sensi dell'allegato I, l'assenza di fattori di rischio nei Paesi designabili come sicuri, intendono significare che le condizioni per tale designazione devono sussistere, in linea di principio – e salva la possibilità di ribaltare la presunzione in presenza di specifici motivi individuali – per *tutte* le persone provenienti

da un certo Paese. In ogni caso, il regime dei Paesi sicuri ha carattere derogatorio, e va pertanto interpretato restrittivamente. Sotto il profilo teleologico, la Corte stabilisce che la disciplina dei Paesi di origine sicura implica un bilanciamento tra le esigenze di rapidità e esaustività della trattazione di una domanda di protezione internazionale. L'esclusione delle eccezioni personali denota come, in tale bilanciamento, il legislatore europeo abbia voluto privilegiare l'esaustività. Questo, peraltro, non si scontra con il fatto che lo stesso legislatore, nel nuovo regolamento, abbia inteso rimodulare quel bilanciamento in favore delle esigenze di rapidità.

In questo quadro, rimane, però, che le eccezioni personali saranno pacificamente ammesse nella nuova disciplina applicabile dal prossimo anno, oppure anche prima, se verrà approvata la proposta della Commissione di modifica del regolamento 2024/1348, la quale, non sorprendentemente, ha già trovato la piena approvazione dell'Italia. In questa prospettiva, rimangono allora pienamente valide – e potrebbero, anzi, diventare preziose – le indicazioni dell'A.G. de la Tour rispetto alle condizioni alle quali possono essere apposte eccezioni personali (in questo senso v. anche G. CELLAMARE, *op. cit.*; B. CORTESE, *op. cit.*, p. 19 ss.).

Abstract (ita)

Il presente contributo cerca di ricostruire in modo organico e completo la vicenda *Alace* e *Canpelli*. L'obiettivo, in particolare, è quello di rendere conto, in modo necessariamente sintetico, non solo della sentenza della Corte di giustizia, ma anche di tutto quanto "ha circondato" quel caso. Si sono prese pertanto in considerazione, in primo luogo, le circostanze di fatto che hanno preceduto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e hanno poi fatto seguito a questo. Accanto a queste, si sono inoltre ripercorse le svariate questioni giuridiche che hanno inizialmente acceso il dibattito dottrinale nella fase antecedente al rinvio pregiudiziale e si sono poi sviluppate – secondo paradigmi parzialmente modificati – nel progressivo dipanarsi della vicenda davanti alla Corte. Infine, si è dato atto delle conclusioni cui giunge la sentenza.

Abstract (eng)

This article seeks to reconstruct the *Alace* and *Canpelli* case in a comprehensive and systematic manner. The aim, in particular, is to provide a necessarily concise account not only of the judgment of the Court of Justice, but also of everything that "surrounded" that case. Therefore, in the first place, the material circumstances that preceded the preliminary ruling to the Court of Justice and then followed it are taken into consideration. In addition to these, I reviewed the various legal issues that initially sparked the doctrinal debate in the phase prior to the preliminary ruling and then developed – according to partially modified paradigms – as the case unfolded before the Court. Finally, the conclusions reached in the judgment have been acknowledged.

"THIS IS NOT A TEXT MESSAGE" – ACCESS TO DOCUMENTS AND TRANSPARENCY AFTER *STEVI AND NEW YORK TIMES V COMMISSION*

Maria Patrin*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The facts of the case and the definition of "document" under Regulation 1049/2001. – 3. The reasoning of the Court and the principle of good administration. – 4. The Court's case-law on transparency and access to documents. – 5. The Commission's transparency practices and legal accountability. – 6. Political accountability: the political impact of the case. – 7. Concluding remarks.

1. *Introduction*

On 14 May 2025 the General Court issued its judgement in the case *Stevi and New York Times v Commission*, widely known as the *Pfizergate* (General Court, judgment of 14 May 2025, Case T-36/23, *Stevi and The New York Times v Commission*). The case challenged the Commission's denial of an access to documents request filed by a journalist of the New York Times concerning text messages exchanged between the Commission President and the Pfizer's CEO in 2021 and 2022, that is during the negotiations for the EU-wide purchase of a Covid-19 vaccine. In its judgement, the General Court has annulled the Commission's decision denying access arguing that it breaches the principle of good administration. The case has received large attention from decision-makers, the media and the wider public due to its political profile and has put the Commission under great pressure. It has triggered a motion of censure by the European Parliament against the Commission, which, although rejected, has arguably represented a key opportunity for public debate and for the exercise of the parliamentary prerogatives of democratic oversight (A. ALEMANNO, *Von der Leyen Faces the Vote. A Tale of Parliamentary Control*, in *VBlog*, July 2025).

The General Court's ruling, by acknowledging the Commission's failure to fulfil access to documents obligations, points to several deficiencies in the

* Marie Curie Fellow presso Hertie School, Berlino - 8 ottobre 2025.

Commission's management of access procedures and stands as a key moment of legal and political accountability. As such it is endowed of an important symbolic value. To be sure, the General Court could have hardly come to a different conclusion, considering the evident shortcomings in the handling of the request and the Commission's unwillingness to explain the reasons behind it. In fact, over the whole proceeding the Commission remained intentionally vague and avoided disclosing any useful information. During the hearing, Court's members were disappointed by the Commission's inability to explain what happened to the text messages. The hearing was defined "embarrassing", as the Commission's agent struggled to admitting that text messages were exchanged. "We don't deny that they [the texts] do not exist," he was reported to say. According to Politico, the GC Vice-President Papasavvas declared: "I do regret that the senior representative of the Commission comes in front of the grand chamber and he's not in a position to tell us what actions were taken by the Cabinet of Mrs. von der Leyen." (M. ECCLES, E. BRAUN, *Von der Leyen's Commission dodges public responsibility over Pfizergate texts*, in *Politico*, 15 November 2024). Such dodgy practices and the Commission's ambiguous behaviour seem to defy the most basic tenets of the transparency principle and go counter the Court of Justice of the European Union (CJEU)'s own work to foster access and transparency (see section 4).

Stevi and New York Times v Commission is undoubtedly a judgment carrying important political consequences. Perhaps for this reason, the legal reasoning remains solidly anchored upon the facts of the case without engaging with the greater picture, and the greater problem, of transparency. The General Court carefully circumscribes the effects of the judgment as applying to the Commission's failure to provide explanations for the absence of the text messages. However, as I will argue in this contribution, this small step can represent a big leap forward if, as I believe, it will be followed by other cases. The ruling is therefore particularly relevant if assessed in the framework of the larger transparency (or untransparent) practices of the Commission and of the CJEU's role in limiting the Commission's discretion. In other words, it is an example of how legal mobilisation can achieve important results when it comes to key individual rights and democratic principles. It exemplifies how legal accountability can trigger and translate into political accountability and highlights the crucial role of courts and private applicants in driving the public and legal debate on key issues for the Union's democratic legitimacy.

This contribution is structured as follows. Section 2 presents the facts

of the case and discusses the definition of "document" under Regulation 1049/2001. Section 3 examines the reasoning of the General Court and the relationship between the principle of transparency and the principle of good administration. Section 4 contextualises the judgment within the CJEU jurisprudence on transparency and access to documents. Sections 5 and 6 focus on respectively legal and political accountability. Section 5 provides some insights into recent developments in the Commission's transparency practices and into the legal mobilisation surrounding them, whereas section 6 draws attention to the political impact of the case. The final section sheds light on the legal consequences and on the broader significance of the ruling.

