IRPA | ISTITUTO DI RICERCHE SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Progetto di ricerca IRPA-IGT

"LE ASIMMETRIE TRA STATO ED ECONOMIA"

Coordinamento scientifico

Lorenzo Saltari

Componenti dell'unità di ricerca

Livia Baldinelli, Dario Bevilacqua, Valerio Bontempi, Gianluca Buttarelli, Maria Giusti, Salvatore Milazzo, Giorgio Mocavini, Rosaria Morgante, Anna Pirri Valentini, Flavio Valerio Virzì

Il rapporto è stato realizzato anche con il contributo di IGT Lottery S.p.A.

IRPA Working Paper – No. 1/2025

All rights reserved.

No part of this paper may be reproduced in any form without permission of the author.

© 2025 Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione

2025, Rome, Italy

www.irpa.eu

IRPA Working Papers - ISSN 2280-868X

Cite as: *Le asimmetrie tra Stato ed economia*, IRPA Working Paper – No. 1/2025

The **IRPA** – Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione (Institute for research on public administration) is a non profit organization, founded in 2004 by Sabino Cassese and other professors of administrative law, which promotes advanced studies and research in the fields of public law and public administration. The current president is Prof. Lorenzo Casini.

.

IRPA Working Papers Steering Committee:

Francesco G. Albisinni; Bruno Carotti; Sabino Cassese; Lorenzo Casini; Eleonora Cavalieri; Benedetto Cimino; Martina Conticelli; Elisa D'Alterio; Sveva Del Gatto; Marco Macchia; Bernardo G. Mattarella; Elisabetta Morlino; Giulio Napolitano; Lorenzo Saltari; Luisa Torchia.

SOMMARIO

PREMESSA 4

FLAVIO VALERIO VIRZÌ, *Confini statali a «fisarmonica» per gestire i flussi migratori: i casi di Stati Uniti, Regno Unito e Italia* 10

DARIO BEVILACQUA, *I movimenti di capitali nei mercati mondiali: efficienza amministrativa, regulatory failures e tutela degli interessi deboli* 31

MARIA GIUSTI, *Gli accordi preferenziali di libero scambio: i casi dell'Unione europea, degli Stati Uniti e della Cina* 48

VALERIO BONTEMPI, *Critical Raw Materials e transizione verde: una sfida geopolitica per l'Unione europea* 65

LIVIA BALDINELLI, *L'ampliamento dei confini delle imprese: il caso Lottomatica-IGT* 78

ANNA PIRRI VALENTINI, *Dalla concorrenza tra imprese alla concorrenza tra Stati: il caso Stellantis* 92

GIORGIO MOCAVINI, *Gli stabilimenti industriali strategici tra crisi e tentativi di rilancio: il caso dell'ex ILVA* 106

ROSARIA MORGANTE, *Il potere dello Stato sull'economia: l'esercizio dei «poteri speciali» nel caso Pirelli* 132

SALVATORE MILAZZO, *Il potere dell'economia sullo Stato: il caso delle agenzie di rating* 147

GIANLUCA BUTTARELLI, *La concorrenza tra Stati e Big Tech nell'esercizio della sovranità: il caso Meta* 175

PREMESSA

Fino a tempi relativamente recenti, territori, Stati, sistemi giuridici e mercati sono pensati come fenomeni integrati: il potere sovrano di uno Stato si esercita all'interno di un determinato territorio e i confini nazionali segnano i limiti del mercato interno. Da questa impostazione discende che il diciannovesimo è stato il secolo del colonialismo: gli imperi coloniali erano innanzitutto mercati distinti tra loro in competizione. L'attuale fenomenologia, diversamente, mostra come i mercati internazionali siano caratterizzati da una maggiore apertura e la competizione si svolge soprattutto tra imprese in un'arena economica divenuta pressoché globale. Peraltro, in alcuni settori come i mercati digitali, soggetti privati operano senza un legame diretto con un determinato territorio e si tratta di settori economici che rivestono un'importanza pari, se non superiore, a quella dei mercati fisici[1].

La globalizzazione ha comportato anche una trasformazione dell'assetto delle imprese. In passato, queste ultime adottavano modelli organizzativi di tipo fordista, riuscendo a gestire al proprio interno l'intero processo produttivo, dalla progettazione alla commercializzazione. Oggi, invece, dominano le cosiddette «catene globali del valore» (c.d. *global value chains*), con le aziende che esternalizzano diverse fasi della produzione ad altre imprese situate in varie parti del mondo, limitandosi spesso alla fase di assemblaggio del prodotto finito[2]. Più recentemente, a seguito della pandemia da Covid-19, si sta verificando anche un fenomeno di parziale ritorno delle attività produttive nei Paesi di origine, noto come *reshoring*, che però non ha una portata tale da rimettere in discussione in radice l'assetto della globalizzazione[3].

Nel secondo dopoguerra, gli Stati hanno cooperato per rendere i mercati sempre più interconnessi, come dimostrano per un verso i casi dell'Unione europea e di altre organizzazioni macroregionali, per un altro le normative globali stabilite dall'Organizzazione mondiale del commercio. Grazie alla globalizzazione, sono emersi operatori economici multinazionali che hanno l'obiettivo di investire in Paesi dove ci si attende di ottenere profitti più elevati.

In questo contesto, il ruolo degli Stati è mutato e tende ad una continua modificazione: gli Stati accettano di cedere parte della loro sovranità a enti regolatori globali, ma al contempo acquisiscono nuove forme di sovranità, grazie alla loro capacità di influire e partecipare alle

[1] «A gennaio 2024, nel mondo accedevano a Internet due persone su tre, ossia 5,35 miliardi (il 66,2%) della popolazione mondiale, con un aumento del 15% rispetto al 2021. L'incremento degli utenti dei *social media* è ancora più rapido: all'inizio del 2024 erano 5,04 miliardi di persone, pari al 62% della popolazione mondiale, con un aumento di oltre il 10% rispetto al 2021. Alla fine del 2023 gli indirizzi Internet (i c.d. nomi di dominio) erano oltre 360 milioni, mentre nel 2008 erano 160 milioni. Anche i numeri della piattaforma Facebook sono impressionanti: nell'aprile 2023, gli utenti attivi mensili hanno superato i 3 miliardi e continuano a crescere» (così L. CASINI, *Il futuro dello Stato (digitale),* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2024, n. 2, p. 434).

[2] L'esistenza di mercati aperti e integrati a livello internazionale, infatti, consente ai sistemi produttivi nazionali di specializzarsi in alcune fasi delle catene globali del valore, come spiegato da E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Milano, Mondadori, 2013, 39 ss.

[3] Come chiarito da S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2024, n. 2, 531 ss., secondo il quale «il *reshoring* è limitato ed è per lo più un *nearshoring* o un *friendshoring*: ad esempio, le imprese degli Stati Uniti si rivolgono al Messico piuttosto che alla più lontana Cina» (p. 532). In generale, sul parziale rientro, a seguito della pandemia da Covid-19, di attività produttive in passato delocalizzate si veda P. BOCCARDELLI e D. IACOVONE (a cura di), *Lo scenario economico dopo il Covid-19. Un piano strategico per ripartire,* Bologna, il Mulino, 2020.

regolamentazioni internazionali[4]. Tutto ciò ha anche contribuito alla formazione di valori condivisi a livello transnazionale[5].

La globalizzazione, comunque, non procede in maniera lineare. Sono molteplici, infatti, le contraddizioni, gli arretramenti e le reazioni di chiusura. Esaminando il fenomeno dalla prospettiva politico-sociale può evincersi come nei Paesi emergenti la globalizzazione stia contribuendo a far uscire milioni di persone dalla povertà, mentre in quelli sviluppati sta facendo emergere nuove condizioni di disuguaglianza[6]. E questo non è privo di conseguenze. Le tensioni sociali ingenerate si stanno riverberando sui sistemi politici e, in particolare, sugli ordinamenti democratici. Per ellissi può osservarsi come la globalizzazione, erodendo la sovranità statale, da un lato ha contribuito a mettere in crisi il modello stesso di democrazia che si era andato affermando negli Stati nazionali[7]; dall'altro, sta alimentando pulsioni populiste che tendono a fondersi con istanze sovraniste proprio in reazione oppositiva[8]. Questo sintetico inquadramento dei cambiamenti politici, economici e sociali indotti dalla globalizzazione mostra la crisi di alcuni pilastri fondamentali del costituzionalismo, come il ruolo dello Stato nell'economia, nella redistribuzione delle risorse o nell'erogazione di servizi pubblici nel perseguimento dell'uguaglianza in senso sostanziale[9].

All'aumento della disuguaglianza tra classi sociali all'interno degli Stati si è affiancata anche una rinnovata competizione internazionale tra gli Stati stessi. Da una parte, si avverte l'esigenza di tutelare taluni settori produttivi nazionali esposti alla concorrenza sleale e a fenomeni di *dumping* sociale. Ciò conduce alla moltiplicazione e all'estensione dei meccanismi di controllo degli investimenti esteri[10]. Dall'altra, le tensioni geopolitiche hanno riportato in auge fenomeni di integrazione e contrapposizione tra blocchi di Stati[11]. Si pensi, in questa prospettiva, agli accordi commerciali macroregionali e all'imposizione di dazi che colpiscono le importazioni provenienti da determinati Paesi. Peraltro, può dubitarsi che queste politiche

---

[4] Su questo si veda il volume di S. CASSESE, *A World Government?*, Siviglia, Global Law Press, 2018 (spec. 47 ss.), in cui l'autore ha raccolto molti dei propri scritti precedenti in tema di *global administrative law*. Sul tema si cfr. anche L. CASINI, *Lo Stato (im)mortale. I pubblici poteri tra globalizzazione ed era digitale,* Milano, Mondadori, 2022, 38 ss.

[5] Il ruolo dello Stato nella produzione del diritto, quindi, non è più monopolistico, come osservato di recente anche da N. LIPARI, *Elogio della giustizia,* Bologna, il Mulino, 2021. Non manca chi addirittura arriva a sostenere che, grazie alla globalizzazione, si sarebbe giunti a una «civiltà planetaria» fondata sui principi giuridici della tradizione occidentale: in questo senso si legga A. SCHIAVONE, *L'occidente e la nascita di una civiltà planetaria,* Bologna, il Mulino, 2022, 104 ss.

[6] Il fenomeno è ampiamente noto ed è stato osservato che, a partire dagli anni Ottanta del ventesimo secolo, in concomitanza con i fenomeni della globalizzazione e dell'informatizzazione, crescita economica e diminuzione delle diseguaglianze nei Paesi sviluppati sono sembrati obiettivi non più conciliabili e tra loro addirittura alternativi. In questo senso si legga C. TRIGILIA (a cura di), *Capitalismi e democrazie. Si possono conciliare crescita e uguaglianza?*, Bologna, il Mulino, 2020. Sulle nuove disuguaglianze generate dalla globalizzazione si rinvia a S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, Bologna, il Mulino, 2015.

[7] In particolare, si è fatto spesso riferimento alla presenza di poteri economici di carattere globale in grado di trascendere la volontà dei poteri pubblici ancorati ai confini nazionali. Così sono oggetto di critica le grandi oligarchie finanziarie (M.L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 21 ss.) e i poteri privati o ibridi, protagonisti di un processo «di nascondimento, o di vero e proprio inabissamento del potere» nella *governance* globale (così M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi,* Bologna, il Mulino, 2022, p. 32).

[8] Sulla crescita dei movimenti populisti e sovranisti per effetto della globalizzazione e dell'affermazione del neoliberalismo si rinvia a: Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, il Mulino, 2019, 157 ss.; C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, il Mulino, 2019; L. MORLINO e F. RANIOLO, *Disuguaglianza e democrazia*, Milano, Mondadori, 2022.

[9] Come illustrato da A. POGGI, *Oltre la globalizzazione. Il bisogno di uguaglianza,* Modena, Mucchi, 2020.

[10] Si è parlato, in proposito, del ritorno dello «Stato doganiere» e della «febbre del *golden power*»: sul punto si vedano G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del* golden power *e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, n. 5, 549 ss. e A. SANDULLI, *La febbre del* golden power, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2022, n. 3, 743 ss.

[11] La globalizzazione, in particolare, avrebbe subito un rallentamento a causa di una sempre più marcata concorrenza tra sistemi economici nazionali o macroregionali, come osservato da S. AMOROSINO, *Concorrenza* versus *osmosi tra ordinamenti nelle "regolazioni economiche"*, in *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità,* a cura di A. Antonucci, M. De Poli e A. Urbani, Torino, Giappichelli, 2019, 95 ss.

protezionistiche possano produrre effetti davvero positivi per le economie nazionali[12]. Per alcuni Stati, per esempio, è molto più conveniente favorire gli investimenti per la crescita e la modernizzazione del sistema produttivo che chiudere le frontiere: questo vale certamente per l'Italia che, essendo povera di risorse naturali, non potrebbe prosperare senza una stretta integrazione con i mercati internazionali[13].

La globalizzazione, poi, è al contempo causa ed effetto di almeno altri due fenomeni che generano insieme interdipendenze e dinamiche contraddittorie: si pensi all'immigrazione e alla digitalizzazione. La globalizzazione, connettendo le parti del modo, nonostante il miglioramento delle condizioni di molte aree arretrate, tende a rendere strutturale l'immigrazione definita economica. Sono crescenti i flussi di persone che si spostano da un Paese all'altro alla ricerca di migliori condizioni di vita. Del resto, i flussi migratori possono divenire necessari per il corretto funzionamento dei mercati: le imprese e i sistemi economici più avanzati hanno bisogno di essere alimentati da manodopera specializzata o da ingaggiare a costi più contenuti anche in considerazione dell'enorme differenziale demografico che separa il sud dal nord del mondo. La reazione avversa delle opinioni pubbliche nazionali spinge tuttavia gli Stati a contrastare l'immigrazione qualificata come illegale e clandestina, favorendo solo l'arrivo di persone più pronte a contribuire alla sostenibilità e alla produttività del sistema economico. Si considerino in questa prospettiva, per esempio, le politiche di incentivi di tanti Stati che mirano ad attirare talenti di ogni nazionalità per accelerare l'innovazione tecnologica.

Anche di fronte alla trasformazione digitale della società gli Stati alternano posizioni di favore ad altre di netta ostilità. È indubbio, infatti, che nella transizione digitale vi siano numerose opportunità, derivanti dall'enorme mole di dati e di informazioni che può essere messa a disposizione di imprese e utenti, dalla velocizzazione degli scambi commerciali, dalla facilità di movimento dei capitali. Allo stesso tempo, però, l'esistenza di grandi piattaforme digitali, che si pongono come veri e propri oligopoli verticalmente integrati, pone sfide sempre più serie agli ordinamenti democratici[14]. Ci si interroga, infatti, sulle regolazioni da adottare per prevenire la disinformazione di massa e, più in generale, per riconoscere diritti digitali soggettivi[15], sui modelli di intelligenza artificiale che gli attori privati possono impiegare per gestire i dati di miliardi di individui[16], sull'imposizione fiscale che dovrebbe gravare in modo coordinato sui giganti del digitale[17].

In questo contesto, pare opportuna una riflessione sulle vecchie e sulle nuove asimmetrie tra lo Stato e l'economia.