2. *The facts of the case and the definition of "document" under Regulation 1049/2001*

The request of access to documents was filed in May 2022 on the basis of Regulation 1049/2001 on access to documents by Martina Stevi, journalist of the New York Times, and concerned all text messages exchanged between the President of the Commission and Albert Bourla, CEO of the pharmaceutical company Pfizer, between 1 January 2021 and 11 May 2022. Following two subsequent applications by Ms Stevi, the Commission answered, with some delays, that, after having conducted a thorough search, it was not in a position to fulfil Ms Stevi's request because it did not hold any document corresponding to her application. Yet, an article appeared in the New York Times on 19 April 2021 and several transcripts of interviews held by Ms Stevi with both the Pfizer's CEO and the Commission President indicated not only that the two had engaged in dense exchanges but even that actual text messages were sent. On this basis, Ms Stevi and the New York Times seized the General Court, seeking the annulment of the Commission's Decision denying access. In their action, they request annulment based on three grounds: the first two allege infringements of Regulation 1049/2001, on the basis that the Commission had unlawfully considered non-registered text messages as not qualifying as documents under the Regulation; the third alleges an infringement of the principle of good administration and of the obligation to state reasons (Action brought on 25 January 2023 – see judgment *Stevi and The New York Times v Commission*, cit.).

A key element of the case is therefore under which conditions informal communications, taking place via text messages, can be considered as falling

under the obligations of Regulation 1049/2001. This issue is particularly relevant as it touches upon the safeguard of individual rights in the face of the technological transformation and the spread of new communications mediums (F. BATTAGLIA, *Il principio di trasparenza di fronte all'evoluzione dei sistemi di comunicazione: il caso dei messaggi di testo scambiati tra la presidente von der Leyen e l'amministratore delegato di Pfizer*, in *rivista.eurojus.it*, 2025).

Regulation 1049/2001 establishes rules concerning public access to documents of EU institutions and establishes that "any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, has a right of access to documents of the institutions, subject to the principles, conditions and limits defined in this Regulation" (art 2.1). This right applies to "all documents held by an institution, that is to say, documents drawn up or received by it and in its possession, in all areas of activity of the European Union" (art. 2.4). Finally, Art. 3(a) defines "document" as "any content whatever its medium (written on paper or stored in electronic form or as a sound, visual or audiovisual recording) concerning a matter relating to the policies, activities and decisions falling within the institution's sphere of responsibility". There is little doubt that text messages exchanged between the Commission President and the Pfizer's CEO in the framework of vaccines negotiations fall within the remit of Regulation 1049/2001. The General Court has indeed established in *Breyer v Commission* that "the definition contained in Article 3(a) of Regulation No 1049/2001 is essentially based on the existence of content that is saved and that may be copied or consulted after it has been generated, it being understood that the nature of the storage medium on which content is saved, the type and nature of the content stored, and the size, length, volume or presentation of the content have no bearing on the question whether or not it falls within the abovementioned definition and that the only restriction on the content that falls within that definition is the condition that it must relate to the policies, activities or decisions of the institution in question" (General Court, judgment of 22 February 2015, Case T-188/12, *Breyer v Commission*, para. 42). In a parallel inquiry on Ms Stevi's request for access, the European Ombudsman has reiterated that text messages fall within the scope of the Regulation since "the decisive element of a document is not its medium. Nor is it relevant whether a document has been registered in the institution's document management system" (European Ombudsman's Recommendation on the European Commission's refusal of public access to text messages exchanged between the Commission President and the CEO of a pharmaceutical company on the purchase of a COVID 19 vaccine (case

1316/2021/MIG)). Text messages can thus be considered "documents" for access related purposes. The main issue at stake, rather, concerns the recording of such documents, since the Commission has repeatedly held that they do not fall under the criteria for recording because their content is "short-lived". (European Ombudsman's Recommendation, cit.) In other words, the Commission does not deny that text messages are documents, but it classifies them as informal documents that, because of their nature, do not require recording. However, for the purpose of the right of access to documents, there is little difference between a non-document and a non-registered document. In this regard, the General Court has observed that "the institutions cannot deprive of all substance the right of access to documents which they hold by failing to register the documentation relating to their activities". (General Court, judgment of 25 September 2024, Case T-570/22, *Herbert Smith Freehills LLP v Commission*, para. 76).

In the Pfizer judgment the scope of application of Regulation 1049/2001 remains in the background. The document's status of text message is taken for granted and the General Court does not engage with the definition of "documents" nor with the obligations established by the Regulation regarding registration and archiving. This is mainly because the General Court relies only on the third ground of annulment based on the principle of good administration, without considering the first two related to the infringement of Regulation 1049/2001. Its reasoning focuses on the presumption of veracity of the non-existence of the documents requested as well as on the Commission's explanations regarding their non-existence. The judgment reconfirms some key principles of EU access to documents' policy - such as that the institutions must facilitate the effective exercise of the right to access, drawing up and retaining documentation relating to their activities - yet it does not touch upon the substance of Regulation 1049/2001. In this sense, the ruling does not appear to be very prescriptive and allows for a significant marge of manoeuvre for the Commission' compliance obligations. I will elaborate on these aspects in the final sections of this contribution. Before that, let us briefly retrace the General Court's reasoning.

3. *The reasoning of the Court and the principle of good administration*

As a first step, after having reminded that in principle all documents of the institutions should be accessible according to Regulation 1049/2001

(para. 36), the General Court proceeds to examine the Commission's statement that the documents requested were not in its possession. According to settled case-law (General Court, judgment of 20 September 2019, Case T-433/17, *Dehousse v Court of Justice of the European Union*, para. 36), such non-possession, as the non-existence of documents, is covered by a presumption of veracity, whereby it is for the applicant to demonstrate the potential existence of the documents and their possession by the institution at a certain point in time. Yet, if the applicant successfully demonstrates this, the burden of proof is inversed, and the Commission must prove the lack of possession or the non-existence by providing plausible explanations (para. 40). In *Stevi and New York Times v Commission* the General Court finds that the evidence produced by the applicant (the above-mentioned interviews' transcripts) suffices to prove that text messages were exchanged between the Commission President and the Pfizer CEO, and that therefore the documents may have been in possession of the Commission. As the applicant was able to successfully rebut the presumption of veracity, the General Court turns to examine whether the Commission has duly explained and justified the absence of the documents requested. To do so it relies on the principle of good administration, arguing that such principle was breached in several ways by the Commission's inability to explain how the documents were processed, dealt with, stored and searched. The justifications adduced by the Commission have remained vague throughout the proceedings and have not sufficed "to provide a credible explanation of why those documents could not be found" (para. 68). Furthermore, in the contested decision the Commission had stated that "text messages would have been registered if they contained important information which is not short-lived or if they may involve action or follow-up by the Commission or one of its departments in accordance with the document registration rules" (para. 74). Such statement implies that the messages exchanged were not important and for this reason they were not registered. In this regard, however, the General Court notes that, even if the documents were unimportant, the Commission should have provided explanations as to why it had reached such a conclusion (para. 82).

It is interesting to dwell shortly on the choice made by the General Court to build its legal reasoning upon the principle of good administration rather than upon the principle of transparency, which could have equally grounded the annulment of the Commission's decision. There is an intrinsic connection between transparency, good administration and the right of access to documents (D.-U. GALETTA, J. ZILLER, *EU Administrative Law*,

Cheltenham, 2024, p. 234). On the one hand, the right of access to documents stems from the principle of transparency, which is a key element of good administration. On the other hand, it is directly linked to the obligation of good administration enshrined in Article 41 of the Charter. As noted by Mendes, "it follows from the right of access to the documents held by the institution concerned that that institution is also under an obligation to ensure their retention over time, linked to the obligation of good administration enshrined in Article 41 of the Charter" (J. MENDES, *Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour*, in *EUI Working Paper Law*, 2009). In this sense, the principle of good administration implies a duty to act diligently that is connected to and substantiates the transparency obligations. It is an "umbrella right" (MENDES, *op. cit.*, p. 4) around which gravitate the access to documents (and therefore transparency) and the duty to act diligently.