Le differenze tra i poteri pubblici e gli attori privati sono sempre esistite e alcune di esse sono inevitabili. Anche fenomeni come l'integrazione dei mercati a livello globale e

---

[12] Una posizione critica nei confronti delle chiusure selettive ai mercati da parte degli Stati nazionali è assunta, di recente, da A. SARAVALLE e C. STAGNARO, *Contro il sovranismo economico,* Milano, Rizzoli, 2020. Le aggregazioni macroregionali, dunque, dovrebbero servire a rafforzare il coordinamento intestatale per superare eventuali crisi globali, come osservato da I. CIPOLLETTA, *La nuova normalità. Istruzioni per un futuro migliore,* Roma-Bari, Laterza, 2021.

[13] A questo proposito si è dimostrato che l'Italia, da un lato, non potrebbe mai essere autosufficiente e vivere senza sbocchi sui mercati internazionali, dall'altro, però, essa non può competere nel mondo solo con un sistema pulviscolare di piccole e medie imprese a conduzione familiare. Pertanto, i poteri pubblici dovrebbero facilitare la formazione di grandi imprese. Questa considerazioni sono tratte da A. GIUNTA e S. ROSSI, *Che cosa sa fare l'Italia. La nostra economia dopo la grande crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 93 ss.

[14] Sugli oligopoli verticalmente integrati delle piattaforme digitali si rinvia a L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione,* Bologna, il Mulino, 2023, 22 ss.

[15] In tema si veda G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, il Mulino, 2024, 71 ss.

[16] Sulla dipendenza delle piattaforme digitali dall'impiego di modelli di intelligenza artificiale sempre più sofisticati si rinvia a H. KISSINGER, E. SCHMIDT e D. HUTTENLOCHER, *L'era dell'intelligenza artificiale. Il futuro dell'identità umana,* Milano, Mondadori, 2023, 82 ss.

[17] Sul punto si cfr. M. PACINI, *La tassazione delle multinazionali digitali nell'arena globale degli interessi economici*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, n. 1, 35 ss.

l'innovazione tecnologica non sono del tutto inediti. Tuttavia, è indubbiamente nuova l'intensità con cui si manifestano tali asimmetrie. In particolare, appare evidente una discrepanza tra le azioni dei poteri pubblici e quelle delle imprese private, soprattutto per quanto riguarda la «territorialità» delle politiche e degli interessi statali, anche quando gli Stati operano nei mercati internazionali, e la «logica globale» delle grandi multinazionali. Dalla tensione tra politiche statali di ambito territoriale e le dinamiche globali delle imprese sorge un complesso intreccio di relazioni tra attori pubblici e privati, in cui è difficile distinguere quando lo Stato governa l'economia e quando, al contrario, è l'economia a orientare in modo determinante le decisioni dei poteri pubblici.

In questo contesto, l'Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione (Irpa) ha promosso un'indagine sui profili di asimmetria tra Stato ed economia, che si sviluppa attraverso un'analisi induttiva di casi particolarmente utili a mettere in evidenza un moto contraddittorio: gli Stati si aprono alla globalizzazione, ma intensificano i controlli alle frontiere; accettano la formazione di poteri «deterritorializzati», salvo rivendicare la sovranità territoriale quando sono in gioco gli interessi nazionali[18]. Queste contraddizioni sono evidenti in tutti e quattro i settori su cui la globalizzazione di norma incide, ossia la circolazione delle persone, delle imprese, delle merci e dei capitali. I confini degli Stati avanzano o arretrano, esistono solo sulla carta o costituiscono barriere fisiche insormontabili, a seconda delle diverse circostanze: gli Stati scoraggiano l'immigrazione clandestina, ma attraggono forza lavoro qualificata; proteggono l'economia nazionale da investimenti predatori di imprese straniere, ma favoriscono i rilevanti investimenti delle multinazionali; rimuovono dazi e altre barriere all'importazione di merci da Paesi alleati, ma alzano muri contro imprese di Paesi considerati avversari; consentono l'afflusso di capitali stranieri, quando questo serve a creare crescita economica, ma si avvalgono di poteri di interdizione quando quegli stessi capitali potrebbero rappresentare un rischio per la sicurezza nazionale.

Più in dettaglio, la ricerca si articola nel modo seguente.

Flavio Valerio Virzì analizza i meccanismi di controllo statale della circolazione delle persone, riflettendo soprattutto sulle politiche di gestione dell'immigrazione irregolare da parte degli Stati. In questa prospettiva, approfondisce tre casi. Il primo è quello relativo alle strategie di *shifting borders* impiegate dagli Stati Uniti per rendere più facili respingimenti ed espulsioni dei migranti. Il secondo è il tentativo fallimentare di esternalizzare la funzione di controllo sugli ingressi da parte del Regno Unito. Il terzo caso riguarda l'approccio italiano alla questione migratoria, che si declina in vari modi: nell'arretramento della frontiera, con il respingimento differito, la finzione di non ingresso e il trattenimento di fatto nelle zone di transito territoriale; nell'avanzamento della frontiera, con i respingimenti verso la Libia e il trattenimento in Albania; nell'affidamento esterno dei controlli sugli ingressi, con i respingimenti delegati alle autorità libiche.

Dario Bevilacqua esamina i movimenti dei capitali a livello mondiale. L'attenzione, in particolare, si concentra sui nodi determinati dagli investimenti stranieri. In questo campo, la regolamentazione globale si sovrappone alle discipline nazionali, gli interessi degli Stati talvolta coincidono con quelli degli investitori stranieri, talaltra divergono. Da un lato, gli investimenti di capitali stranieri possono innescare la crescita economica, dall'altro, però, possono anche impedire il consolidarsi di attività produttive nazionali. Questi investimenti consentono occasioni di sviluppo per i Paesi poveri, ma vi è il rischio che siano condotti senza alcun riguardo per i diritti delle popolazioni locali. Le asimmetrie tra Stato ed economia, sotto questo profilo, sembrano quindi generare un inevitabile sacrificio non tanto tra interessi pubblici e privati,

[18] Si tratta di contraddizioni già colte da S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?,* Bologna, il Mulino, 2016, 72 ss.

quanto tra interessi ancorati a un territorio (la produzione nazionale, i diritti delle comunità locali) e interessi economici globali (il profitto che si ritiene di ricavare dall'investimento e dalle delocalizzazioni).

Maria Giusti analizza le tensioni e le contraddizioni che emergono in un contesto segnato dalla crisi del multilateralismo e dalla proliferazione di accordi preferenziali di libero scambio. A questo fine, prende in esame i casi dell'Unione europea (Ue), degli Stati Uniti (Usa) e della Cina. Si tratta dei tre principali attori del commercio internazionale, i quali, sebbene protagonisti di numerosi accordi con altri Paesi, non hanno raggiunto intese tra loro. L'autrice individua quattro tipi diversi di asimmetrie. La prima riguarda l'uso discriminatorio dei confini economici, i quali sono abbattuti verso Stati «amici» o alleati, mentre si trasformano in barriere verso altri Stati percepiti come avversari. La seconda asimmetria si manifesta nel divario tra benefici geopolitici e costi economici: l'apertura o chiusura dei mercati verso alcuni Stati può essere guidata da motivazioni geopolitiche, generando tuttavia costi economici significativi per alcuni degli attori coinvolti. La terza asimmetria emerge dalla disconnessione tra vicinanza economica e vicinanza politica o sociale: talvolta i confini si annullano per imprese e capitali, ma non per le persone. La quarta asimmetria concerne la distribuzione diseguale dei benefici e dei costi delle intese all'interno dei singoli Paesi o aggregati sovranazionali, come l'Unione europea.

Valerio Bontempi si sofferma sull'azione politica e normativa dell'Unione europea relativa agli approvvigionamenti delle c.d. terre rare, essenziali per garantire la doppia transizione ecologica e digitale che costituisce la linea strategica più importante per l'Unione nei prossimi anni. Poiché i giacimenti di terre rare sono del tutto assenti dal suolo europeo, l'Unione ha bisogno di importare liberamente questi materiali da altri Paesi. Il problema sorge quando questi Paesi adottano limiti alle esportazioni di tali materie prime. L'asimmetria tra Stato ed economia, quindi, è del tutto evidente: gli Stati ricchi di terre rare cercano di proteggersi da acquisizioni straniere e pongono restrizioni al libero mercato; l'Unione europea, che in altre occasioni adotta anch'essa politiche restrittive, nel caso delle terre rare, al contrario, sostiene la piena circolazione dei beni a livello globale, con accordi bilaterali, partenariati, ricorsi alle istituzioni sovranazionali e propri regolamenti.

Livia Baldinelli illustra le asimmetrie tra Stato ed economia nel peculiare settore dei giochi e delle scommesse, osservando come l'assenza di un quadro di regolazione internazionale condiviso porti alla moltiplicazione di variegate discipline nazionali. Il risultato è che le multinazionali del settore si trovano a sostenere costi differenti di *compliance*, come accade nel caso della società Igt. Le asimmetrie di regolazione non solo impongono oneri differenziati per gli operatori economici, ma favoriscono anche gli arbitraggi regolamentari e risultano inadeguate a colpire il fenomeno dell'*offshore gambling*, ossia dei siti illegali, spesso gestiti da organizzazioni criminali.

Anna Pirri Valentini considera il caso Stellantis come emblematico dei rapporti tra Stati e grandi aziende private nazionali che, con il passare del tempo, diventano vere e proprie multinazionali. L'asimmetria deriva dal fatto che una grande impresa privata nazionale è solitamente sostenuta dallo Stato per via dei livelli occupazionali che garantisce, del valore aggiunto che produce, del volume di indotto che crea in un dato territorio. Quando, tuttavia, quella stessa impresa diviene un operatore economico globale per effetto di fusioni successive, il legame con il territorio dello Stato si spezza, la logica degli investimenti diventa quella delle multinazionali e i sussidi o le agevolazioni statali rischiano di disperdersi o di non garantire i ritorni economici che le autorità si attendevano. Sono gli Stati, quindi, a trovarsi a competere tra loro per attirare gli investimenti di questi attori multinazionali.

Giorgio Mocavini indaga le asimmetrie tra Stato ed economia legate al caso dello stabilimento siderurgico dell'ex Ilva di Taranto. Data la lunga storia dell'Ilva, individua tre tipi di asimmetrie per le tre diverse fasi del ciclo di vita dell'impianto tarantino. Nella prima fase, quella della gestione della Finsider, lo Stato aveva fatto propria la logica dell'impresa, poiché le

esigenze produttive e occupazionali avevano indubbiamente guidato l'investimento pubblico a scapito di altri interessi, come quelli relativi alla protezione dell'ambiente e della salute. Nella seconda fase, che può essere fatta coincidere con il periodo che va dalla prima privatizzazione dell'Ilva alla prima amministrazione straordinaria, le ragioni produttive dell'impresa si sono scontrate con le normative di carattere ambientale e sanitario. Nella terza fase, che è quella attuale e che ha preso avvio con il contratto di affitto stipulato tra l'amministrazione straordinaria dell'ex Ilva e la multinazionale franco-indiana di Arcelor Mittal, i poteri pubblici hanno nuovamente esternalizzato la gestione dello stabilimento, senza che questo consentisse di giungere a un effettivo contemperamento tra esigenze economico-sociali e ambientali e sanitarie, tanto che si è giunti alla seconda amministrazione straordinaria dello stabilimento.

Rosaria Morgante descrive l'esercizio del *golden power* da parte dello Stato italiano in relazione all'investimento del gigante cinese ChemChina in Pirelli. Il caso è particolarmente interessante perché permette di illustrare almeno due asimmetrie tra Stato ed economia. La prima è inquadrabile anzitutto nello squilibrio a monte tra Stato e Stato in quanto in Cina, diversamente da quanto avviene nei Paesi occidentali, vi è una gestione accentrata delle partecipazioni statali e un diretto controllo dello Stato sugli investimenti esteri effettuati da società cinesi in territori stranieri. L'investimento estero di una società cinese, dunque, potrebbe porre rischi alla sicurezza nazionale. La seconda può essere ricondotta al fatto che, a causa della normativa sugli aiuti di Stato, gli operatori economici dell'Unione europea non hanno facile accesso ai capitali pubblici, subendo quindi un trattamento deteriore rispetto ai concorrenti provenienti da Paesi extra-Ue, prima fra tutti la Cina. Il *golden power*, dunque, si presenta come strumento non solo per riaffermare la sovranità dello Stato sull'economia, ma anche per garantire il corretto funzionamento del mercato, alterato dall'azione predatoria di operatori economici di altri Stati.

Salvatore Milazzo, attraverso l'analisi delle attività delle agenzie di *rating*, chiarisce quanto i giudizi espressi da imprese private sulla sostenibilità del debito pubblico degli Stati possa influenzare l'andamento economico degli Stati stessi. Questi ultimi, dunque, non possono fare a meno delle valutazioni del mercato e, in buona misura, dipendono da esse. Le agenzie di *rating* svolgono certamente attività imprenditoriali inerenti a interessi generali, influenzando in maniera rilevante il funzionamento dei mercati finanziari. L'asimmetria, quindi, è a tutto vantaggio del mercato. Per ribilanciare il peso delle agenzie, l'ordinamento, specialmente sovranazionale ed europeo, prevede modalità di registrazione e strumenti di vigilanza, oltre che poteri sanzionatori, affidati a specifiche autorità pubbliche indipendenti.

Gianluca Buttarelli affronta le asimmetrie tra Stato ed economia che emergono in un settore ontologicamente privo di confini, quello delle attività delle grandi piattaforme digitali, che per struttura, attività prestate e servizi erogati costituiscono ordinamenti giuridici potenzialmente autosufficienti. Il vincolo territoriale cui è soggetto l'esercizio dei poteri sovrani degli Stati è l'elemento che con maggiore efficacia evidenzia lo squilibrio esistente tra la diversa estensione e sfera di influenza dei poteri pubblici e privati nel mondo digitale. Sebbene la legislazione nazionale fatichi a ricevere un riconoscimento nei non-territori digitali, gli approcci regolatori al fenomeno si sono moltiplicati e l'autore si sofferma, in particolare, sul caso degli Stati Uniti, dell'Unione europea e della Cina. Ciascuno di questi ordinamenti, infatti, ha adottato modelli distinti di regolazione delle piattaforme digitali.

FLAVIO VALERIO VIRZÌ

CONFINI STATALI A «FISARMONICA» PER GESTIRE I FLUSSI MIGRATORI: I CASI DI STATI UNITI, REGNO UNITO ED ITALIA

SOMMARIO: 1. I confini mobili degli Stati nella gestione del fenomeno migratorio. – 2. Lo *shifting border* degli Stati Uniti, tra de-territorializzazione ed extra-territorializzazione della frontiera. 3. – Il Regno Unito e il fallimentare tentativo di esternalizzare la funzione di controllo sugli ingressi. 4. – L'Italia e il gioco dei confini. – 4.1. L'arretramento della frontiera: il respingimento differito, la finzione di non ingresso e il trattenimento di fatto nelle zone di transito territoriale. – 4.2. L'avanzamento della frontiera: i respingimenti verso la Libia e il trattenimento in Albania. – 4.3. L'affidamento esterno dei controlli sugli ingressi: i respingimenti delegati alle autorità libiche. – 5. Conclusioni.

1. *I confini mobili degli Stati nella gestione del fenomeno migratorio.* - La globalizzazione può essere rappresentata alla stregua di un processo cumulativo di espansione dei fenomeni sociali, come l'economia, il commercio e i flussi migratori, in grado di far emergere asimmetrie nei confronti dello Stato e del suo potere[1]. Gli scambi economici, per inesauribile ricerca del profitto, eccedono il territorio statale, svolgendosi ove vi sia garanzia di convenienza[2]. I flussi migratori, per loro stessa natura, valicano i confini, peraltro con intensità crescente: secondo l'ultimo rapporto dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) il numero stimato di migranti economici in tutto il mondo è di 281 milioni, cui si aggiungono 117 milioni di potenziali rifugiati[3].

Lo Stato tenta anch'esso di ampliare la sfera d'efficacia del suo potere al di fuori del territorio e, al fine di attenuare le anzidette asimmetrie, partecipa a reti globali, facendosi produttore di norme altrettanto globali. Tale tentativo, però, non sempre si rivela di successo, sia nella regolazione economica, che nella gestione migratoria e, segnatamente, nell'azione di contrasto degli ingressi irregolari[4].

Le imprese sfruttano le asimmetrie tra Stato ed economia, facendo calcoli giuridici per scegliere le regole più vantaggiose per i loro investimenti. Le stesse approfittano della concorrenza tra i diversi ordinamenti giuridici statali, praticando *shopping trip*, alla ricerca del diritto che possa maggiormente favorire i loro scambi commerciali. Esse, al contempo, confidano nel funzionamento degli ordinamenti giuridici globali, che dovrebbero fornire adeguate garanzie di sicurezza per gli stessi scambi[5].

I migranti agiscono in maniera analoga, prediligendo come destinazione gli ordinamenti che possano garantire loro condizioni di vita e di lavoro migliori, nonché affidandosi a standard di protezione globalmente condivisi, come le norme che presiedono al riconoscimento dello status di rifugiato.

Lo Stato allora reagisce, adeguando le strategie di regolazione alle stesse logiche di «scelta del diritto». Tali strategie emergono nell'ambito della gestione migratoria e si fondano su un duplice assunto: che sia possibile applicare regole diverse a seconda che i migranti siano stati intercettati dentro o fuori il territorio; che sia possibile spostare giuridicamente il confine territoriale, così da stabilire se i migranti siano stati o meno intercettati oltre. Esse dovrebbero

[1] La rappresentazione della globalizzazione come «processo cumulativo di espansione» si trova in S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 36; sul rapporto tra Stato, territorio e potere, nell'era globale, si veda altresì ID., *Chi governa il mondo?*, Bologna, il Mulino, 2013, e *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, nonché S. SASSEN, *Territory, Authority, rights. From Medieval to Global Assemblage*, Princeton, Princeton University Press, 2006 e P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

[2] Si cfr. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 9 ss.

[3] OIM, *World Migration Report*, 2024.

[4] S. CASSESE, *Territori e potere*, cit., 44 ss.

[5] M. GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, 18 ss.

agevolare il contrasto degli ingressi irregolari, permettendo di aggirare gli obblighi di protezione nei confronti dei rifugiati.

Le pagine che seguono saranno dedicate alle asimmetrie tra Stato e immigrazione, per tentare di verificare fino a che punto le logiche di scelta del diritto possano essere sfruttate nelle operazioni di contrasto degli ingressi irregolari. In primo luogo, ci si soffermerà sull'esperienza degli Stati Uniti e sul c.d. *shifting border*, conformato da strategie di de-territorializzazione ed extra-territorializzazione dei controlli di frontiera (par. 2). In secondo luogo, sull'esperienza del Regno Unito, conformata dalle strategie di esternalizzazione di cui al *Memorandum of Understanding* con il Ruanda (par. 3). Infine, si approfondirà l'esperienza italiana (par. 4), con particolare riferimento alle pratiche di respingimento differito e di trattenimento di fatto nelle zone di transito territoriale (par. 4.1.), di respingimento verso la Libia e di trattenimento in Albania (par. 4.2.), nonché di respingimento delegato (par. 4.3.).

2. *Lo* shifting border *degli Stati Uniti, tra de-territorializzazione ed extra-territorializzazione della frontiera.* – Il primo tentativo di risolvere le asimmetrie tra potere e territorio nella gestione dell'immigrazione si deve agli Stati Uniti, il Paese con più migranti al mondo[6]. Il *Pew Research Center*, nella sua relazione annuale, evidenzia come il territorio statunitense rappresenti la meta di un quinto delle migrazioni internazionali, un dato che impatta sensibilmente sulla popolazione, composta dal 14,3 per cento di immigrati, circa cinquanta milioni di persone. Tale relazione evidenzia pure un numero crescente di ingressi irregolari, che nel 2022 si è attestato intorno al 23 per cento del totale, circa undici milioni di persone.

La risoluzione delle asimmetrie viene affidata alla strategia dello *shifting border*, vale a dire, a una pluralità di dispositivi che consentono di modulare giuridicamente il confine, sì da proiettare la funzione di controllo dell'immigrazione irregolare al di fuori di esso. Tali dispositivi sfruttano i vuoti di diritto, che, almeno secondo la giurisprudenza, si verrebbero a creare oltreconfine, svincolando l'azione di contrasto degli ingressi irregolari dei migranti dal rispetto dei diritti fondamentali degli stessi[7].

La frontiera talvolta viene arretrata. La de-territorializzazione dell'azione di contrasto all'immigrazione irregolare fa leva su una finzione di non ingresso, i migranti intercettati vengono considerati come al di fuori del territorio e nei loro confronti viene avviata la procedura di respingimento – anziché la più garantista procedura di espulsione – verso Paesi terzi. La stessa frontiera, talune altre volte, viene avanzata. L'extra-territorializzazione permette di intercettare i migranti prima del loro ingresso nel territorio e di respingerli ancorché si trovino in alto mare o in partenza da detti Paesi.

Il fenomeno della de-territorializzazione si lega alla procedura di *expedited removal*, disciplinata all'interno dell'*Immigration and Nationality Act* (INA), che consente di respingere rapidamente i migranti che, fatto ingresso irregolarmente nel territorio degli Stati Uniti, siano

[6] Il fenomeno della manipolazione delle frontiere in funzione di contrasto dell'immigrazione irregolare negli Stati Uniti è ampiamente trattato in A. SHACHAR (a cura di), *The shifting border: Legal Cartographies of Migration and Mobility*, Manchester, Manchester University Press, 2020, di cui si segnala in particolare l'omonimo saggio dello stesso autore, introduttivo della curatela.

[7] La nozione di *shifting border* si deve a A. SHACHAR, *The shifting border: Legal Cartographies of Migration and Mobility,* cit., 3 ss., che evidenzia come «When it comes to migration control, the location of the border is shifting: at times penetrating deeply into the interior, at others extending well beyond the edge of the territory. And in other contexts, fixed territorial borders are "erased" or refortified»; secondo l'autore, «The idea, enthusiastically endorsed by governments in relatively rich and stable regions of the world, is to screen people "at the source" or origin of their journey (rather than at their destination country) […]. The traditional static border is thus reimagined as the last point of encounter, rather than the first. In this way, the shifting- border strategy makes it harder and harder for unwanted and uninvited migrants to set foot in the greener pastures of the more affluent and stable polities they desperately seek to enter».

stati ivi intercettati entro un determinato periodo di tempo[8]. In origine, tale procedura è stata prevista per i soli migranti che avessero varcato il confine via mare e non fossero stati in grado di dimostrare di soggiornare nel territorio statunitense da almeno due anni. In seguito, la stessa è stata estesa a tutti i migranti intercettati entro cento miglia dalla frontiera, che non fossero in grado di dimostrare un soggiorno di almeno due settimane. Oggi, essa è valida *nationwide*, vale a dire, per tutti coloro che siano stati fermati sull'intero territorio federale, sempre che non siano in grado di dimostrare un soggiorno biennale[9].

La procedura di *expedited removal* ridisegna il confine, ridefinendo ciò che si trova al suo interno e ciò che deve essere considerato all'esterno. Essa sfrutta una finzione di non ingresso, al fine di giustificare la negazione dei diritti fondamentali dei migranti respinti, che vengono condotti in centri di trattenimento senza previa convalida da parte dell'autorità giudiziaria e senza che sia consentito loro difendersi.

La finzione di non ingresso trova legittimazione nella risalente giurisprudenza della Corte Suprema, che tiene distinto l'attraversamento fisico e giuridico del confine da parte del migrante[10]. Tale giurisprudenza è stata inaugurata nel caso *Kaplan v. Tod*, del 1925, originato dal ricorso di una cittadina russa di minore età, affetta da patologie psichiche, che, destinataria di un provvedimento di espulsione, chiedeva di essere naturalizzata, in ragione della sua permanenza ininterrotta, prima, presso il centro di trattenimento di *Ellis Island*, poi, presso i locali della *Hebrew Sheltering and Immigrant Aid Society*, alle cui cure era stata affidata: secondo il giudice, la ricorrente «was still in theory of law at the boundary line» e, a dispetto delle apparenze, «had gained no foothold» nel territorio federale[11].

La negazione dei diritti fondamentali, a sua volta, è stata dichiarata legittima dalla stessa Corte nel caso *Thuraissigiam*, del 2020, in cui il giudice si è soffermato sulla mancata previsione sia della convalida del trattenimento, che del diritto di difesa[12]. La prima è stata ritenuta compatibile con la Costituzione, in considerazione del fatto che la richiesta di convalida del trattenimento da parte dei migranti entrati irregolarmente nel territorio federale avrebbe integrato una sorta di abuso del diritto: «Habeas has traditionally been a means to secure release from unlawful detention, but respondent invokes the writ to achieve an entirely different end, namely, to obtain additional administrative review of his asylum claim and ultimately to obtain authorization to stay in this country»[13]. La seconda è stata anch'essa ritenuta compatibile con i precetti costituzionali, stavolta in considerazione della differenza che intercorrerebbe tra i migranti entrati irregolarmente nel territorio e coloro che, altrettanto irregolarmente, vi abbiano soggiornato: «While aliens who have established connections in this country have due process rights in deportation proceedings, the Court long ago held that Congress is entitled to set the conditions for an alien's lawful entry into this country and that, as a result, an alien at the threshold of initial entry cannot claim any greater rights under the Due Process Clause»[14].

Il collegio, in *Thuraissigiam*, esclude altresì la violazione del diritto di asilo, rilevando come i migranti possano evitare il respingimento, sebbene non sempre il trattenimento, manifestando

---

[8] Si cfr. A. SHACHAR, *Bordering Migration/Migrating Borders*, in 37 *Berkeley Journal of International Law* (2019), 93 ss.

[9] INA, § 235(b)(1).

[10] H. MOTOMURA, *Immigration Law After a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, in 100 *Yale Law Journal* (1990), 545 ss.

[11] *Kaplan v. Tod*, 67 U.S. 228 (1925), in cui si precisa altresì che «The appellant could not lawfully have landed in the United States […]. Moreover, while she was at Ellis Island she was to be regarded as stopped at the boundary line and kept there unless and until her right to enter should be declared. When her prison bounds were enlarged by committing her to the custody of the Hebrew Society, the nature of her stay within the territory was not changed. […] For the reasons already stated the appellant never has entered the United States within the meaning of the law».

[12] *Department of Homeland Security v. Thuraissigiam*, 591 U. S. __ (2020).

[13] *Thuraissigiam*, U.S., cit., p. 1.

[14] *Thuraissigiam*, U.S., cit., p. 2.

agli agenti di frontiera un fondato timore di subire persecuzioni, ciò che aprirebbe «an opportunity at three levels to obtain an asylum hearing». Uno di fronte all'*asylum officer*, incaricato di effettuare una prima verifica circa la sussistenza di una *credible fear of persecution*, il cui eventuale esito positivo dà avvio a una vera e propria udienza per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Un altro, di fronte a un *supervisor*, incaricato di verificare i ricorsi avverso le pronunce che diano invece esito negativo e, in caso di accoglimento, di avviare la stessa udienza. Un altro ancora, di fronte all'*immigration judge*, che può essere chiamato a pronunciarsi definitivamente in caso di ulteriore rigetto[15].

L'extra-territorializzazione si associa invece a operazioni svolte al di fuori degli Stati Uniti per intercettare i migranti in partenza e prevenire il loro ingresso irregolare. Tali operazioni talvolta si svolgono in alto mare, altre volte attraverso l'invio di agenti statunitensi nel territorio di Paesi terzi, nei loro aeroporti o porti[16].

Il respingimento in alto mare è stato praticato dagli Stati Uniti a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, sulla base di un accordo con la Repubblica di Haiti, che autorizzava la guardia costiera statunitense a intercettare le imbarcazioni impegnate nel trasporto illegale dei migranti e di rimpatriare i cittadini haitiani[17]. Tale accordo era stato sottoscritto tenendo in debito conto del diritto di asilo, tanto che mentre il governo statunitense si era riservato la facoltà di non rimpatriare i potenziali rifugiati, il governo haitiano si era impegnato a non punire coloro che sarebbero stati rimpatriati per la loro partenza illegale.

Il rimpatrio faceva seguito all'identificazione dei migranti intercettati, che, sulla base di una breve intervista condotta a bordo delle motovedette della guardia costiera, venivano «selezionati» come rifugiati ovvero come migranti economici e trasferiti, rispettivamente, in territorio statunitense o haitiano.

Le pratiche di *interdiction at sea*, però, a partire dai primi anni Novanta sono state dagli Stati Uniti rivolte a tutti i migranti intercettati, che sono stati rimpatriati senza previa identificazione e soprattutto selezione. Tale mutamento di approccio è avvenuto in seguito al colpo di Stato di Haiti, che, con la deposizione del primo presidente democraticamente eletto, aveva portato la giunta militare al potere.

Il governo statunitense, che, nelle settimane successive al drammatico evento, aveva sospeso i respingimenti, appena un mese più tardi aveva ordinato alla guardia costiera di riprendere le operazioni di rimpatrio, in risposta a un vero e proprio esodo di massa. L'esecutivo, mentre in un primo momento aveva istituito, presso la base militare di Guantanamo, delle strutture temporanee per ospitare i migranti nel corso delle procedure di identificazione e selezione, successivamente aveva deciso di rinunciare a tali procedure e di ordinare l'immediato trasferimento in territorio haitiano di tutti coloro che sarebbero stati intercettati, a prescindere dalla verifica circa il loro *status* di rifugiato.

Il respingimento in alto mare viene ancora oggi praticato dagli Stati Uniti, proprio nei termini da ultimo descritti. Esso, d'altra parte, permette al governo statunitense di conseguire un doppio vantaggio: proiettare la frontiera al di fuori del territorio, anticipando i controlli sui flussi migratori; rimpatriare rapidamente, eludendo l'identificazione di migranti e la verifica circa il loro *status* di rifugiato.

Le pratiche di *push-back* sfruttano proprio il fatto di essere svolte al di fuori del territorio, per giustificare il respingimento dei migranti. Tali pratiche sono state legittimate dalla Corte Suprema in una pronuncia avente a oggetto la definizione dell'ambito geografico di applicazione del principio di *non refoulement*, come sancito dall'INA, ove, in recepimento della Convenzione

[15] *Thuraissigiam*, U.S., cit., p. 4.
[16] A. SHACHAR, *The shifting border*, cit., 26 ss.
[17] H. MOTOMURA, *Haitian Asylum Seekers: Interdiction and Immigrants' Rights*, in 26 *Cornell International Law Journal* (1993), 695.

di Ginevra, è previsto che «[t]he Attorney General shall not deport or return any alien […] to a country if the Attorney General determines that such alien's life or freedom would be threatened in such country»[18].