In sum, transparency, access to documents and good administration form a sort of triangle of principles that jointly shape the arguments of the General Court. In a broader perspective, they are all instrumental to the Union's democratic legitimacy. Yet, their respective boundaries and hierarchies are hard to settle (P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, Chapter 13: Transparency) and the General Court does not engage in the task to clarify their relationship. Instead, it uses them in a somewhat interchangeable manner. This also allows the General Court to maintain a certain vagueness in its reasoning, and to remain on a safe ground in such a political sensitive case. The preference for the broader principle of good administration provides a safety net which avoids engaging with the more contentious issue of the transparency requirements and access obligations set out in Regulation 1049/2001. Intentionally, the arguments of the General Court hardly set any precedent. They are rather factual and allows to circumscribe the ruling to the particular case at hand, reflecting an ambiguous stance as regards the Commission's transparency and access practices. As I will argue in the next section, such ambiguity can be traced back to the CJEU case-law on transparency and access to documents.

4. *The Court's case-law on transparency and access to documents*

The jurisprudence of the CJEU on transparency and access to documents has taken divergent paths. On the one hand the CJEU has notoriously

safeguarded and upheld high standards of transparency, progressively pushing the EU institutions towards open practices. On the other hand, it has also been protective of the Commission's internal decision-making, often endorsing the Commission's prerogatives to keep some categories of files confidential.

Even before the adoption of Regulation 1049/2001 the Court of Justice held in the *Hautala* judgement that derogation from the right to access was to be limited to what was appropriate and necessary and that, in case the derogation concerned only some parts of a requested document, partial access had to be granted (judgment of 6 December 2001, Case C-353/99 P, *Council v Hautala*). In several subsequent judgments the courts confirmed that exceptions to access had to be read narrowly, when they concerned both a specific interest protected and the internal institutional decision-making. In particular, the institutions must explain how disclosure of a document could specifically and effectively undermine the interest protected by an exception under Regulation 1049/2001, even when this is a public interest (General Court, judgment of 12 September 2013, Case T-331/11, *Besselink v Commission*). Furthermore, when refusing access to protect its internal decision-making based on Art. 4.3 of Regulation 1049/2001, the Commission must demonstrate that access can undermine the internal decision-making process in the specific case at hand. It must show that access to documents is "likely specifically, actually and seriously to undermine protection of the decision-making process of the institution concerned and that that risk was reasonably foreseeable and not purely hypothetical" (judgment of 28 June 2012, Case C-477/10 P, *Commission v Agrofert*, para. 23). This "transparency test" has become the usual path followed by the CJEU to establish whether access restrictions based on the protection of the institution's internal decision-making can be justified (judgment of 8 June 2023, Case C-408/21 P, *Council* v *Pech*, para. 34 and the case-law cited; of 17 October 2013, Case C-280/11 P, *Council* v *Access Info Europe*, para. 31 and the case-law cited; of 21 July 2011, Case C-506/08 P, *Sweden* v *MyTravel and Commission*, para. 76 and the case-law cited).

The CJEU was also instrumental in widening the types of documents to which access must be granted, especially when it comes to legislative procedures. Notably, in the *Turco* case the Court of Justice overturned a decision by the General Court on the disclosure of legal advice in a legislative file (judgment of 1 July 2008, Joined Cases C-39/05 P and C-52/05 P, *Sweden and Turco v Council*). Under Regulation 1049/2001 court proceedings and legal advice can fall under the derogations of Art. 4 if disclosure can seriously

undermine the institution's decision-making process. However, according to the Court of Justice, this does not give the EU institutions the right to make non-disclosure of such documents a rule. On the contrary, access to legal advice in legislative files should as a rule be granted, because "the possibility for citizens to find out the considerations underpinning legislative action is a precondition for the effective exercise of their democratic rights" (judgment *Sweden and Turco v Council*, cit., para. 46). *A fortiori* the transparency test must apply to these cases, so that when institutions decide to refuse access, they shall explain "how access to that document could specifically and effectively undermine the interest protected" and "whether or not there is an overriding public interest that might nevertheless justify disclosure of the document concerned" (judgment *Sweden and Turco v Council*, cit., para. 49). A similar approach was taken by the CJEU as regards trilogue documents in the *De Capitani* case (General Court, judgment of 22 March 2018, Case T-540/15, *Emilio De Capitani v Parliament*) and impact assessments in the *ClientEarth* judgment (judgment of 4 September 2018, Case C-57/16 P, *ClientEarth v Commission*), where Commission's decisions denying access were annulled based on the democratic need to ensure the transparency of the legislative procedures, be it in interinstitutional negotiations (trilogues) or at the preparatory stages of the proposal (impact assessments). According to the General Court: "it is precisely openness in the legislative process that contributes to conferring greater legitimacy on the institutions in the eyes of EU citizens and increasing their confidence in them by allowing divergences between various points of view to be openly debated" (judgment *Emilio De Capitani v Parliament*, cit., para. 78).

By ruling in favour of extended access and interpreting narrowly the exceptions' regime, the CJEU has progressively pushed the EU institutions, including the Commission, towards openness and publicity. Access policies have thus been actively promoted when it comes to legislation. Yet, a softer stance has marked the jurisprudence on access to non-legislative documents. There, the CJEU has proved increasingly willing to accept limitations, especially when access risked undermining the internal decision-making process of the institutions. For instance, it has recognised that a general presumption of confidentiality can apply to certain categories of documents, thus exempting the Commission from carrying out an individual examination of their content, as required by Regulation 1049/2001 (P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: The 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, in *CMLR*, 2011, p. 1215 ff.). Initially established only for situations in which the decision to grant or refuse access is obvious, such as in

the case of a very high number of requests of similar documents (General Court, judgment of 13 April 2005, Case T-2/03, *Verein for Konsumenteninformation v Commission*), the principle has since been used to cover many other instances (such as judgment of 29 June 2010, Case C-139/07 P, *Commission v. Technische Glaswerke Ilmenau* in the field of state aid, of 28 June 2012, Case C-477/10 P, *Commission v Agrofert*, related to competition procedures, or judgment of 14 November 2013, Joined Cases C-514/11 P and C-605/11 P, *LPN and Finland v Commission*, in the field of infringements). Commission v Agrofert provides a typical example of how the general presumption of confidentiality has spilled over from one policy area to another. In that ruling the Court of Justice, differently from the General Court, has considered that the general presumption applies to the field of competition, as to that of state aids, because of the specific rules governing the sector: "Such general presumptions are applicable to merger control proceedings, because the legislation which governs those proceedings also provides for strict rules regarding the treatment of information obtained or established in the context of such proceedings" (para. 59). The objectives of Regulation 1049/2001 – the greatest possible transparency of the decision-making process – must thus be balanced out against the contrasting objectives of the Merger Regulation (Reg. 139/2004) – namely the respect of professional secrecy in merger control proceedings.

To sum up, if the CJEU has greatly contributed to foster transparency practices in the EU institutions, it has done so by constantly counterweighting the public interest of access and transparency with the institutional interest of protecting the internal decision-making process and other interests. This has resulted in a jurisprudence which, despite setting some red lines and key principles (such as the principle of the broadest possible access and the above-mentioned transparency test), remains based on a case-by-case approach (C. MOLINARI, *The General Court's Judgments in the Cases Access Info Europe v. Commission (T-851/16 and T-852/16): A Transparency Paradox?*, in *EP*, 2018, p. 961).

Against this background, the Pfizer case seems to fit halfway between the progressive *Turco* jurisprudence and the more protective case-law on access to non-legislative documents. On the one hand the General Court recognises that the Commission has breached the principles of transparency and of good administration. On the other hand, it does not examine the Commission's actions within the more general context of Regulation 1049/2001, thus avoiding imposing obligations that would require more structural changes in the Commission's access procedures.

5. *The Commission's transparency practices and legal accountability*

The ruling must also be contextualised within an overarching secrecy trend that is ongoing in the Commission since quite some time. In a 2022 strategic inquiry, the European Ombudsman found that "the systemic and significant delays in the Commission's processing of requests for public access to documents amount to maladministration. The Commission needs, as a matter of priority, to correct this situation". Endorsing the Ombudsman's report, the European Parliament adopted in 2024 a Resolution, calling for improved access practices and urging the Commission "to correct its systematic and significant delays in processing requests for public access to documents". In the same Resolution the European Parliament also called on the Commission to "finally and immediately publish" the text messages between the Commission President and the Pfizer CEO.

Recent legal challenges seem to show that the situation has not improved, and may in fact have worsened (see for instance the several declarations by the Ombudsman concerning Commission's refusal to grant access to documents concerning EU legislation on combatting child sexual abuse; greenhouse gas emissions; an impact assessment on the revision of the Food Information to Consumers Regulation). In particular, access requests regarding documents and legal advice related to funding instruments and the National Recovery and Resilience Plans (NRRPs) were often denied or only partially fulfilled, sometimes with significant delays (for a detailed summary see P. LEINO-SANDBERG, *WARNING. Confidential documents. Not to be disclosed to anyone*, in *EU Law Analysis*, 29 June 2025). Both academics and journalists have reported upsetting experiences with Commission's access to documents practices, contributing to shed light on the difficulties that citizens and professionals encounter when seeking disclosure of Commission's documents (P. LEINO-SANDBERG, *op. cit.*; *The secrecy Tracker* by Follow the Money). Earlier this year, a nurtured group of journalists sent a letter to Commissioner Sefcovic, who is in charge of transparency, lamenting systemic delays in processing requests and overly broad application of exceptions in the Commission's access policies.

While the new Commission has in principle committed to fostering transparency (see the Commission's 2024 Working Methods, Section IV on transparency), it has at the same time adopted rules which make access procedures arguably more cumbersome. New provisions have been inserted in an annex to the 2024 revision of the internal Rules of Procedure, codifying the types of documents that are to be made public and those that, conversely,

are under a general presumption of non-disclosure. Among the latter Art. 4 of the Annex lists the opinions of the legal services as well as documents being part of on-going administrative authorisation proceedings. It is questionable whether such documents can be classified as general exceptions to public access. Articles 3 and 4 of Reg 1049/2001 establish indeed that access to documents shall be refused where it would undermine the protection of i.a. court proceedings and legal advice and that disclosure of internal opinions shall be restricted even after the relative decision has been taken if it risks seriously undermining the institution's decision-making process, "unless there is an overriding public interest in disclosure". Yet, the General Court has interpreted these provisions extensively, by ruling in favour of access to an opinion of the Council's Legal Service regarding the amendment of the Aarhus Regulation, whose access was denied alleging the risk to undermine international relations (General Court, judgment of 13 March 2024, Joined Cases T-682/21 and T-683/21, *ClientEarth and Leino-Sandberg* v *Council*). According to the General Court, the Council "failed to provide sufficient explanations as to the specific, actual, reasonably foreseeable and non-hypothetical risk on which it relied regarding the international relations of the European Union and the other parties to the Aarhus Convention". Such approach seems to rule out a general exemption to public access also in the cases covered by the exceptions of Art. 3 and 4 of Reg 1049/2001. In other words, the Commission's attempt to establish a list of items that can or cannot be granted access to seems to be at odds with the CJEU's case-by-case approach, that tends to consider and balance the interests at stake and require that a denial be motivated specifically and concretely. In this light, the Commission's codification of a general presumption of non-disclosure appears as an attempt to restrict access and expand the cases where denial is the standard response to access requests.

For the reasons just described Emilio De Capitani, Access Info Europe and Päivi Leino-Sandberg have challenged the Annex in front of the General Court arguing that it breaches the right of public access guaranteed by the Treaties and by the Charter as well as several provisions of Reg 1049/2001 (Case T-146/25: Action brought on 28 February 2025 – *De Capitani a.o. v Commission*). Among others, the three applicants argue that the new rules fail to meet the legal standards by: narrowing the definition of what qualifies as a "document"; adding exceptions to the obligation to register documents; introducing an obligation to delete text messages; restricting the definition of "legislative documents" that must be made directly accessible; expanding general presumptions of non-disclosure for certain categories of documents

(see further: Access Info Europe, *Joint Legal Challenge Filed Against European Commission's New Access to Documents Rules*, 25 March 2025). The NGO ClientEarth has also filed a request for internal review, alleging several breaches of Reg 1049/2001 and of environmental law under the Aahrus Convention, which was rejected by the Commission. These legal challenges are worth being watched out closely as, following on the footsteps of the Pfizer case, they represent an important instrument of legal accountability. They challenge Commission's practices that seem to increasingly hamper public access to information and therefore the possibility to scrutinise the activities of the Commission. They point to the key role of legal mobilisation in monitoring the Commission's transparency practices and in defining the legal standards that shall apply to them.

6. *Political accountability: the political impact of the case*

Finally, the Pfizer ruling is an interesting example of how legal accountability can be a powerful tool to trigger political accountability. Arguably, the Commission's reluctance to provide explanations as to the fate of the text messages seems to point to the fact that the latter were, contrary to what declared by the Commission, of high relevance. It is indeed difficult to believe that at the height of the Covid-19 crisis and in the middle of crucial vaccines procurement negotiations, the Commission President's and the Pfizer's CEO's correspondence only concerned organizational matters. Be it as it may, by its dodgy attitude the Commission has admittedly exacerbated the transparency concerns, not only confirming the mismanagement in the access to documents procedure but more importantly revealing a general and intentional strategy to avoid public accountability. In other words, if legally the Commission was judged for not having properly managed Ms Stevi's access request, politically (and I would say even ethically) it became accountable for adhering to manifestly non-transparent practices and secrecy, even defying the General Court on its attempts to clarify the events.

The case has therefore brought to the public attention the extent to which the Commission (or its President?) is engaging in secret practices and how much it is unwilling to be held publicly accountable for its actions. For the first time, Von der Leyen was obliged to respond in front of the European Parliament to avoid a censure of the whole Commission. This was a good opportunity to hold a public debate on transparency. The motion for

censure was presented by far right-wing Romanian MEP, Gheorghe Piperea, as an attempt to defy the EU democratic credentials by accusing the Commission of lack of transparency, financial mismanagement and unlawful practices. In fact, it translated into an exercise of public accountability and democracy (A. ALEMANNO, *Von der Leyen Faces the Vote. A Tale of Parliamentary Control*, in *VBlog*, 9 July 2025). There was no doubt that the Commission President would win a vote of confidence presented by the Eurosceptic far right. Yet, she was forced to confront a well-attended plenary, to justify the Commission's actions and activities in front of the MEPs and to publicly commit to transparency. "The wider point I want to make today is that this Commission will always be ready to work with you and be transparent with you", she said, avoiding engaging with the details of the case.

Beyond its legal significance, the ruling thus marks an important milestone of democratic scrutiny and has reaffirmed the role that the European Parliament holds as a constitutionally designated public accountability forum. Political accountability was triggered by legal accountability, and ultimately by the initiative of civil society and the media. In this sense, the Pfizergate stands as a great example of how legal mobilisation can play an important role in fostering public debate and democratic oversight.