La Corte Suprema affronta i dubbi sull'applicabilità extraterritoriale del divieto di respingimento nel caso *Sale v. Haitian Centers Council*, del 1992, originato dal ricorso di un'organizzazione per la difesa dei migranti nei confronti dell'*exectuive order* con cui il governo degli Stati Uniti, all'indomani della crisi di Haiti, aveva disposto il rimpatrio collettivo dei migranti haitiani[19].

Il giudice mette in pratica la giurisprudenza in tema di extraterritorialità, ove emergono due filoni diversi[20].

Il primo è legato all'interpretazione della Costituzione, rispetto a cui concorrono due paradigmi. Uno di tipo funzionalista, secondo cui le previsioni costituzionali regolerebbero sempre la funzione che il governo esercita al di fuori del territorio dello Stato, anche nei confronti di cittadini stranieri, in linea con il noto adagio per cui *the Constitution follows the flag*. Un altro di tipo formalista, secondo cui le stesse previsioni regolerebbero la funzione che il governo esercita oltreconfine soltanto se da esse è possibile desumere un diritto di protezione a favore dei cittadini stranieri.

Il secondo filone, invece, è legato all'interpretazione di norme di legge, rispetto a cui appare consolidato soltanto un paradigma formale, affidato alla c.d. *presumption against extraterritoriality*.

La Corte informa l'interpretazione dell'INA proprio alla presunzione in base a cui le sue previsioni, essendo prive di specifico ambito geografico, devono ritenersi applicabili solo nel territorio federale. Il collegio, pertanto, conclude nel senso che «Since the INA nowhere provides for the conduct of such proceedings outside the United States [...] and since it is presumed that Acts of Congress do not ordinarily apply outside the borders, [...] must be construed to apply only within United States territory»; una conclusione duramente criticata all'interno di un'opinione dissenziente, che contesta alla maggioranza di aver fornito un'interpretazione incompatibile con la Convenzione di Ginevra, applicabile «without geographical limitation»: in base a essa, nel caso di specie, «[It] deal[s] with a statute that regulates a distinctively international subject matter: immigration, nationalities, and refugees. Whatever force the presumption may have with regard to a primarily domestic statute evaporates in this context. There is no danger that the Congress that enacted the Refugee Act was blind to the fact that the laws it was crafting had implications beyond this Nation's borders»[21].

L'extra-territorializzazione dell'azione di contrasto dell'immigrazione viene realizzata dagli Stati Uniti anche attraverso la sottoscrizione di accordi con Paesi terzi, per l'invio di agenti nei loro territori[22]. Le guardie di frontiera statunitensi vengono dispiegate negli aeroporti di tutto il mondo, al fine di svolgere procedure di *preclearence* nei confronti di coloro che vogliono imbarcarsi su un aereo per giungere nel territorio federale. Tale dispiegamento è sempre più massiccio, in linea con il programma del governo, che ambisce a pre-ispezionare e pre-

[18] INA, § 243 (h).

[19] *Sale v. Haitian Centers Council*, Inc., 509 U.S. 155 (1993).

[20] L'evoluzione storico-giuridica della giurisprudenza della Corte Suprema in tema di applicazione extraterritoriale della Costituzione è analizzata in A. VENEZIANO, *The Eras of Extraterritoriality in the United States*, in 5 *University of Bologna Law Review* (2020) e ID., *Applying the U.S. Constitution Abroad, from the Era of the U.S. Founding to the Modern Age*, in 46 *Fordham Urban Law Journal* (2019), 602 ss., nonché in G.L. NEUMANN e T. BROWN-NAGIN (a cura di), *Reconsidering the Insular Cases. The Past and Future of the American Empire*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2015 e K. RAUSTIALA, *Does the Constitution Follow the Flag? The Evolution of Territoriality in American Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

[21] *Sale v. Haitian Centers Council*, Inc., 509 U.S. 155 (1993).

[22] A. SHACHAR, *The shifting border*, cit., 26 ss.

autorizzare in territorio straniero almeno un terzo dei passeggeri aerei entro il 2040 e che sta negoziando accordi bilaterali pure con i Paesi europei.

Le procedure di *preclearence*, pur svolgendosi a migliaia di chilometri di distanza dal confine degli Stati Uniti, sono regolate dalla legge statunitense. L'INA autorizza le guardie di frontiera a ispezionare i passeggeri «at the port or place in the foreign territory», attribuendo loro la competenza di negare l'autorizzazione all'ingresso nel territorio federale. La stessa legge precisa come le operazioni ivi compiute «shall have the same effect under the Act as though made at the destined port-of-entry in the United States», anche se tale assimilazione sembrerebbe valere a giustificare l'esercizio oltreconfine del potere e non anche del diritto dei rifugiati a non essere respinti[23].

Tali procedure, d'altra parte, nei Paesi europei, come Belgio, Regno Unito, Italia, Spagna e Svezia sono state accordate, sebbene non ancora implementate, nonostante le iniziali preoccupazioni circa la compatibilità con la Convenzione dei diritti dell'uomo e con il diritto alla *privacy* ivi sancito.

La strategia dello *shifting border* segna un mutamento significativo nella gestione migratoria degli Stati Uniti, spostando il *focus* dal *movement of people across borders* al *movement of borders to regulate the mobility of people*. Tale strategia fa leva su una nozione di confine ambivalente, che spezza la correlazione tra potere e diritto, assumendo significato di limite flessibile, allorché si tratti di giustificare l'estensione, verso l'interno o verso l'esterno, dei controlli di frontiera, di limite rigido, allorché si tratti di giustificare l'affrancamento di detti controlli dai vincoli giuridici, che valgono all'interno, ma non anche all'esterno. Essa, in definitiva, garantisce al governo statunitense non soltanto la scelta del diritto più vantaggioso per il contrasto degli ingressi irregolare, ma una vera e propria fuga dallo stesso.

3. *Il Regno Unito e il fallimentare tentativo di esternalizzare la funzione di controllo sugli ingressi.* – La soluzione escogitata dal Regno Unito per tentare di superare le asimmetrie tra potere e territorio nella gestione dell'immigrazione è legata alla conclusione di accordi bilaterali di esternalizzazione, intesi a delegare ad autorità di Paesi terzi lo svolgimento dei controlli sugli ingressi irregolari[24]. Tale soluzione non è priva di precedenti: si prenda il caso degli Stati Uniti, che da anni si avvalgono di accordi di cooperazione con Bahamas, Repubblica Dominicana e altri Paesi dei Caraibi, per intercettare le imbarcazioni che trasportano i migranti prima che le stesse raggiungano la costa; oppure dell'Italia, che delega i respingimenti in mare alla Libia e alla sua Guardia costiera. Essa, però, presenta dei tratti inediti, particolarmente critici sotto il profilo dei diritti fondamentali.

Il governo britannico si trova a far fronte ai flussi migratori provenienti dal Canale della Manica: nella prima parte del 2024 sono state 6.620 le persone intercettate, un quarto in più di quelle registrate negli stessi mesi del 2023, quando ne sono state conteggiate 29.437; nell'arco di tempo tra il 2018 e 2024, circa 120 mila, di cui 90 mila richiedenti asilo, originari, tra l'altro, di Afghanistan, Iran, Iraq e Siria.

La strategia di esternalizzazione del Regno Unito è stata sinora messa in pratica attraverso un solo accordo bilaterale, il *Memorandum of Understanding* sottoscritto con il Ruanda[25]. Tale accordo, c.d. MoU, nella sua versione originaria, prevedeva che i migranti privi di visto, che non avessero fatto richiesta di asilo nel Paese di provenienza – nella maggior parte dei casi la Francia – venissero affidati dal governo britannico al governo ruandese e trasferiti a Kigali, per

[23] INA, al § 235 (5)(b).

[24] C. SAENZ PEREZ, *The Securitization of Asylum: A Review of UK Asylum Laws Post-Brexit*, in 35 *International Journal of Refugee Law* (2023), 304 ss.

[25] G. GOODWIN-GILL, *Memorandum of Understanding between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Republic of Rwanda*, in *International Legal Materials* (2022).

le procedure di selezione ed eventualmente per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Esso disponeva che i migranti a cui fosse stato riconosciuto tale *status* non sarebbero in ogni caso rientrati nel territorio britannico, ma trasferiti dallo stesso governo ruandese verso un Paese terzo presso cui avevano diritto di risiedere.

Il *Memorandum of Understanding* è stato pubblicamente contestato dall'UNHCR, perché adottato in evidente violazione della Convenzione di Ginevra e del principio di *non refoulement*. Le principali critiche si sono appuntate sul tentativo del Regno Unito di sottrarsi agli obblighi internazionali, attribuendone la responsabilità a terzi, nonché sull'identificazione del Ruanda come Paese sicuro, non essendo esso in grado di garantire procedure affidabili per il riconoscimento dello status di rifugiato[26].

L'UNHCR si è espressa in tal senso all'interno di un documento pubblicato l'8 giugno del 2022, ove, peraltro, si rammenta come «asylum-seekers and refugees should ordinarily be processed in the territory of the State where they arrive, or which otherwise has jurisdiction over them». L'organizzazione internazionale accusa apertamente il governo britannico di voler aggirare gli anzidetti obblighi, al contempo ribadendo come «neither the arrangement entered into between the UK and Rwanda nor the fact of transfers conducted under it would relieve the UK of its obligations under international refugee and human rights law towards asylum-seekers transferred to Rwanda» e come «regardless of the arrangement, the transferring State […] would be responsible for ensuring respect for the principle of non-refoulement»[27]. La stessa prende atto delle gravi carenze del sistema di accoglienza ruandese, sottolineando come, sebbene «Rwanda has generously provided safe haven to refugees for decades and has made efforts to build the capacity of its asylum system», tale sistema «is still nascent» e pertanto «there is a serious risk that the burden of processing the asylum claims of new arrivals from the UK could further overstretch the capacity of the Rwandan national asylum system, thereby undermining its ability to provide protection for all those who seek asylum»[28].

Il *Memorandum* avrebbe dovuto ricevere attuazione a partire dal 14 giugno 2022, giorno in cui era stato programmato il primo volo dal Regno Unito verso il Ruanda. Esso però è stato prima sospeso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, poi dichiarato illegittimo dalla Corte suprema britannica.

La Corte EDU si pronuncia sul *MoU* poche ore prima della partenza programmata, nel caso *K.N.*, originato dal ricorso di un cittadino iraniano nei cui confronti era stata disposta la deportazione[29]. Il giudice europeo veniva adito a seguito del diniego dell'Alta Corte sulla misura cautelare di sospensione del provvedimento espulsivo, che era stato giustificato in ragione della fiducia accordata al Ruanda circa la capacità di onorare gli impegni assunti, nonché della possibilità dello stesso ricorrente di essere riportato indietro nel caso in cui il giudizio di merito avesse dato esito positivo[30].

La Corte EDU, nel caso *K.N.*, si limita ad adottare un provvedimento cautelare d'urgenza, opponendosi all'allontanamento del cittadino iraniano sino all'esame del suo ricorso. Tale provvedimento, però, si rivela particolarmente significativo, perché motivato sulla scorta delle critiche dell'UNHCR, nonché delle conclusioni cui il giudice britannico, pur respingendo le misure cautelari richieste, era pervenuto circa la possibilità che «the decision to treat Rwanda as a safe third country was irrational or based on insufficient enquiry» e che ciò determinasse «serious triable issues»[31].

---

[26] UNHCR, *Analysis of the Legality and Appropriateness of the Transfer of Asylum Seekers under the UK- Rwanda arrangement*, 8.6.2022.

[27] UNHCR, *UK- Rwanda arrangement*, cit., § 6.

[28] UNHCR, *UK- Rwanda arrangement*, cit., § 11.

[29] P. BIRKINSHAW, *The Rwanda Bill, Boat People and International Law*, in 30 *European Public Law* (2024), 77 ss.

[30] Corte EDU, int. m. 14 giugno 2022, *N.S.K. c. Regno Unito*, ricorso n. 28774/22.

[31] Corte EDU, *N.S.K.*, cit.

La Corte Suprema del Regno Unito interviene invece a circa un anno di distanza e mette in discussione l'intero impianto del *Memorandum*, costringendo il governo a rivedere le sue strategie di esternalizzazione[32].

Il giudice dichiara l'illegittimità del *MoU*, contestando l'identificazione del Ruanda come Paese sicuro e paventando la sua incompatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per non garantire procedure di asilo adeguate e violare il divieto di respingimento dei rifugiati. Il collegio perviene a tale conclusione valorizzando l'ampia giurisprudenza della Corte EDU e, segnatamente, le statuizioni rese in *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in cui si evidenzia che «if asylum seekers do not have access to such a procedure there will be a real risk of genuine refugees being refouled, either because their claims are not considered at all or because they are not determined properly»[33]. Esso stigmatizza l'inadeguatezza del sistema asilo ruandese, in cui si registra: (i) un tasso di rigetto del 100 per cento per i cittadini di Siria, Afghanistan e Yemen, che nel sistema britannico avrebbero una probabilità di accoglimento, rispettivamente, del 98, del 74 e del 40 per cento; (ii) un diniego generalizzato per i cittadini provenienti da Paesi non africani con cui il Ruanda vanta strette relazioni bilaterali; (iii) il respingimento di alcuni di coloro che vengono intercettati negli aeroporti ruandesi; (iv) l'espulsione di coloro che non presentino immediatamente domanda di asilo o che si avvalgono di documenti falsi[34].

«As matters stand», conclude lo stesso collegio, «the evidence establishes substantial grounds for believing that there is a real risk that asylum claims will not be determined properly, and that asylum seekers will in consequence be at risk of being returned directly or indirectly to their country of origin»[35].

La reazione del governo alla sentenza della Corte Suprema non si è fatta attendere e si è manifestata il 25 aprile 2024, data in cui è stato approvato il *Safety of Act*. Il governo, nel tentativo di aggirare le statuizioni della Corte, è intervenuto per mezzo di una legge ordinaria a identificare il Ruanda come Paese terzo sicuro, impendendo non solo all'amministrazione, ma soprattutto agli organi giudiziari coinvolti nella decisione di deportazione, di sindacare l'adeguatezza del sistema di asilo ruandese.

Il *Safety of Rwanda* non è ancora stato applicato e forti dubbi sussistono circa la possibilità che possa esserlo in futuro, anche in ragione delle prevedibili censure che la Corte EDU e la Corte Suprema potrebbero muovergli. Esso, infatti, è stato da più parti criticato, non soltanto perché tenta di fornire legittimazione alla violazione sistemica dei diritti dei rifugiati, contravvenendo alla Convenzione di Ginevra e alla Convenzione EDU, ma anche perché vìola il principio della *rule of law*, limitando il sindacato giudiziario: in tal senso si è già espresso Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, secondo cui the «Rwanda Bill prevents individuals from having any meaningful recourse to UK courts in relation to the key question of refoulement, such as by excluding the examination of any claim that Rwanda will not act in accordance with its treaty commitments»[36].

Il Regno Unito, però, attraverso l'intervento legislativo menzionato tenta di attenuare la logica di scelta del diritto o, se si preferisce, di fuga dal diritto, che è sottesa alla strategia di esternalizzazione.

---

[32] La sentenza della Corte Suprema è stata commentata, tra gli altri, da C. BRIDDICK e C. COSTELLO, *Supreme Judgecraft: Non-Refoulement and the end of the UK-Rwanda 'deal'?*, in *Verfassungsblog*, 20 novembre 2023, A. DONALD e J. GROGAN, *Defeat in the Supreme Court: Where Next for UK Asylum Policy?*, in*Verfassungsblog*, 17 novembre 2023, V. MITSILEGAS, *Expert Analysis: The Supreme Court rules the UK-Rwanda Policy Unlawful*, in *University of Liverpool Blog*, 17 novembre 2023.

[33] Corte EDU, Grande Camera, sent. 21 settembre 2016, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ricorso n. 47287/15.

[34] *AAA (Syria and others) v. Secretary of State for the Home Department*, [2023] UKSC 42.

[35] *AAA (Syria and others) v. Secretary of State for the Home Department*, UKSC, cit., par. 105.

[36] Consiglio d'Europa, *Newsroom, Serious human rights concerns about United Kingdom's Rwanda Bill*, 23.4.2024.

L'originaria versione del *MoU*, infatti, si fondava su una delega in bianco, posto che al Ruanda veniva rimesso non soltanto l'esercizio della funzione di contrasto degli ingressi irregolari, ma anche il controllo giurisdizionale su tale funzione, riducendo significativamente lo standard di protezione dei rifugiati derivante dagli obblighi costituzionali e internazionali. La nuova versione, invece, modifica la portata della delega, poiché prevede l'istituzione di Tribunali misti, composti da giudici britannici e ruandesi. Tali Tribunali, pur operando sulla base di standard procedurali e sostanziali da negoziare, non sembrerebbero in ogni caso idonei a fornire una tutela conforme agli anzidetti obblighi.

4. *L'Italia e il gioco dei confini.* – L'Italia, in ragione della sua posizione geografica, è tra gli Stati membri dell'Unione europea maggiormente esposti ai flussi migratori[37]. Nel 2023, si sono registrati 158 mila ingressi via mare, il 50 per cento in più rispetto al 2022 e il 130 per cento in più rispetto al 2021. Nello stesso anno, inoltre, il numero di coloro che soggiornano irregolarmente sul territorio è stato stimato in 500 mila unità, con scarse prospettive di rimpatrio.

Il governo italiano tenta di contrastare gli ingressi irregolari, manipolando il confine. Esso si adegua alle tendenze emergenti a livello sovrastatale, ove si stanno affermando strategie di *shifting border*[38].

L'Unione europea, infatti, si affida anch'essa sempre più spesso a dispositivi di de-territorializzazione, extra-territorializzazione ed esternalizzazione del tipo precedentemente descritto[39].

Nel 2015, la Commissione istituisce i c.d. *hotspots* lungo le coste dell'Italia e della Grecia, luoghi chiusi in cui i migranti soccorsi vengono condotti per le procedure di registrazione prodromiche al loro ingresso in territorio europeo[40]. Nel 2016, il Consiglio europeo, patrocina la conclusione di un accordo con la Turchia per il rapido rimpatrio dei migranti giunti nelle isole della Grecia e transitati presso i punti di crisi, la cui domanda di asilo è stata rigettata dalle stesse autorità greche. Tale accordo introduce un sistema di scambio per i migranti provenienti dalla Siria, prevedendosi che per ogni cittadino siriano rimpatriato verso il territorio turco, un altro debba essere reinsediato[41].

La stessa Commissione, nel 2018, pubblica uno studio che si sofferma, tra l'altro, su due futuribili opzioni. Una, descritta nei termini di *A regional arrangement for disembarkation (and setting up of disembarkation centres) in third countries for migrants rescued in the territorial sea of a third country or by vessels in international waters*, in cui si ipotizza lo sbarco in Paesi terzi, che assumono la responsabilità di esaminare le domande di asilo. Essa è stata ritenuta ammissibile a condizione che il Paese terzo sia sicuro e garantisca il rispetto del principio di *non refoulement*[42]. Un'altra, descritta come *External processing of asylum applications and/or the return procedure in a third country*, in cui si prospetta sempre l'ipotesi di sbarco in Paesi terzi, ma con assunzione da parte degli Stati membri della responsabilità su dette domande. Essa, è stata ritenuta percorribile a condizioni che il migrante venga poi rimpatriato nel Paese terzo di

---

[37] M. SAVINO, *Immigrazione*, in *Enc. dir. - Tematici*, III, a cura di B.G. Mattarella e M. Ramajoli, 599 ss. F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, n. 2, 435.

[38] M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, n. 3, 740 ss.

[39] V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

[40] L'istituzione degli *hotspots* è stata per la prima volta prospettata in uno studio di fattibilità della Commissione, si cfr. EUROPEAN COMMISSION, DG Home, *Study on the Feasibility of the Creation of a European System of Border Guards to Control the External Borders of the Union*, 2014. La sua attuazione è stata poi prevista all'interno di una comunicazione, intitolata *Agenda europea sulla migrazione*, (COM [2015] 240 final).

[41] EUROPEAN COUNCIL, *EU-Turkey statement*, 18 March 2016.

[42] EUROPEAN COMMISSION, *Factsheet: The legal and practical feasibility of disembarkation options*, 29 June 2018, Scenario 2, p. 3.

origine o perlomeno di transito e che l'accordo di rimpatrio assicuri il rispetto del principio di *non refoulement*[43].

La strategia dello *shifting border* non è del tutto inedita neppure rispetto alle esperienze di singoli Stati membri: basti pensare alla recinzione di filo spinato eretto dall'Ungheria lungo il confine meridionale con la Serbia, che dovrebbe delimitare una zona di non ingresso ove i migranti provenienti dai Balcani sono costretti a rimanere in attesa della definizione del loro status di rifugiato.

L'Italia, con il beneplacito dell'UE, si prodiga così nello stesso gioco dei confini praticato da Stati Uniti e Regno Unito, sebbene con risultati in parte diversi. L'arretramento e l'avanzamento della frontiera non giustifica una fuga dal diritto, si oppone a tale conclusione la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo un insegnamento che pure il governo sembrerebbe aver fatto proprio in occasione della conclusione del protocollo con l'Albania (par. 4.1. e par. 4.2.). La delega dei controlli frontalieri, attuata sulla base del *Memorandum* con la Libia, poi, pur essendo stata ritenuta legittima dal giudice amministrativo, pone seri interrogativi riguardo alla sua sostenibilità giuridica, esponendo a pregiudizio i diritti fondamentali dei migranti. Tale delega è stata sottoposta al vaglio della stessa Corte EDU, che però deve ancora pronunciarsi (par. 4.3.).

4.1. *L'arretramento della frontiera: il respingimento differito, la finzione di non ingresso e il trattenimento di fatto nelle zone di transito territoriale.* – La prima strategia di de-territorializzazione messa a punto dall'Italia è prevista nel Testo Unico dell'immigrazione (TUI)[44].

Essa deriva dall'art. 10 TUI, che, se al comma 1 disciplina il respingimento immediato dello straniero presentatosi al confine senza avere titolo per entrare nel territorio dello Stato, al comma 2, disciplina il respingimento differito, la cui esecuzione comporta l'accompagnamento alla frontiera di colui che: a) sottraendosi ai controlli dei valichi, sia stato rintracciato all'ingresso o «subito dopo»; b) presentatosi ai valichi privo di visto, sia stato temporaneamente ammesso sul territorio per necessità di pubblico soccorso; b-*bis*) rintracciato, anche a seguito di operazioni di ricerca o soccorso in mare, nel corso delle attività di sorveglianza delle frontiere, viene condotto nelle zone di frontiera o di transito[45].

Il respingimento differito sfrutta la finzione di non ingresso del migrante, per aggirare il più garantista regime dell'espulsione, di cui all'art. 13 TUI, a rigore applicabile nei confronti dello straniero intercettato sul territorio. Le conseguenze della finzione, però, sono state di recente attenuate, attraverso un intervento di riforma che sembrerebbe aver sfumato le implicazioni della dialettica dentro-fuori.

L'art. 10, comma 2, TUI, nella sua formulazione originaria, prospettava l'accompagnamento alla frontiera del migrante senza una previa convalida giudiziaria. Tale formulazione, censurata dalla Corte costituzionale per la violazione dell'art. 13, comma 3, Cost., è stata modificata dal d.l. n. 113/2017, introduttivo del comma 2-*bis*, che, peraltro, non si limita a rimediare al vizio di costituzionalità, ma si spinge sino a omologare il respingimento differito all'espulsione con riguardo alle garanzie procedurali, prevedendo l'emanazione di un decreto, da comunicarsi allo straniero in una lingua da lui conosciuta o in altra lingua internazionale, con l'indicazione delle modalità d'impugnazione dinanzi all'organo giudiziario[46].

---

[43] EUROPEAN COMMISSION, *Factsheet, cit*., Scenario 3, 4 ss.

[44] M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018; M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, Jovene, 2016; M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012.

[45] R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, n. 3, 47 ss.

[46] Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 275.

L'arretramento del confine è altresì effetto di un'interpretazione estensiva dell'art. 10, comma 1, TUI, atta a giustificare la pratica del respingimento immediato del migrante che viene intercettato nelle zone di transito territoriale. Tale pratica, che si correla a un vero e proprio trattenimento di fatto dello straniero, può essere illustrata attraverso un caso deciso dal giudice ordinario in una pronuncia del 2018[47].

Il sig. T., cittadino del Senegal, regolarmente soggiornante in Italia, dopo aver avviato il procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno e averne ricevuto preavviso di rigetto, lascia il territorio italiano e si reca nel suo Paese di origine, per assistere la madre gravemente malata. Il sig. T. fa ritorno in Italia pochi mesi dopo, con un volo diretto all'aeroporto di Malpensa, dove, al valico di frontiera, presenta come titolo legittimante l'ingresso sia il permesso di soggiorno scaduto, che la ricevuta della richiesta di rinnovo; ciò nonostante, viene fermato per accertamenti e gli viene notificato il rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso, unitamente a un provvedimento di respingimento immediato.

Il trattamento riservato al sig. T. deriva dalla rappresentazione della zona aeroportuale antistante al valico di frontiera, ove lo stesso si trova al momento del controllo del titolo di ingresso, come al di fuori del territorio italiano. Tale rappresentazione, infatti, permette alla polizia di frontiera di applicare un regime di maggiore sfavore al cittadino senegalese, aggirando le previsioni dell'art. 13 TUI, che avrebbe consentito di riconoscere allo straniero un periodo di partenza volontaria e che, pertanto, avrebbe permesso allo stesso di rientrare, almeno temporaneamente, nella sua residenza.

La polizia di frontiera può così minimizzare le conseguenze giuridiche del respingimento, che, peraltro, non potendo essere effettuato immediatamente, per l'indisponibilità del vettore aereo incaricato, comporta, ai danni dello straniero, un'attesa sorvegliata presso i locali aeroportuali; attesa che si prolunga per alcuni giorni, ma che per la polizia non integra una limitazione della libertà personale e che, pertanto, non esige il rispetto delle garanzie di cui all'art. 13, comma 3, Cost., trattandosi al più di una mera limitazione della libertà di circolazione, occasionata dal divieto di ingresso sul territorio statale.

Il sig. T. sollecita prima l'intervento del Tribunale di Busto Arsizio, che però rigetta il suo ricorso, inteso ad accertare l'illegittimità del provvedimento di respingimento immediato, unitamente all'illegittimità della detenzione e al diritto al risarcimento del danno derivatone. Lo stesso poi si rivolge alla Corte di Appello di Milano, che accoglie la doglianza, attraverso un'argomentazione che stigmatizza la contraddizione in cui cade la polizia di frontiera nel considerare la zona di transito: come parte del territorio dello Stato, allorché si tratti di giustificare la notifica del provvedimento di rigetto del permesso di soggiorno, effettuata senza le formalità previste per la notifica extraterritoriale; come non facente parte del territorio statale, allorché si tratti di giustificare l'emanazione del provvedimento di respingimento immediato, in luogo del provvedimento di espulsione.

«La circostanza che al controllo in banca dati la polizia di frontiera abbia rinvenuto il provvedimento [...] di diniego del richiesto rinnovo del titolo di soggiorno», osserva a riguardo il giudice, «non poteva essere ostativa all'ingresso dell'appellante sul territorio italiano [...] per almeno due motivi»[48]. In primo luogo, perché «il permesso di soggiorno scaduto, unitamente alla ricevuta del richiesto rinnovo poteva ritenersi caducato, e quindi privo di valenza di titolo legittimante al rientro in Italia, solo al momento della notifica del provvedimento definitivo di diniego di detto rinnovo, certamente non ancora esistente al momento dell'attraversamento del valico di frontiera»[49]. In secondo luogo, perché «lo stesso potere di notifica di quell'atto

[47] Corte d'Appello di Milano, sez. I civ., sent. 15 marzo 2018, n. 1292, resa su ricorso avverso Trib. Busto Arsizio, ord.13 dicembre 2016.

[48] Corte d'Appello di Milano, sent. 1292/2018, cit., p. 5.

[49] Corte d'Appello di Milano, sent. 1292/2018, cit., p. 6.

amministrativo (il diniego di rinnovo) da parte della polizia poteva estrinsecarsi solo sul territorio dello Stato (e non al di fuori di esso, dove sarebbe competente a notificare solo l'Autorità consolare interessata)», con il risultato che «all'appellante, anche solo al fine della notifica dell'atto di diniego [...] doveva essere consentito l'ingresso in Italia», ciò che peraltro «in realtà dovrebbe essere avvenuto, dovendo nella contraria ipotesi (*id est*: se si dovesse considerare la notifica eseguita al di fuori del territorio dello Stato) dubitare della validità della notifica eseguita dalla polizia di frontiera»[50].

La pratica descritta, nonostante la censura, è stata rivendicata dal Ministero dell'interno attraverso una nota ufficiale, ove si prende posizione a favore dei respingimenti effettuati nelle zone di transito aeroportuali e di sbarco portuali. Tale pratica, secondo il Ministero, fa leva su una *fictio iuris*, che è stata «accettata dal legislatore italiano nella misura in cui l'art. 10, comma 1, parla di «stranieri che si presentano ai valichi di frontiera», differenziando chiaramente la fattispecie da quelle descritte dal comma 2 (respingimento del questore) e l'art. 13, comma 2, del TUI (espulsione del prefetto), che attengono allo straniero entrato nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera»[51].

Il Ministero, in particolare, contesta le argomentazioni impiegate dal giudice ordinario, rappresentando la sua pronuncia come «estremamente isolata». La zona di transito, per esso, sarebbe da considerarsi come all'interno del confine dello Stato, allorché si tratti di notificare un provvedimento di diniego del permesso di soggiorno – «[s]i pensi a quale onere di notifica all'estero o in altri Paesi dovrebbe sopportare il Ministero dell'Interno e lo Stato italiano se dovesse attivare procedure di rintraccio di tutti gli stranieri che effettuano domande di permesso di soggiorno, senza presupposti o con motivi ostativi, e successivamente si rendono irreperibili» – come al di fuori, allorché si tratti di emanare un provvedimento di respingimento, anziché di espulsione – «in seguito alla notifica del provvedimento di rifiuto, eseguita in una frontiera aerea, lo straniero non ha alcun titolo per fare ingresso nel territorio italiano; ne consegue che il provvedimento di "respingimento immediato" è redatto nel pieno rispetto dei criteri e delle forme previste dalle citate disposizioni normative»[52].

Lo stesso Ministero sfrutta la finzione di non ingresso pure per giustificare le conseguenze derivanti dal respingimento in termini di trattenimento di fatto presso i locali aeroportuali, sostenendo che «qualora lo straniero respinto in modo immediato dalla Polizia di Frontiera non potesse, per ragioni contingenti, essere imbarcato immediatamente sull'aereo del vettore che lo ha trasportato e la permanenza presso l'aerea sterile di quell'aeroporto si prolungasse in modo inatteso» non sarebbe «ravvisabile un "trattenimento", in quanto lo straniero non è ristretto nella sua libertà personale, ma gli viene solo impedito l'ingresso nel territorio nazionale, in mancanza dei requisiti previsti»[53].