7. *Concluding remarks*

The *Stevi and New York Times v Commission* ruling represents an important contribution to the line of case-law that has fostered transparent practices in the institutions. It reiterates the key principles of access to documents and reminds that the obligations of registration and preservation are inherent to the right of access and that failure to comply with them cannot shield EU institutions from their obligations. This is especially important considering the rise of informal communications channels fuelled by the new technologies and the risk they pose to transparent decision-making (F. BATTAGLIA, *op. cit.*)

Yet, it is no legal breakthrough. As argued in this contribution, the ruling remains strictly within the facts of the case and avoids engaging with the thornier issues raised by the applicants' pleas on the definition of "document" under Regulation 1049/2001 and on the related registration and archival obligations. The weakest side of the judgement lies with the direct legal consequences falling upon the Commission. Article 266 TFEU establishes an obligation for the Union's institutions "to take the necessary

measures to comply with the judgment of the Court of Justice of the European Union" and this is a key tenet of effective judicial protection. However, the latter also enjoy some discretion in the choice of the measures to enact to comply with an annulment judgment. (N. LAZZERINI, *L'obbligo delle istituzioni dell'Unione di conformarsi alle pronounce di accertamento dell'illegittimitá di propri atti*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024). In its statement on the ruling, the Commission has observed that "the General Court does not put into question the Commission's registration policy regarding access to documents", implying that no substantial change in its access management and approach are needed. In this sense, the legal effects of the ruling are limited. The compliance obligations of the Commission boil down to the adoption of a new decision providing more detailed information. On 28 July 2025 the Commission has re-adopted the said decision in accordance with Art. 266 TFEU, integrating the statement of reasons. The Commission has explained that exhaustive searches had been carried out by both the Secretariat General and the President's cabinet, also involving the Commission President's self-phone, but that those searches did not produce results. The Commission does not deny that President Von der Leyen had exchanged text messages with the Pfizer CEO, yet "the sole aim of these text messages was to ensure the respective availability of the President of the Commission and of the CEO of Pfizer for subsequent calls in the context of the ongoing global Pandemic" (Commission Decision C-2025 5429 final, of 28 July 2025). Since the messages were short-lived they did not fulfil the Commission's registration criteria and have not been recorded.

Ironically, the new decision is not public, which says a lot about the Commission's commitment to transparency (yet it was published by the New York Times). Regardless of whether the text messages still exist or not and of why the Commission does not wish to disclose them, the Commission could have shown some more proactivity in addressing transparency and access shortcomings. It could have taken the judgment seriously and committed to revising its internal practices. Instead, it has settled for the bare minimum legally required, without addressing the real problems that underly the judgement.

In this light, some positive signs come from the very rich and active legal mobilisation around transparency and access. The role of civil society has been and will remain key to hold the Commission accountable for its practices. Beyond that, the publicity of the case and its political consequences have led to a renewed ownership of the European Parliament in upholding transparency standards. The vote of confidence that has followed the ruling,

despite being initially promoted by a far right-wing MEP, has involved all groups across the political spectrum and has strengthened the role of the European Parliament as an accountability forum. If, thus, the General Court did not create a strong legal precedent, the case itself can set a precedent and spur a wave of legal challenges. These may perhaps create opportunities for the Court to further clarify access policies and strengthen transparency standards, perpetrating the active role it had in the past in pushing the EU institutions towards greater transparency. A first opportunity may be the recent legal challenge by a former MEP on a refusal to grant access to documents in the framework of the withdrawal of the proposed AI liability directive and regulation on standard essential patents (Action lodged on 19 July 2025, Case T-483/25, *Wölken v Commission*).

Beyond the legal effects of the ruling, the Pfizergate stands as a blow to the very role of the Commission as the guardian of the Treaties and of its impartiality. It is furthermore a blow to the values and principles the EU stands for, to the rule of law and to democratic decision-making, of which transparency is an integral part. The involvement of the independent and neutral Commission makes things even worse, considering the powers the Commission derives from such a role, be it in infringement proceedings, competition or, blatantly, in the defence of the rule of law. "Let him who is without sin cast the first stone". Yet the Commission has casted many stones against rule of law violations. And it is important that it continues to do so. It is indeed crucial that European citizens can rely on an institution that, although it may not be perfect, still has the credibility and the credentials to impose rules and values in the "interest of Europe". After the *Pfizer* case the Commission seems to have lost part of this credibility. And this loss affects us all, not the Commission alone.

Abstract (ita)

Il 14 maggio 2025 il Tribunale ha annullato una decisione di diniego della Commissione europea relativa ad una domanda di accesso ad alcuni messaggi di testo scambiati tra la presidente della Commissione e l'amministratore delegato dell'impresa farmaceutica Pfizer durante la pandemia di Covid-19. La sentenza *Stevi e NYT/Commissione*, meglio conosciuta come Pfizergate, ha ricevuto una grande copertura mediatica per la sua rilevanza politica, rivelando numerose carenze nella gestione delle richieste di accesso ai documenti da parte della Commissione. In seguito alla sentenza il Parlamento europeo ha infatti presentato una mozione di censura, la quale è stata respinta dalla plenaria. Il presente contributo analizza la rilevanza giuridica e politica della sentenza sulla base della giurisprudenza della Corte sulla trasparenza e l'accesso ai documenti e nel contesto della prassi istituzionale della Commissione. In ultima analisi la sentenza presenta profili innovativi circa il ruolo che il controllo giurisdizionale può svolgere nel potenziare e innescare processi di controllo democratico e di responsabilità politica.

Abstract (eng)

On 14 May 2025 the General Court annulled a Commission's decision denying access to text messages exchanged between the Commission President and the Pfizer's CEO during the Covid-19 crisis. The *Stevi and New York Times v Commission* judgment, better known as the *Pfizergate*, has received large public attention and has put the Commission under great political pressure, triggering a motion of censure by the European Parliament. This contribution analyses the legal and political relevance of the judgment against the background of the Court's jurisprudence on transparency and access to documents and in the framework of the larger transparency (or untransparent) practices of the Commission. It argues that the case represents an interesting example of how legal accountability can trigger political accountability and highlights the crucial role of courts and private applicants in driving the debate on key issues for the Union's democratic legitimacy.

ALEA IACTA EST! A CONSTITUTIONAL MOMENT FOR THE INFRINGEMENT PROCEDURE? AG ĆAPETA'S OPINION IN *COMMISSION V. HUNGARY* (CASE C-769/22)

Paolo Giuseppe Silvestri*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The facts of the case. – 3. The AG Opinion. – 4. Remarks on the use of the infringement procedure. – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

Those who share a passion for ranking rulings according to their importance and impact on the legal order as a whole will not have much to discuss when the final judgement in *Commission v. Hungary* (Case C-769/22) will finally be delivered. Whatever the outcome will be, the ruling is poised to be listed among the *grands arrêts* of the Court of Justice (hereinafter "the Court" or "ECJ"), as the matter the Court is called to adjudicate upon meets all the requirements of a truly historical decision (see K. LENAERTS, *I grands arrêts della Corte di giustizia dell'Unione europea negli ultimi dieci anni*, in *rivista.eurojus.it*, 2024). The legal issues at stake are pivotal *per se* but also particularly salient in the light of the political turmoil surrounding the most recent and controversial initiatives by the Hungarian government. The legal complexity and the broader political and historical context, hence, justify classifying the forthcoming decision as a landmark judgment – one of constitutional character, one might add. Advocate General Ćapeta's (hereinafter, "AG Ćapeta") Opinion certainly contributed to set high expectations. The present contribution will present the main arguments put forward by the AG, mainly dwelling on the issue of the mobilization of the infringement procedure under Article 258 TFEU against breaches of EU values. By contrast, except where necessary for setting the context, this brief comment will not specifically deal with the legal nature of values enshrined in Article 2 TEU: taking stock of contributions by prominent scholars and recent case law, we will assume that they hold legal character and that they entail legal obligations for Member States (judgments of 16 February 2022, Case C-156/21, *Hungary v. Parliament and Council*, para. 124; Case C-157/21,

* PhD Researcher, University of Ferrara – 16 settembre 2025.