La finzione di non ingresso, per tale via, varrebbe a giustificare l'istituzione di una zona di non diritto o, come è stata efficacemente definita dal Garante nazionale dei diritti dei detenuti,

---

[50] Corte d'Appello di Milano, sent. 1292/2018, cit., p. 7. Il giudice ordinario perviene alle stesse conclusioni cui perverrà il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, che nel *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, del 27 giugno 2019, preso atto della condizione di coloro che si trovano costretti «a permanere presso appositi locali della zona di transito degli scali aeroportuali», cioè in una «situazione di privazione de facto della libertà personale che non appare avere base legale nel nostro ordinamento», si è spinto a contestare la «disciplina speciale» prevista per tali zone, che «a tutti gli effetti sono sotto la totale responsabilità della Polizia italiana, ma per certi versi giuridicamente "oltre frontiera"».

[51] Ministero dell'Interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, Comunicazione avente a oggetto la *Lettera aperta relativa alla osservazione del respingimento operato ai danni del sig. A.K. di cittadinanza ghanese presso il valico di frontiera aereo di Fiumicino*, prot. 0134372, 8 ottobre 2019, p. 4.

[52] Min. Int., *Lettera aperta relativa alla osservazione del respingimento operato ai danni del sig. A.K.*, cit., 4 ss.

[53] Min. Int., *Lettera aperta relativa alla osservazione del respingimento operato ai danni del sig. A.K.*, cit., 4 ss.

un'«area di limbo giuridico all'interno del territorio nazionale ove i diritti fondamentali delle persone risultano sospesi»[54].

4.2. *L'avanzamento della frontiera: i respingimenti verso la Libia e il trattenimento in Albania.* – Il primo tentativo di extra-territorializzazione della gestione migratoria risale al 2007. Tale tentativo è stato esperito dall'Italia sulla scorta del «Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione» sottoscritto nel 2008 con la Libia, inteso a consentire alle navi militari italiane di intercettare le imbarcazioni di migranti in alto mare e di respingerle verso i luoghi di provenienza, le coste libiche. Esso, probabilmente ispirato alle operazioni di *push-back* degli Stati Uniti, è stato giustificato assumendo che all'interno e all'esterno del territorio statale si applichino due diritti diversi, poiché oltreconfine non valgono gli obblighi costituzionali e internazionali di protezione dei rifugiati[55].

La pratica dei respingimenti in alto mare inizialmente è stata rivendicata dal governo, nonostante le perplessità da più parti manifestate in ordine al rispetto dei diritti fondamentali dei migranti intercettati. Il Ministro dell'interno, in una nota rivolta al Parlamento, aveva rassicurato in ordine al fatto che «[l]e operazioni» erano «avvenute nel rispetto delle norme interne e internazionali». L'opposizione era però insorta. Alcuni avevano fatto notare come «nel momento in cui viene intercettato un natante e le persone a bordo vengono fatte trasbordare sulla nave italiana, esse sono [...] a tutti gli effetti sul territorio italiano e deve pertanto applicarsi la procedura di allontanamento, la quale prevede peraltro la verifica individuale degli eventuali diritti di asilo». Altri che «Le operazioni con le quali [erano] state ricondotte in Libia imbarcazioni intercettate in mare che trasportavano immigrati e rifugiati [erano] avvenute in contrasto con il principio del non respingimento degli asilanti», un principio fondamentale, che, come tale, «non conosce limitazione geografica»[56].

La stessa pratica è stata successivamente censurata dalla Corte EDU, che si è pronunciata sui respingimenti in alto mare nel noto caso *Hirsi Jamaa* del 2012. Tale pronuncia è originata dal ricorso di tredici cittadini somali e undici eritrei, parte di un gruppo di circa duecento migranti, che avevano lasciato la Libia per raggiungere Lampedusa ed erano stati intercettati dalle navi della guardia di finanza e della guardia costiera, trasferiti a bordo, nonché ricondotti al porto di Tripoli per essere consegnati alle autorità libiche. I ricorrenti avevano convenuto il governo italiano, chiedendo la sua condanna per violazione dell'art. 3 CEDU, che sancisce il divieto di tortura, e dell'art. 4, prot. n. 4, CEDU, che vieta le espulsioni collettive. Il governo, a sua volta, si era costituito, eccependo che le menzionate previsioni non si applicassero nel corso di operazioni di salvataggio effettuate al di fuori del mare territoriale e che pertanto non vi fosse l'obbligo di rispettare i relativi divieti[57].

Il giudice di Strasburgo perviene alla sua conclusione evidenziando come, in linea con la giurisprudenza formatasi con riguardo all'art. 1 CEDU, ciascuno Stato contraente debba ritenersi obbligato anche extra-territorialmente, allorché eserciti la sua giurisdizione, vale a dire, il suo controllo effettivo, oltreconfine[58]. Per un verso, esso fa leva sul principio di diritto internazionale

---

[54] Garante dei diritti delle persone detenute, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, cit.

[55] *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista*, 30 agosto 2008, art. 19., sulle cui conseguenze M. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, in *Costituzionalismo.it*, 2009, n. 1.

[56] Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Assemblea – Resoconto sommario della 214° seduta pubblica, lunedì 25 maggio 2009, *Informativa del Ministro dell'interno su questioni connesse all'immigrazione e conseguente discussione*, 5 ss.

[57] Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. 27765/09.

[58] M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011. La Corte europea dei diritti dell'uomo è intervenuta più volte sull'interpretazione dell'art. 1 CEDU, dando luogo a una serie di pronunce. La principale è stata resa nella causa *Bankoviç c. Belgio*, decisa nel 2001, in cui il

secondo cui «una nave che navighi in alto mare è soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato cui batte bandiera», per osservare come tale principio, già in altre occasioni, lo aveva portato «a riconoscere, nelle cause riguardanti azioni compiute a bordo di navi battenti bandiera di uno Stato, come anche degli aeromobili registrati, casi di esercizio extraterritoriale della giurisdizione di quello Stato»; si tratta «di un controllo *de jure* esercitato dallo Stato in questione sugli individui interessati». Per altro verso, poi, lo stesso collegio non può fare a meno di rilevare come nella vicenda contestata «i fatti si [fossero] svolti interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari nazionali» e che, pertanto, «sin dalla salita a bordo delle navi delle forze armate italiane e fino alla consegna alle autorità libiche, i ricorrenti si [erano] trovati sotto il controllo continuo ed esclusivo, tanto *de jure* quanto *de facto*, delle autorità italiane»[59].

Il più recente tentativo di extra-territorializzazione della gestione migratoria si deve alla sottoscrizione del Protocollo Italia-Albania del 2023, in cui si prevede che le navi militari italiane possano condurre i migranti soccorsi in mare in territorio albanese, in due centri siti nei pressi del porto di Shengjin, a circa settanta chilometri a nord di Tirana, e di Gjader, nell'entroterra, a venti chilometri dalla capitale[60].

La l. n. 14/2024, di ratifica ed esecuzione del Protocollo, circoscrive il suo ambito di applicazione con riferimento alle sole operazioni che la guardia costiera, la guardia di finanza e la marina militare effettuano «all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea», escludendo che il trasferimento possa interessare coloro che siano stati soccorsi oltreconfine, oltre che i minori, le donne incinte e le altre persone ritenute vulnerabili[61]. La stessa legge circoscrive altresì l'applicazione del Protocollo ai soli migranti

---

giudice è stato chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità della CEDU rispetto a un bombardamento aereo condotto nell'ambito di un'operazione NATO sui territori dell'ex Jugoslavia, che aveva portato alla distruzione di un'emittente televisiva sita a Belgrado e all'uccisione di alcuni civili. Il giudice, nel suo ragionamento, parte dalla constatazione per cui il ricorso mirasse a contestare la condotta di forze armate afferenti a Stati contraenti, posta in essere sul territorio di uno Stato non contraente, e si interroga sulla possibilità che i ricorrenti, i parenti dei civili uccisi, potessero o meno ritenersi sottoposti alla giurisdizione di detti Stati. Nel primo passaggio della sua argomentazione, esso si affida ai princìpi propri del diritto internazionale, per affermare che la giurisdizione dello Stato è di regola territoriale e che lo Stato non può esercitare la giurisdizione sul territorio di un altro Stato in mancanza del suo consenso, a meno che esso non abbia occupato il suo territorio. Nel secondo passaggio della sua argomentazione, poi, effettua una ricognizione dei precedenti sull'applicabilità extraterritoriale della CEDU, desumendone che ciascuno Stato contraente è obbligato a rispettare la stessa ogni volta in cui esso eserciti un «controllo effettivo» sul territorio di uno Stato non contraente ovvero sui suoi abitanti, con o senza il consenso di tale ultimo Stato. Si cfr. Grande Camera, sent. 12 dicembre 2001, *Bankoviç e altri c. Belgium e altri*, ric. 52207/99. La portata dell'art. 1 CEDU è stata poi ampliata in alcune pronunce successive, in cui lo stesso collegio produce talune precisazioni, cioè: che il controllo effettivo può concernere in tutto o in parte il territorio di uno Stato non contraente, come accade nel corso delle occupazioni militari, ma altresì ambiti spaziali più ridotti, come la sede di un'ambasciata, una base militare o un carcere militare (si cfr. sez. IV, sent. 30 giugno 2009, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, ric. 61498/08, par. 88); che il controllo effettivo oltre a essere diretto, cioè esercitato sul territorio, può essere indiretto, cioè esercitato su chi controlla il territorio (si cfr. sent. 10 maggio 2001, *Cipro c. Turchia*, ric. 25781/94, par. 76 ss., e sent. 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*, ric. 15318/89); che tale controllo, oltre che sul territorio, può essere esercitato sulla persona (si cfr. *Al-Saadoon e Mufdhi*, cit., par. 88); che oltre a essere di fatto può essere di diritto (si cfr. Grande Camera, sent. 29 marzo 2010, *Medvedyev et autres c. Francia*, ric. 3394/03); che oltre a essere fattuale può essere giuridico (si cfr. Grande Camera, sent. 14 dicembre 2006, *Markovic e altri c. Italia*, ric. 1398/03, e in sez. IV, sent. 11 dicembre 2012, *Chagos Islanders c. Regno Unito*, ric. 35622/04).

[59] Corte EDU, *Hirsi Jamaa*, cit., par. 70 ss.

[60] *Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria*, 6 ottobre 2023, su cui, tra gli altri, E. CELORIA e A. DE LEO, *Il Protocollo Italia-Albania e il Diritto dell'Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2024, n. 1; S. CARRERA, G. CAMPESI e D. COLOMBI, *The 2023 Italy-Albania protocol on extraterritorial migration management. A worst practice in migration and asylum policies*, in CEPS, dicembre 2023; M. SAVINO e F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in *ADiM Blog*, novembre 2023; A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, in *SIDI Blog*, novembre 2023.

[61] Art. 3, comma 2, l. 21 febbraio 2024, n. 14, su cui M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in *ADiM Blog*, gennaio 2024, C. SICCARDI, *La legge*

provenienti da Paesi terzi sicuri, equiparando i centri albanesi alle «zone di frontiera e di transito» per l'esperimento della c.d. procedura accelerata, comportante il trattenimento e la rapida valutazione delle domande di protezione internazionale[62]. Essa, correlativamente, qualifica la struttura di Shengjin come punto di crisi, c.d. *hotspot*, per l'espletamento delle operazioni di primo soccorso, identificazione e rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, e la struttura di Gjader come Centro di permanenza per il rimpatrio[63].

Il Protocollo prevede che i centri albanesi sono «gestit[i] dalle competenti autorità della Parte italiana secondo la pertinente normativa italiana ed europea» e che «le controversie che possono nascere tra le suddette autorità e i migranti accolti […] sono sottoposte esclusivamente alla giurisdizione italiana»[64]. La legge n. 14, allo stesso proposito, precisa che ai migranti accolti «si applicano, in quanto compatibili, il testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, il decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142» e, più in generale, «la disciplina italiana ed europea concernente i requisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale»[65].

L'esecuzione del Protocollo comporta una ridefinizione del confine, che viene però avanzato secondo convenienza.

Il migrante nel momento in cui è soccorso dalle navi militari viene considerato sul territorio dello Stato per il diritto italiano, al di fuori per il diritto dell'Unione, cosicché il governo, pur rimanendo vincolato agli obblighi di protezione di rilievo costituzionale e internazionale, può svincolarsi dagli obblighi derivanti dall'appartenenza al Sistema comune d'asilo (SECA) e tenere la sua iniziativa al riparo da eventuali ingerenze europee. Sul primo versante, si attribuisce rilievo decisivo al fatto che le navi militari, per previsione legislativa e giurisprudenza della Corte EDU, sono da considerarsi come territorio statale e, pertanto, devono ritenersi sottoposti al diritto interno[66]. Sul secondo versante, però, tale rilievo non viene fatto valere, approfittando delle prime controverse dichiarazioni della Commissaria agli affari interni Ylva Johansson, che all'indomani della sottoscrizione dell'accordo si è espressa nel senso che esso «non vìola il diritto comunitario perché ne è al di fuori»[67].

Lo stesso migrante, peraltro, una volta trasferito nei centri albanesi viene considerato come sul territorio statale ai fini dell'uno e dell'altro diritto, posto che il governo non soltanto si riserva la giurisdizione sulle anzidette strutture e su coloro che sono ivi trattenuti, ma acconsente spontaneamente a sottoporre alla disciplina italiana ed europea le procedure relative alla loro ammissione e permanenza[68].

---

di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria: problematiche costituzionali, in *Osservatorio AIC*, 2024, n. 2.

[62] Art. 3, comma 3, l. n. 14/2024.

[63] Art. 3, comma 4, l. n. 14/2024.

[64] Art. 4, comma 2, *Protocollo*, cit.

[65] Art. 4, comma 1, l. n. 14/2024, cit.

[66] L'art. 4 cod. nav. dispone che «Le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano». La Corte EDU valorizza tale disposizione in *Hirsi Jamaa*, cit., par. 78, per evidenziare come la stessa consentisse di argomentare ulteriormente in merito alla configurazione di un controllo effettivo sui migranti respinti: «La Corte osserva […] che questo principio è trascritto nel diritto nazionale, all'articolo 4 del codice italiano della navigazione, e non è contestato dal governo convenuto […]. Ne conclude che il caso di specie costituisce proprio un caso di esercizio extraterritoriale della giurisdizione dell'Italia, suscettibile di chiamare in causa la responsabilità di quello Stato ai sensi della Convenzione».

[67] Euronews, *L'accordo migratorio Italia-Albania è "al di fuori" del diritto dell'*UE*, dice la commissaria Ylva Johansson*, 16 novembre 2016.

[68] Euronews, *L'accordo migratorio Italia-Albania è "al di fuori" del diritto dell'*UE, cit., in cui si riporta un altro stralcio della conferenza stampa della Commissaria Ylva Johansson, secondo cui «l'Italia sta rispettando il diritto dell'Unione europea, quindi le regole sono le stesse, ma dal punto di vista legale non è la legge dell'UE, bensì la legge italiana che segue la legge dell'UE».