Poland v. Parliament and Council, para. 142; 20 April 2021, Case C-896/19, *Repubblika*, para. 63; in the legal scholarship, A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione* europea, Napoli, 2023, p. 83 ff.; L. D. SPIEKER, *EU Values Before the Court of Justice*, Oxford, 2023, p. 33 ff.; L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei Valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 2020; E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 158 ff.; C. HILLION, *Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, p. 59).

2. *The facts of the case*

The background facts of the case are well known to both scholars and the general public: further promoting its conservative and reactionary political agenda, the Hungarian parliamentary majority enacted Law LXXIX, allegedly aimed to fight pedophilia and protect minors, but whose practical goal is to erase any depiction of LGBTIQ content from media and education material. Key elements of the bill include *inter alia* restrictions to the broadcasting and diffusion of content and material portraying or promoting gender identities that differ from the sex assigned at birth, including homosexuality or sex reassignment, as well as restriction of such contents to late-night hours. The enacted law also targets professions related to sexual culture, sexual life, sexual orientation and sexual development, prohibiting the diffusion of information on gender identity, sex reassignment or homosexuality. The measure drew widespread condemnation and prompted action by the Commission urging the Hungarian government to backtrack. Following unproductive exchanges and the completion of the pre-litigation phase, the Commission brought an infringement action against Hungary on 19th December 2022. The Commission contends that the newly enacted Hungarian legislation is in breach of primary law (Article 56 TFEU), selected EU legislation (Services Directive, Audiovisual Media Services Directive, e-Commerce Directive, GDPR) and the Charter of Fundamental Rights (Articles 1, 7, 8, 11, 21). Finally, in its action the Commission contends that by adopting the controversial legislation Hungary has also breached Article 2 TEU.

Before turning to AG Ćapeta's reasoning, it is worth briefly considering the Commission's initiative. Although the move is unprecedented, Article 2

TEU is not invoked as the sole ground of review. In fact, the invocation of Article 2 TEU as a distinct ground of action appears to serve as a normative and axiological frame of a multi-layered claim, grounded on primary and secondary law, further complemented by provisions of the Charter (the Commission's approach has also been described as a "cascade of provisions", see L. KAISER, A. KNECHT, L. D. SPIEKER, *European Society Strikes Back. The Member States Embrace Article 2 TEU in Commission v. Hungary*, in *verfassungsblog.de*, 26 November, 2024). This appears to be coherent with a "third way", that is, invoking Article 2 TEU as a "*flanking*" provision (L. S. ROSSI, "*Concretised", "Flanked", or "Standalone"? Some reflections on the Application of Article 2 TEU*, in *europeanpapers.eu*, 2025, p. 20). This strategy is purportedly aimed to uncover that the Hungarian move has done "something more" than just breaching EU law. Therefore, the action eschews the most sensitive and controversial issue, that is, the justiciability of Article 2 TEU *outside* the scope of application of EU law and as a *standalone* provision. Nevertheless, the move sparked debate. Some commentators have expressed skepticism (see M. BONELLI, M. CLAES, *Crossing the Rubicon? The Commission's use of Article 2 TEU in the infringement action on the LGBTIQ+ rights in Hungary*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2023), while others have expressed support (L. D. SPIEKER, *Berlaymont is back: The Commission invokes Article 2 TEU as self-standing plea in infringement proceedings over Hungarian LGBTIQ rights violations*, in *EU Law Live*, 2023). The action has also received significant institutional backing: sixteen intervening Member States and the European Parliament sided with the Commission and advocated for the justiciability of EU values. In occasion of the hearing Hungary stood alone. Finally, it is notable that – despite the extent and severity of the violation – the Commission did not apply for *interim measures*. This omission is significant given the increasing relevance of such measures in recent years, particularly since the *Polish forest* case (order of 27 July 2017, Case C-441/17 R, *Commission v. Poland*) and subsequent infringement actions brought against Poland due to its reforms of the judiciary.

3. *The AG Opinion*

In the following section, the reasoning of AG Ćapeta will be elucidated with specific regard to the issue of justiciability of values through Article 258 TFEU. From the outset, the AG puts forward a distinction between

invoking Article 2 TEU on a *self-standing* or an *autonomous* ground, the former implying that the matter falls within the scope of EU law, while the latter would allow for scrutiny beyond the scope of application of EU law or independently of other breaches of EU law (para. 32 of the Opinion). The AG then stresses that the case at hand squarely falls within the first hypothesis: in fact, the applicability of Article 2 TEU (and of the Charter) is "triggered" by the provisions of primary and secondary law invoked by the Commission. AG Ćapeta then addresses the issue of the legal nature of values. She refers to the role of values as constitutive elements of the European legal order, ultimately defining the *very identity* of the European Union (paras. 157-158 of the Opinion). This holds consequences beyond the axiological dimension. In fact, the common recognition and acceptance of values by the Member States is the fundamental premise upon which the Union's legal structure is founded. It implies and justifies the existence of mutual trust between Member States (para. 161 of the Opinion; see Opinion of the Court of 18 December 2014, 2/13, para. 168).

Ćapeta then turns to the configuration of obligations directly stemming from Article 2 TEU, putting forward a textual, historical and systemic argument. In particular, the latter focuses on the importance of Article 49 TEU and the principle of *non-regression*. In her account, the combined reading of Articles 2 and 49 TEU imposes "self-standing obligations" on Member States to maintain and promote actively the values enumerated in Article 2 TEU (para. 186 of the Opinion). The AG then moves to discuss the arguments for and against the justiciability of values via judicial proceedings, namely the infringement procedure under Article 258 TFEU. She puts forward that this is provided for by Article 258 TFEU: the provision's broad wording and the procedure's objective nature suggest that the respect of obligations stemming from Article 2 TEU equally falls within the Court's purview. Moreover, whenever the drafters intended to perimeter the otherwise general jurisdiction of the Court, they expressively provided so. This is the case for CFSP (art. 24 (1) TEU and article 275 TFEU) and Article 7 TEU procedures (Article 269 TFEU); on the contrary, no limitation was imposed on the scrutiny over the respect for Article 2 TEU (para. 195 of the Opinion).

The AG then stresses that the justiciability of Article 2 TEU in the context of the infringement procedure is not at odds with the procedure established pursuant to Article 7 TEU, as the two are not mutually exclusive. The arguments on the circumvention of Article 7 TEU were already dismissed by the Court in the Conditionality judgments, where the ECJ held that the

protection of values is not exclusively pursued through the political procedure under Article 7 TEU (judgment *Hungary v. Parliament and Council*, cit., para. 159; judgment *Poland v. Parliament and Council*, cit., para. 195). Said provision cannot, therefore, be interpreted as a constitutional choice to submit the control and sanction of breaches of Article 2 TEU exclusively to a political procedure (para. 199 of the Opinion). Finally, the AG challenges the idea that the open and indetermined character of values could prevent their judicial enforcement. The interpretation of indeterminate notions is an activity normally entrusted to constitutional courts (para. 206), and the Court has fulfilled this task when it concretised the value of the rule of law in more specific principles, such as effective judicial protection (judgment of 5 November 2019, Case C-192/18, *Commission v. Poland*, para. 106; of 27 February 2018, Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juìzes Portugueses*, para. 32), democracy (judgment of 19 November 2024, Case C-814/21, *Commission v. Poland*, para. 112) and equality (judgment of 11 June 2024, Case C-646/21, *Staatssecretaris van Justitie an Veiligheid*, para. 33 ff.). Moreover, AG adds that in order for a legal rule to be employed as a yardstick in judicial review its precision does not need to be as high as the precision and clarity required for direct effect (para. 210). Finally, this role does not defy the Court's role as an independent institution, as the judges limit themselves to conclude whether a Member State has crossed "red lines" and do not need to fill the content of values themselves (para. 212). As to the practical implications of an action under Article 258 TFEU, declaration of infringement would serve a "diagnostic purpose", disclosing the real causes of other infringements and providing the defaulting Member States with insight on the initiatives needed to put an end to the violation. On top of that, it allows for the imposition of financial penalties that reflect the seriousness of the infringement (para. 232, referring to judgment of 13 June 2024, Case C-123/22, *Commission v. Hungary – Accueil des demandeurs de protection international II*).

The most delicate and controversial passage of the Opinion is the attempt by the AG to define the constitutive elements of a breach of Article 2 TEU. The quantity and seriousness of the breaches of fundamental rights or other fundamental principles of EU law are not sufficient to capture the complexity of the infringement. Instead, the defining criterium is the *negation* of one or more of the values enshrined in Article 2 TEU (paras. 237-238). AG Ćapeta's reconstruction, therefore, departs from the Commission's and intervening Member States' stance on the occasion of the hearing. In her view, they wrongly relied on the reading of Article 7 TEU, which refers

to the existence of a serious and persistent breach. Instead, it is the *negation* of values underlining the breaches to fundamental rights and principles that renders them serious and systemic (para. 241). To assess whether a Member State "negates" the values enshrined in Article 2 TEU, the Court must look into the specific circumstances of each case. Ćapeta adds that the seriousness and/or quantity of EU primary and secondary rules, as well as of the Charter, may not in itself be conducive to finding a breach of Article 2 TEU, even though such elements might be an important indication of the negation of values enshrined in Article 2 TEU (paras. 246-247). On these grounds, AG Ćapeta concludes for the breach of Article 2 TEU by Hungary.

That being said, the Opinion rendered by AG Ćapeta seems both bold and balanced. Certainly, the attempt to define what constitutes a breach of EU values through the notion of "negation of values" has spurred controversy and drew criticism (among the first comments L. KAISER, *From Dialogue to Discord: Some Reflections on Advocate General Ćapeta's Arguments Regarding Art. 2 TEU*, in *verfassungsblog.de*, 10 June 2025; S. FITZPATRICK, *Crossing "Red lines": Invoking Article 2 TEU in Infringement Litigation*, in *Review of European Litigation*, 2025; in the Italian scholarship, G. DI FEDERICO, M. LANOTTE, *Le Conclusioni dell'AG Ćapeta in Commissione c. Ungheria e l'uso a sé stante dell'art. 2 TUE*, in *rivista.eurojus.it*, 2025; *contra*, for a positive appraisal, L. KRUŠEVLJANIN, *Constitutional Awakening of Values*, in *verfassungsblog.de*, 3 July 2025). However, among the possible interpretative outcomes AG Ćapeta opted for the less controversial. Her approach hints at a "minimalistic" or "negative" understanding of values under Article 2 TEU (A. VON BODGANDY, *Towards a Tyranny of Values?*, in A. VON BODGANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWARTER, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT (eds.), *Principles on Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin, 2021, p. 73 ff.), targeting blatant violations subject to a case-by-case appraisal by the Court. Moreover, it would appear that she rejected positions voicing for the justiciability of Article 2 TEU *beyond* the scope of EU law (see para. 144, where AG Ćapeta mentions that the recourse to Article 258 TFEU is justified in the light of the breach of internal market rules). However, we question whether Ćapeta's contribution genuinely shed light on the practical and theoretical implications of pleading a violation of EU values as a specific plea under Article 258 TFEU. In the following section, the main arguments raised by AG Ćapeta will be critically discussed.

4. *Remarks on the use of the infringement procedure*

As it is well-known, the direct invocability of Article 2 TEU in infringement proceedings has been widely debated in recent years. Legal scholarship remains divided between those who advocate for the direct justiciability of Article 2 TEU (L. D. SPIEKER, *EU Values before the Court of Justice*, cit., p. 62; K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values are Law, after all: Enforcing Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 60 ff.; L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei Valori*, cit.) and those who remain skeptical (T. L. BOEKESTEIN, *Making Do With What We Have: On the Interpretation and Enforcement of the EU's Founding Values*, in *German Law Review*, 2022, p. 431; M. BONELLI, *Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, p. 30; E. LEVITS, *L'Union européenne en tant que communauté des valeurs partagées – les consequences juridique des article 2 et 7 du traité sur l'Union européenne pour les États membres*¸ in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, *op. cit*., p. 521; L. PRETE, *Infringement Proceedings in EU law*, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 225). The Court itself has been somewhat ambiguous on the matter. While it is true that it upheld the legal and binding character of values, it also stated that values are concretised by principles. Additionally, the Court has deemed as inadmissible preliminary references based on Article 2 TEU (see order of 15 January 2020, Case C-647/18, *Corporate Commercial Bank*, para. 43; order of 17 July 2014, Case C-505/13, *Yumer*, para. 22). Advocates General Tanchev and Pikamae have similarly expressed doubts on the standalone use of Article 2 TEU (respectively, Opinion of Advocate General Tanchev, of 17 December 2020, Case C-824/18, *A. B.*, para. 35; Opinion of Advocate General Pikamae, of 11 December 2019, Case C-457/18, *Slovenia v. Croatia*, para. 132). Ćapeta's stance on this matter strongly tilts towards a full and direct justiciability of values before the Court of Justice. However, some aspects of the AG's reasoning raise perplexities.

First, a plea based on Article 2 TEU is not necessary to unleash the full firepower of financial sanctions under Article 260 (2) TFEU. The discretion enjoyed by the Court of Justice already ensures that adequate sanctions are imposed. The example brought by the Advocate General herself proves this. In *Commission v. Hungary, Accueil des demandeurs de protection internationale II* (C-123/22) the ECJ imposed a record-high financial penalty, although Article 2 TEU was not among the pleas brought by the Commission; on the

contrary, the Court referred to the value of solidarity to underscore the seriousness of the infringement and its impact on the European legal order as whole. Moreover, the case at hand was a procedure under Article 260 (2) TFEU, whereas the first declaratory phase only concerned aspects of European asylum law. This illustrates the role played by Article 2 TEU as an interpretative tool, as opposed to its standalone invocability.

With respect to the diagnostic function, we side with commentators which have expressed doubts on the added value of Article 2 TEU. The profound nature of the infringement is already highlighted by the claims based on the Charter. For example, what more can be added if a violation of the fundamental right to human dignity is declared? Such a breach would already sum up the effects of the marginalisation of the LGBTIQ community carried out by the Hungarian government. The invocation of the Charter already reaches the desired aim, that is, revealing that Hungary's defiance plays at a more fundamental level. As AG Kokott held, the separate and explicit examination of the Charter "*reflects the particular significance and nature of the infringement more clearly; especially if the breach goes beyond the detrimental economic effect*" (Opinion of Advocate Generale Kokott, of 5 March 2020, Case C-66/18, *Commission v. Hungary*, para. 180). Declaring a breach of Article 2 TEU might therefore appear redundant and – as it was already argued elsewhere – serve a rhetorical and contextual purpose, prompting societal and political mobilization (M. BONELLI, M. CLAES, *op. cit.*). And if the overarching goal is to expose a fundamental departure from shared European values – or to question Hungary's adherence to the European political project as a whole – the appropriate *forum* should be open and direct confrontation with other Member States under Article 7 TEU. This is not to say that breaches of values should be dealt with by political procedure only or that deploying one instrument precludes the other. On the contrary, we maintain that a declaration of infringement of primary law *read in the light* of Article 2 TEU could have a "spillover effect", catalysing action at the political level. Under Article 4 (3) TEU, Member States are under the obligation not to jeopardize the attainment of the Union's objectives, including the protection of values (C. HILLION, *op. cit.*, p. 63.). On top of that, the joint reading of Articles 2 and 49 TEU requires Member States to actively promote founding values. Accordingly, should the Court declare a (direct or indirect) breach of Article 2 TEU, Member States should be expected to act also within the political arena, moving forward through the stages of the procedure and, if needed, conclude for the existence of a serious and persistent breach of values enshrined in Article 2 TEU. Precedents