Il Protocollo Italia-Albania tenta di realizzare un'extraterritorialità giuridicamente neutra. L'avanzamento della frontiera, infatti, non viene effettuato per giustificare una fuga dal diritto, posto che il governo dovrebbe farsi carico degli obblighi di protezione nei confronti dei migranti presenti nei centri albanesi sulla base della disciplina italiana ed europea. Esso, pertanto, differisce dall'accordo tra Regno Unito e Ruanda, che nella sua versione originaria avrebbe dovuto consentire al governo britannico di rimettere la definizione dello *status* giuridico dei rifugiati all'autorità e alla disciplina ruandese.

L'esecuzione del Protocollo sconta però numerose criticità, che rischiano di comprometterne il carattere neutrale, minando l'effettività dei diritti formalmente riconosciuti dalla disciplina italiana ed europea.

In relazione alla fase successiva al soccorso, che si svolge a bordo di navi militari o private, emergono, per esempio, taluni dubbi in ordine alle procedure di *pre-screening* dei migranti, cioè delle verifiche mediche e degli approfondimenti sui legami famigliari e sui Paesi di origine che dovrebbero presiedere al loro trasferimento. Tali procedure, su cui la l. n. 14/2024 tace, per essere adeguatamente svolte potrebbero esigere tempi lunghi e, pertanto, avere come esito valutazioni individuali rapide, ma sommarie, che esporrebbero a violazione i diritti fondamentali alla salute e all'unità famigliare, ovvero valutazioni accurate, ma tardive, che esporrebbero a violazione la libertà personale, potendone scaturire situazioni di vero e proprio trattenimento di fatto presso il c.d. *hub* navale[69].

Relativamente alla fase successiva allo stesso trasferimento, poi, i principali dubbi riguardano la procedura di convalida del trattenimento, posto che la l. n. 14/2024, pur consentendo al migrante di partecipare all'udienza che si svolge presso il Tribunale di Roma, attraverso modalità audiovisive, mediante collegamento da remoto, si limita a rimettere al responsabile dei centri il compito di adottare «le misure necessarie a garantire il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa dello straniero»[70]. Tale disposizione produce un effetto di attenuazione del diritto fondamentale, effetto ulteriormente amplificato sotto altri profili, non essendo chiaro, tra l'altro, chi debba fornire allo straniero le informazioni sulla possibilità di difendersi in giudizio e come lo stesso faccia a scegliere il proprio avvocato.

Il Protocollo tra Italia e Albania è entrato in funzione nell'ottobre del 2024, con il trasferimento di sedici migranti, provenienti dall'Egitto e dal Bangladesh[71]. I suoi effetti, però, sono stati bloccati dal Tribunale di Roma, che si è rifiutato di convalidare il trattenimento dei cittadini stranieri, ritenendo che il decreto ministeriale contenente l'elenco dei Paesi terzi sicuri – su cui si basa la procedura accelerata applicabile nei centri di Shengjin e Gjader – dovesse considerarsi illegittimo per violazione del diritto europeo[72].

---

[69] La fase successiva al soccorso è stata disciplinata nel dettaglio dal Ministero dell'interno, che si è avvalso di un'apposita circolare contenente i c.d. *Standard Operating Procedures* (SOP). Il documento ministeriale si occupa delle «attività condotte in mare dirette all'imbarco […] di persone eleggibili per essere condotte presso i Centri albanesi», precisando, sin dalle prime battute, che devono essere «considerate […] non eleggibili in senso assoluto le persone di sesso femminile, i migranti visibilmente minori di età e non accompagnati, le persone affette da patologie o minorazioni fisiche evidenti, gli anziani, le persone che spontaneamente consegnino li proprio passaporto o documento equipollente in corso di validità». Tale documento si intrattiene in particolare sulle procedure di *pre-screening*, prevedendo che i migranti non rientranti nella categoria di coloro che, per le evidenze sopra descritte, sono destinati a essere immediatamente trasportati sul territorio dello Stato, devono essere portati «verso un'area preventivamente individuata per il possibile *rendez vous* con la nave *hub*», ove i funzionari di polizia – con l'ausilio di un *team* composto da mediatori linguistico-culturali e personale sanitario – svolgono le attività «finalizzate all'individuazione, per il successivo trasferimento in Albania» di coloro che sono «sottoponibili alle procedure accelerate di frontiera», cioè di coloro di cui è stata ulteriormente esclusa la condizione di vulnerabilità e accertata la provenienza da Paesi di origine sicura.

[70] Art. 4, comma 3, l. n. 14/2024.

[71] M. SAVINO, S*e i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto? L'impasse sui Paesi terzi sicuri e una possibile via di uscita*, in *ADiM Blog*, novembre 2024.

[72] Trib. Roma, decreto 18 ottobre 2024, r.g. n. 42260/2024.

La mancata convalida è stata impugnata dal governo, che nel frattempo si è premurato ad approvare un decreto-legge per attribuire all'anzidetto elenco rango primario[73]. Tale ultimo decreto è stato dal Tribunale di Catania ritenuto anch'esso illegittimo per violazione del diritto europeo e disapplicato[74]. Esso, inoltre, è stato oggetto di due domande pregiudiziali, promosse, nell'ordine, dal Tribunale di Bologna e di Roma, ed è attualmente al vaglio della Corte di giustizia, che dovrà pronunciarsi proprio sui criteri di determinazione dei Paesi terzi sicuri e sull'ampiezza del relativo sindacato[75].

4.3. *L'affidamento esterno dei controlli sugli ingressi: i respingimenti delegati alle autorità libiche.* – L'Italia, a seguito della sentenza *Hirsi Jamaa*, sembrerebbe aver accantonato le strategie di extra-territorializzazione, con cui, attraverso lo svolgimento di attività di contrasto all'immigrazione irregolare in alto mare, aveva tentato di svincolarsi dal rispetto dei diritti dei migranti. Il governo italiano, negli ultimi anni, sembrerebbe invece aver dato seguito a strategie di esternalizzazione, delegando lo svolgimento delle stesse attività a Paesi terzi, di per sé svincolati dagli anzidetti diritti[76].

La delega delle attività di controllo sugli ingressi è stata attuata, tra l'altro, grazie al «Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana», sottoscritto nel 2016 ed entrato in vigore a seguito della firma, senza le formalità previste dalla Costituzione con riferimento alla procedura di ratifica parlamentare[77].

Il *Memorandum* Italia-Libia si propone di dare attuazione ai precedenti accordi sottoscritti tra i due Paesi e, in particolare, al «Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione» del 2008, che all'art. 19, rubricato «Collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti, all'immigrazione clandestina», dispone tra l'altro che «Le due Parti intensificano la collaborazione in atto nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata […] e all'immigrazione clandestina» e che «le due Parti promuovono la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle necessarie competenze tecnologiche». La parte italiana si impegna a fornire supporto finanziario, tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati dei controlli sull'immigrazione. La controparte al pattugliamento dei suoi confini, per intercettare i migranti in partenza verso le coste italiane e deportarli nei centri libici[78].

L'accordo sembrerebbe aver raggiunto risultati tangibili nel contrasto degli ingressi irregolari, che già nella primavera del 2018 segnavano una riduzione di circa il 75 per cento rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Tale accordo è stato però da più parti criticato, poiché di fatto permette al governo italiano di aggirare i suoi obblighi costituzionali e internazionali di protezione nei confronti dei migranti. Esso viene attuato attraverso dei respingimenti delegati, c.d. *push-back by proxy*, affidando alla guardia costiera libica il compito di impedire loro di attraversare il Mediterraneo per chiedere il riconoscimento dello *status* di

[73] Decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158.

[74] Trib. Catania, decreto 4 novembre 2024.

[75] Trib. Bologna, ordinanza 25 ottobre 2024, r.g. n. 14572/2024 e Trib. Roma, ordinanza 11 novembre 2024, r.g. n. 46690/2024.

[76] A. LIGUORI, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, Londra, Routledge, 2019, A. PIJNENBURG, *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks:Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, in 20 *European Journal of Migration and Law* (2018), 396 ss.

[77] *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, 2 febbraio 2017.

[78] *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista*, cit.

rifugiato e di riportarli indietro, in veri e propri campi di concentramento, dove vengono trattenuti arbitrariamente e sottoposti a maltrattamenti e torture.

La strategia di esternalizzazione descritta è oggetto di una recente controversia, che è stata risolta dal giudice amministrativo in senso favorevole al governo, per il tramite di un'argomentazione volta a valorizzare gli approdi della giurisprudenza della Corte EDU sul paradigma del controllo effettivo[79].

La vicenda giudiziaria scaturisce dal ricorso dell'Associazione studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), che impugna dinanzi al TAR Lazio il decreto con cui il Ministero degli affari esteri autorizza, nei confronti del Ministero dell'interno, l'impegno di una somma pari a due milioni e mezzo a valere sul c.d. Fondo Africa, per la realizzazione di un intervento denominato «Supporto tecnico del Ministero dell'interno italiano alle competenti Autorità libiche per migliorare la gestione delle frontiere e dell'immigrazione, inclusi la lotta al traffico di migranti e le attività di ricerca e soccorso».

L'Associazione sottolinea come l'anzidetto decreto destini la somma menzionata al finanziamento di attività a favore della Libia e del suo governo, consistenti nella rimessa in efficienza di quattro motovedette appartenenti al Ministero dell'interno libico, nella fornitura di pezzi di ricambio per le motovedette menzionate, nella copertura assicurativa e nel rilascio del certificato di navigabilità necessari per l'impiego dei mezzi, nonché nel corso di addestramento per l'equipaggio destinato agli stessi. L'ASGI sostiene che esso deve ritenersi viziato per sviamento di potere, essendo stato adottato per finalità non consentite dalla l. n. 232/2016, cioè favorire «la realizzazione di situazioni illegittime, suscettibili di tradursi nell'aggravamento delle condizioni dei migranti in Libia». Essa, inoltre, revoca in dubbio la legittimità della legge menzionata, ritenendo la sua disciplina incompatibile con l'art. 10 Cost. e con gli artt. 2 e 3 CEDU, per rendere «sempre più difficile la fuga dei migranti dalle carceri libiche dove la loro vita ed incolumità sono sempre in costante pericolo»[80].

La sentenza del TAR Lazio lascia intendere che il governo è tenuto a rispettare anche i diritti dei migranti che si trovino al di fuori del territorio statale. La pronuncia, però, al contempo precisa che lo stesso governo non può essere ritenuto responsabile delle violazioni imputabili ai Paesi terzi con cui coopera, almeno in mancanza di un controllo effettivo sul loro territorio ovvero sugli organi che agiscono per loro conto. Sotto il primo profilo, il giudice verifica se il Ministero degli affari esteri, con l'emanazione del provvedimento oggetto di contestazione, intendesse o meno violare i diritti fondamentali dei migranti costretti in Libia: ne deriva una valutazione sulle finalità e sugli effetti dell'atto amministrativo, che viene però ritenuto pienamente legittimo. Sotto il secondo profilo, il collegio verifica se lo stesso Ministero, nell'emanazione del provvedimento contestato, fosse altresì tenuto ad attribuire rilievo al fatto che gli organi libici violavano i diritti dei migranti: ne deriva una valutazione sul contesto di riferimento, che però viene ritenuto del tutto inidoneo a rendere l'atto illegittimo.

Per quanto riguarda le finalità, il TAR sottolinea come l'amministrazione si sia limitata a «a promuovere un'iniziativa di supporto finalizzata ad un maggiore controllo delle rotte migratorie del mediterraneo, da realizzarsi attraverso la cooperazione con l'unico interlocutore possibile [...] cioè lo stato libico» e che, in mancanza di ulteriori evidenze, non può ritenersi che essa abbia inteso in alcun modo favorire la violazione dei diritti fondamentali dei migranti. Per quanto riguarda l'effetto, il giudice contesta il nesso causale tra l'iniziativa di supporto dell'amministrazione e la violazione dei diritti fondamentali da parte della Libia, ritenendo «assunto puramente presuntivo e indimostrato quello secondo il quale il supporto italiano alle forze libiche sarebbe quasi certamente destinato a rafforzare comportamenti e azioni costituenti

[79] La controversia è stata decisa con le pronunce del TAR Lazio, sez. III *ter*, 7 gennaio 2019, n. 176 e del Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2020, n. 4569.

[80] TAR Lazio, 176/2019, cit., par. 2.

illecito internazionale». Quanto al contesto di riferimento, infine, il collegio prende atto di come l'attuazione dell'anzidetta iniziativa non fosse effettivamente imputabile ai nostri organi amministrativi, posto che «le pratiche contrarie ai precetti internazionali (*in primis* nei c.d. centri di detenzione di migranti) [...] sono collocate in contesti estranei sia alla sovranità italiana che all'ambito del programma finanziato, in aree dove l'amministrazione italiana non esercita alcun controllo effettivo e in contesti indipendenti dall'effettiva capacità dell'amministrazione libica di controllare il traffico illecito sulle rotte migratorie»[81].

La sentenza del TAR Lazio viene impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, che però nella sua pronuncia replica l'impianto argomentativo esposto, ribadendo il distinguo che intercorre «tra un intervento avente una finalità legittima (riconosciuta come tale dalla stessa appellante) ed eventuali conseguenze che, sia pure in qualche modo ad esso ricollegabili, sono comunque dovute a fattori estranei e non controllabili dalle autorità italiane». Il giudice, proprio a tale ultimo proposito, si intrattiene altresì sull'assimilazione tra le attività previste dal *Memorandum* oggetto di sindacato e la realizzazione di un vero e proprio «respingimento delegato» di migranti, escludendo recisamente che al governo possano essere imputabili illeciti commessi sul territorio della Libia, almeno in mancanza di riscontri circa la sussistenza di un «controllo effettivo» sullo stesso o sugli organi amministrativi libici[82].

Il *Memorandum* è stato rinnovato nel 2022 e rimarrà in vigore sino all'autunno del 2025, a meno di una sentenza di condanna della Corte EDU, dinanzi a cui è ancora pendente il caso *S.S and Others.* Anche in questo caso la questione centrale è quella di stabilire se il Governo italiano possa essere ritenuto responsabile delle violazioni dei diritti dei migranti materialmente perpetrati dalla controparte libica. Anche qui la questione deve probabilmente essere risolta previa verifica circa il controllo effettivo[83].

La manipolazione dei confini praticata dall'Italia nell'ambito dei controlli sugli ingressi, in definitiva, produce effetti modesti. Il tentativo di arretrare e avanzare la frontiera, al fine di sfuggire all'egemonia del diritto, viene costantemente frustrato dalla giurisprudenza, che si oppone all'istituzione di zone franche, in cui operare in deroga agli obblighi costituzionali e internazionali di protezione dei migranti.

Il governo italiano è braccato dal diritto, che non lascia scampo, dentro e fuori il territorio. La finzione di non ingresso di coloro che vengono intercettati subito dopo l'attraversamento della frontiera ovvero nelle zone di transito territoriale non giustifica la violazione delle garanzie di libertà personale. Il fatto di agire in alto mare non è di per sé in grado di legittimare l'inosservanza del divieto di respingimento.

L'esecutivo, però, non sembra rassegnarsi del tutto alla sua cattura. Il protocollo con l'Albania, potrebbe segnarne la resa, poiché esso, pur operando sul territorio di un Paese terzo, acconsente spontaneamente a sottoporsi alla disciplina interna ed europea, ma potrebbe pure fungere da diversivo, per permettere allo stesso di mettersi al riparo da occhi indiscreti e sabotare di fatto i principi della *rule of law*.