in other areas, such as external relations, might support this approach. For instance, in *Commission v. Germany (COTIF II)* the ECJ upheld Commission's actions against Member States which adopted political resolutions incompatible with the position expressed by EU institutions (judgment of 27 March 2019, Case C-620/16, *Commission v. Germany*, para. 92 ff.). A similar logic could be applied *mutatis mutandis*. On this note, Prof. Lucia Serena Rossi recently suggested that a prior finding by the Court of a violation of the values of Article 2 TEU might even entail an obligation for the Commission to trigger the procedure of Article 7 (2) TEU (L. S. ROSSI, *A Legal Scalpel Instead of an Axe. How a Reinterpretation of Article 7 TEU Could Neutralise Hungary's CFSP Veto Strategy*, in *verfassungsblog.de*, 9 July 2025). This would mutually reinforce the effectiveness of both procedures, as a declaration by the ECJ would compel Member States to act and, conversely, political pressure under Article 7 TEU would encourage prompt and full compliance with the ECJ's ruling. The strong reaction by a majority of Member States creates expectations on their stance. On another note, it remains doubtful that a declaration of a breach of Article 2 TEU would facilitate implementation for both the defaulting Member State and the Commission. It is not mischievous to foresee that Hungary will try and take advantage of the vagueness of the concept of the "negation of values" to engage the Commission in disputes over whether it will have complied or not with the ruling. This could ultimately jeopardize the prospects of an action under Article 260 (2) TFEU.

Finally, it has already been observed that Ćapeta's proposal neglects that what she qualifies as "negation of values" could be framed as a disproportionate restriction of fundamental rights under Article 52 (1) of the Charter (S. FITZPATRICK, *op. cit.*). Instead, Ćapeta argues that the underlying negation of values explains the quantity and seriousness of fundamental rights violation. Yet this approach appears to displace the objective proportionality test with a more undetermined and vaguely subjectively characterised concept – such as that of negation of values. On top of that her account also substantially inverts the Commission's order of pleas. All this could come at the expense of legal certainty, foreseeability (G. DI FEDERICO, M. LANOTTE, *op. cit.*, p. 355) and – one might add – acceptability of the final judgement.

At a broader level, the introduction of a requirement reflecting a deliberate subversive action or intent by the Member State could sit uneasily with the traditional understanding of the infringement procedure as *objective* in nature. In fact, according to settled case law, the motives behind a Member State's conduct are irrelevant (judgment of 13 July 2006, Case C-61/05,

Commission v. Portugal, para. 31 and case law cited therein; see also L. PRETE, *La procedura di infrazione*, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Torino, 2025, p. 122). The concept of general and persistent infringements, as developed by AG Geelhoed and subsequently embraced by the Court of Justice in the *Irish Waste* case (Opinion of Advocate General Geelhoed, of 23 September 2004, Case C-494/01, *Commission v. Ireland*, para. 43 ff.) is often referred to by those who uphold the need to address systematic breaches of values; however, its definition does not lie on any subjective or psychological factor, rather on the seriousness, extent and duration of the infringement.

5. *Conclusions*

Against this backdrop, the Court might resolve to stick to its already established case law, deploying Article 2 TEU as an interpretative tool to give depth and breadth to other legal provisions. In matter of infringement proceedings, this was recently done in the well-known *golden passport* case (judgment of 29 April 2025, Case C-181/21, *Commission v. Malta*, para. 95), where the values of solidarity and mutual trust were invoked by the Court to justify the encroachment on Member States' exclusive competence in matter of citizenship. By the same token, Article 2 TEU recently came into play to ensure that non-nationals can effectively run for elections at the local and European level by joining political parties (judgment *Commission v. Poland*, cit., para. 112; judgment of 19 November 2024, Case C-808/21, *Commission v. Czech Republic*, paras. 114-161). In none of these cases, however, the Commission explicitly based its claims on Article 2 TEU. These cases might hint at the ECJ's willingness to employ Article 2 TEU as an argumentative device, without formally declaring its breach in the *decisum*. This approach may ensure that the seriousness and extent of the breach is emphasized in the reasoning while avoiding the quicksand of the direct and autonomous justiciability of Article 2 TEU.

Be as it may, the ruling will mark another step in the *constitutional parabola* of the infringement procedure. Initially conceived and deployed as a mechanism for supervising the implementation of internal market rules, the procedure has gradually evolved into a tool of *constitutional oversight* over the respect of fundamental rights, the rule of law and its components within Member States. The fact that such a stark evolution took place primarily through initiatives by the Commission and the ECJ – without any treaty

amendment - justifies the labelling of a *constitutional moment* of the infringement procedure (A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHIMDT, M. TABOROWSKI, *A potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red Lines*, in A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHIMDT (eds.), *op. cit.*, p. 386).

However, this creeping evolution process raises more general question concerning the future of the infringement procedure as an enforcement tool. If Article 258 TFEU has turned into an instrument for a full-fledged constitutional review over Member States' initiatives also in domains which were until recently considered to be of their exclusive competence, then the resulting functional fragmentation must not be overlooked. The same procedure is now used to supervise over the respect of highly detailed technical legal frameworks (for example, the normative *corpus* on environmental protection and waste management), to ensure the timely transposition of directives (now under Article 260 (3) TFEU) and to tackle systemic threats to the European legal order and *éthos*. By the same token, the Commission's role as the guardian of the Treaties is polyhedric, acting both as an enforcer of highly technical obligations and as an active promoter of values. However, such a conflation of functions might be not easily reconcilable with structural features of the procedure, namely the unfettered discretion entrusted to the Commission. In conclusion, the aforementioned changes and trends compel a renewed broad discussion on the nature and functions of the infringement procedure and, subsequently, on what role should be played by the European Commission in light of its emboldened political role, on the prerogatives (and duties?) of Member States *vis-à-vis* their peers and other European institutions.

Abstract (ita)

Il presente contributo si sofferma sulle conclusioni rese dall'Avvocato generale Ćapeta nella causa C-769/22 (*Valori dell'Unione*), discutendone criticamente il contenuto. In particolare, viene affrontato il nodo dell'invocabilità diretta dell'articolo 2 TUE nell'ambito della procedura di infrazione per contestare violazioni sistemiche dei valori fondamentali dell'Unione da parte di uno Stato membro. Il commento mira ad evidenziare le criticità teoriche e pratiche della ricostruzione dell'AG, in particolare della nozione di "negazione" dei valori quale metro di giudizio per qualificare un'infrazione ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

Abstract (eng)

This contribution examines the Opinion delivered by Advocate General Ćapeta in Case C-769/22 (*Valeurs de l'Union*), offering a critical discussion of its content. In particular, it addresses the issue of the direct justiciability of Article 2 TEU within infringement proceedings as a basis for challenging systemic violations of the Union's fundamental values by a Member State. The commentary aims to highlight both the theoretical and practical shortcomings of the Advocate General's reasoning, with specific reference to the notion of "negation" of values as the standard for determining an infringement under Article 258 TFEU.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2026
dalla *Grafica Elettronica* – Napoli