L'avanzamento e l'arretramento della frontiera, d'altra parte, non è l'unico espediente sfruttato dall'Italia per tentare di aggirare gli obblighi costituzionali e internazionali di protezione dei migranti. La delega delle funzioni di controllo sugli ingressi irregolari, alla base dell'accordo con la Libia – ma anche dell'accordo con la Tunisia – allo stato sembra dare maggiori garanzie di successo: il fatto che il governo italiano si limiti a finanziare gli organi di un Paese terzo, nonché a fornire loro formazione e supporto tecnico, affinché intercettino coloro

[81] TAR Lazio, sent. 176/2019, cit., par. 4.1. Il giudice al par. 4.2 si occupa invece dei dubbi di costituzionalità prospettati dai ricorrenti, ritenendoli manifestamente infondati.

[82] Cons. Stato, 4569/2020, cit., par. 31.

[83] Corte EDU, *S.S. and Others v. Italy*, ric. n. 21660/18.

che tentino di attraversare il Mediterraneo, non è stato sinora ritenuto sufficiente a integrare la sua responsabilità per *push-back by proxy.*

5. *Conclusioni.* – Il processo globale di espansione dei fenomeni sociali fa emergere asimmetrie tra Stato, potere e territorio, fiaccando l'efficacia della regolazione pubblica in ambiti diversi, come l'economia e l'immigrazione.

Le imprese approfittano delle asimmetrie territoriali, praticando *shopping trip*, alla ricerca del diritto che possa maggiormente favorire i loro investimenti e gli scambi commerciali. Le persone agiscono analogamente, migrando verso ordinamenti giuridici che garantiscono loro condizioni di vita e di lavoro migliori.

Lo Stato tenta di ampliare la sfera d'efficacia del suo potere al di fuori del suo territorio, adeguando le strategie di regolazione alle stesse logiche di «scelta del diritto». Tali strategie emergono nell'ambito della gestione migratoria, fondandosi su un duplice assunto: che sia possibile applicare regole diverse a seconda che i migranti siano stati intercettati o meno entro il confine; che sia possibile spostare giuridicamente la frontiera, così da stabilire se i migranti siano stati o meno intercettati oltre.

Gli Stati Uniti si affidano ai dispositivi di *shifting border*. La de-territorializzazione dei controlli fa leva su una finzione di non ingresso, i migranti intercettati vengono considerati come oltreconfine e nei loro confronti viene avviata la procedura di respingimento verso Paesi terzi, in deroga agli obblighi derivanti dal principio del *due process of law*. L'extra-territorializzazione permette di intercettare i migranti prima dell'attraversamento della frontiera e di respingerli ancorché si trovino in alto mare o in partenza da detti Paesi, in deroga agli obblighi di protezione dei rifugiati.

Il Regno Unito si affida alla conclusione di accordi bilaterali di esternalizzazione, intesi a delegare ad autorità di Paesi terzi lo svolgimento degli anzidetti controlli. Il *Memorandum of Understanding* sottoscritto con il Ruanda, nella sua versione originaria, prevede che i migranti privi di visto siano affidati dal governo britannico al governo ruandese e trasferiti a Kigali, per la procedura di riconoscimento dello status di rifugiato. Esso dispone una delega in bianco, rimettendo al Paese terzo il compito di disciplinare detto procedimento, così derogando al principio di *non refoulement*.

L'Italia, infine, sfrutta dispositivi di diverso tipo: arretra la frontiera, per giustificare i respingimenti differiti e trattenimenti di fatto; la avanza, effettuando respingimenti in alto mare ovvero trasferendo in Albania i migranti ivi soccorsi. Essa, inoltre, si proietta oltre la sua stessa frontiera, delegando a Paesi terzi, come la Libia e la Tunisia, il compito di effettuare respingimenti per suo conto.

Il governo italiano tenta così di aggirare gli obblighi di protezione dei migranti. I respingimenti differiti e i trattenimenti di fatto interrogano i principi che presiedono alla tutela della libertà personale. I respingimenti in alto mare e delegati, il principio di *non refoulement*. I trasferimenti nei centri albanesi, formalmente compatibili con gli anzidetti principi, nei fatti potrebbero comprometterli.

Il tentativo dello Stato di adeguare le strategie di gestione migratoria alle logiche proprie di scelta del diritto produce però esiti diversi, poiché diversa è la reazione delle Corti in ciascun ordinamento.

La Corte Suprema degli Stati Uniti si mostra piuttosto deferente e afferma che le norme prive di uno specifico ambito geografico non siano idonee a vincolare il governo al rispetto degli obblighi di protezione dei migranti che si trovino al di fuori del territorio federale. La Corte europea dei diritti dell'uomo, che esercita una certa influenza pure sulle Corti domestiche di Regno Unito e Italia, afferma che le norme CEDU vincolano i governi al rispetto del principio di *non refoulement* ogni volta in cui essi esercitino un controllo effettivo nei confronti dei migranti che si trovino oltreconfine.

Il giudice europeo definisce così uno standard di regolazione di livello globale, valido per tutti gli Stati aderenti, di cui possono avvalersi anche persone che non siano ancora entrati fisicamente sul loro territorio.

La sua giurisprudenza, però, può essere facilmente aggirata attraverso la delega dei controlli sugli ingressi irregolari. Il tentativo tentato dal governo britannico è risultato fallimentare, perché esperito nei confronti dei migranti già presenti sul territorio europeo. Il tentativo del governo italiano, invece, si è finora rivelato di successo, perché non prevede contatto diretto con i migranti, bensì soltanto finanziamento e supporto alle operazioni effettuate da Libia e Tunisia all'interno dei rispettivi confini.

La fuga del governo italiano dagli obblighi di protezione nei confronti dei migranti potrebbe però volgere al termine. La Corte EDU si pronuncerà prossimamente sui c.d. *push-back by proxy* e dovrà stabilire eventuali responsabilità, dirette o indirette, per violazione del divieto di respingimento.

DARIO BEVILACQUA

I MOVIMENTI DI CAPITALI NEI MERCATI MONDIALI: EFFICIENZA AMMINISTRATIVA, *REGULATORY FAILURES* E TUTELA DEGLI INTERESSI DEBOLI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I diversi effetti delle asimmetrie tra poteri in tre casi-studio. – 2.1. Investimenti stranieri e diritto amministrativo: asimmetrie che producono efficienza. – 2.2. Investimenti stranieri e *dumping* ambientale: asimmetrie che danneggiano il mercato. – 2.3. Investimenti stranieri e *land grabbing*: asimmetrie che danneggiano i beni pubblici. – 3. Investimenti stranieri e regole condivise. – 4. Investimenti stranieri e resistenze domestiche. – 5. Investimenti stranieri e rapporti di forza. – 6. Conclusioni

1. *Premessa.* — La capacità di attrarre investimenti esteri[1] costituisce, per gli Stati nazionali, un'opportunità e al contempo una fonte di rischi. È un'opportunità perché l'ingresso di capitali da altri Paesi crea indotto economico, sviluppa settori produttivi, aumenta l'occupazione, incentiva la creazione di infrastrutture. Tuttavia, l'attività messa in atto per attrarre investimenti può produrre anche effetti negativi, perché può comportare l'abbassamento degli standard di tutela, lo stravolgimento di territori, la cessione di *asset* patrimoniali pubblici strategici, la perdita di risorse naturali. A fronte di questo duplice impatto, sussiste un'attività di regolazione, che promana da norme nazionali ed extranazionali e aspira – non sempre riuscendoci – a garantire certezza giuridica e a disciplinare secondo ragionevolezza un settore caratterizzato da complessità e da una molteplicità di interessi da mantenere in equilibrio[2].

L'incapacità di trovare un bilanciamento regolatorio che minimizzi i rischi e mantenga intatte le opportunità crea, come si vedrà dall'analisi di casi, delle asimmetrie tra Stato ed economia; *rectius*: tra esigenze di natura pubblicistica e interessi privati. Nonché tra interessi pubblici diversi e in conflitto. Queste asimmetrie sono dettate da uno squilibrio di poteri tra soggetti investitori e Stati riceventi, che a volte fa emergere una maggior forza dei primi e altre volte dei secondi, ma anche dall'assenza o dall'inadeguatezza delle regole che disciplinano la materia. Proprio il rapporto di forza squilibrato e la debolezza delle norme applicabili danno luogo alle suddette asimmetrie, le quali, nondimeno, producono effetti sia positivi, sia negativi. Se ne prendono in esame tre.

Il primo, di natura positiva, è scaturito dalla forza degli investitori e dal vantaggio in termini di qualità delle regole pubbliche che lo spostamento di capitali apporta ai soggetti riceventi, quando questi sono in grado di attrarre gli investimenti tramite un miglioramento del sistema amministrativo: semplificare le procedure di autorizzazione, rendere più chiare e immediate le regole, velocizzare le decisioni e ridurre gli adempimenti costituiscono accorgimenti che, oltre a favorire l'ingresso di capitali, vanno a migliorare, sul piano generale, il funzionamento della macchina amministrativa, a vantaggio dell'intera collettività. In questi casi, quindi, le asimmetrie di potere tra attori privati e istituzioni pubbliche, a beneficio dei primi, favoriscono il buon andamento amministrativo. Inoltre, le norme sovranazionali e la loro applicazione da

[1] «Per investimento estero deve intendersi un'operazione transfrontaliera di trasferimento di ricchezza da un paese all'altro, connotata da un elemento di rischio economico», F. BASSAN, *Corso di diritto internazionale dell'economia e dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2024, 71.

[2] Sulle attività di regolazione pubblica finalizzate a sviluppare l'economia e in special modo a stimolare investimenti e crescita economica si veda, *ex multis*, T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1997; M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Diritto pubblico*, 2017, 75 ss. e *passim*; J.C.N. RAADSCHELDERS, *Public Administration. The Interdisciplinary Study of Government*, Londra-New York, 2015, 185 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.*, 5, 2016. Utile anche consultare la letteratura internazionalistica che ha identificato un «diritto internazionale degli investimenti», avente natura ibrida e comprendente norme di diritto internazionale pubblico, privato e di diritto transnazionale, F. BASSAN, *Corso di diritto internazionale dell'economia e dei mercati*, cit., 68 ss. e letteratura *ivi* indicata.

parte di organi con funzioni giudiziali[3] rafforzano le garanzie e le forme a tutela degli amministrati, con diminuzione degli arbitrii, ma comprimendo lo spazio di manovra degli Stati e riducendone il potere discrezionale.

In secondo luogo, il potere *de facto* delle imprese multinazionali consente loro di attuare operazioni finanziare di arbitraggio[4]. Questo tipo di pratica sfrutta le differenze di prezzo in luoghi e mercati differenti, sovente causate da regole e controlli amministrativi benevoli e standard più bassi stabiliti dai Paesi riceventi, proprio per attrare quei capitali che contribuiscono allo sviluppo economico interno. La forza degli investitori privati, quindi, può avere un triplice effetto negativo: spinge gli Stati a ridurre le tutele pubblicistiche e le garanzie generali per favorire i capitali stranieri, anche a discapito della collettività[5]; crea un effetto di *race to the bottom* perché l'abbassamento degli standard in un territorio scatena la competizione di altri Stati che pongono in essere approcci analoghi[6]; danneggia le prospettive di efficientamento dell'amministrazione pubblica, perché ridurre o cancellare i requisiti di tutela e le garanzie è più facile e immediato che rendere più performante l'amministrazione. In questo caso le asimmetrie tra Stato ed economia vanno a detrimento della qualità della regolazione pubblica e danneggiando la collettività.

Infine, nei casi in cui lo squilibrio è particolarmente accentuato – quindi in Stati particolarmente deboli sul piano della capacità negoziale – , la forza degli investitori dà luogo a un ulteriore fenomeno, non solo giuridico: il *land grabbing*[7]; negli ultimi anni manifestatosi anche in forma di *green grabbing*, quando è diretto a sfruttare risorse finalizzate al perseguimento della transizione ecologica[8]. In queste circostanze, la sottomissione degli Stati li porta a cedere ampie porzioni di territorio e risorse naturali, per cui l'intervento esterno è consentito e incoraggiato dalla disponibilità dei Paesi riceventi a sacrificare parti del patrimonio demaniale o risorse naturali strategiche[9]. Esistono regole globali in argomento, ma a volte sono

---

[3] I giudici sono i custodi dei principi del diritto che i detentori del potere devono rispettare: è così che il diritto globale riesce a limitare i poteri pubblici nazionali a garanzia e vantaggio dei destinatari delle loro decisioni. In tal senso S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, 103 ss.

[4] Le "schede di lettura" del Servizio Studi della Camera dei Deputati (n. 187 del 6 luglio 2009) chiariscono che "per arbitraggio si intende il processo attraverso cui si ricava un profitto ricorrendo all'acquisto e alla vendita simultanea di attività o beni, fra i quali esistono differenze di prezzo".

[5] Sul punto, è interessante soffermarsi su quanto riportato da T.L. CAMBELL e J.A. HALL, *The World of States*, II ed., Cambridge University Presse, 2021, 64, ossia che nel 2012, per la prima volta, il mondo sottosviluppato assorbiva una quantità di investimenti esteri maggiore (51 per cento del mondo) rispetto ai Paesi capitalisti. Questo dato, se si considerano gli studi sull'efficienza amministrativa, sulla diffusione della corruzione, sulla certezza del diritto e sulle garanzie relative alle libertà economiche riguardanti i vari Stati mondiali consente di dedurre che la riportata capacità attrattiva dei Paesi in via di sviluppo, in cui la qualità dei sistemi amministrativi è bassa, dipendeva da altro, ossia proprio dall'abbassamento di standard, regole e controlli sugli operatori commerciali.

[6] Sul punto c'è abbondante letteratura. Si veda, per tutti, *Ibidem*, 154-155.

[7] Molto utile la sintetica ricostruzione del fenomeno, sotto il profilo delle norme di diritto internazionale, che si rinviene in J. VON BERNSTORFF *The Global 'Land-Grab', Sovereignty and Human Rights*, in ESIL Reflections, October 18, 2013 Volume 2, Issue 9. Si v. altresì L. COTULA, *'Land Grabbing' and International Investment Law: Toward a Global Reconfiguration of Property?*, in A.K. BJORKLUND (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2014–2015*, Oxford University Press, 2016, 177 ss.; M.E. MARGULIS, N. MCKEON, S.M. BORRAS JR., *Land Grabbing and Global Governance: Critical Perspectives*, in *Globalizations*, 10, 2013 e S. SASSEN, *Land Grabs Today: Feeding the Disassembling of National Territory*, in *Idem*. Sotto il profilo amministrativistico si richiama F. CAPORALE, *Land grabbing e diritto amministrativo. I diritti umani come rimedio all'accaparramento delle risorse naturali e il loro impatto sulle amministrazioni nazionali*, in *Munus*, n. 3, 2018, 849 ss.

[8] Friends of the Earth International, *Renewable energy & land use barriers to just transition in the Global South*, Amsterdam, February 2023, 12 ss., 17 ss., 23 ss., 27 ss. Sul tema si v. anche M. LANG, *et al.* (ed.), *The Geopolitics of Green Colonialism: Global Justice and Ecosocial Transitions*. 1st ed., Pluto Press, 2024 e IPES-Food, *Land Squeeze: What is driving unprecedented pressures on global farmland and what can be done to achieve equitable access to land?*, *https://ipes-food.org/wp-content/uploads/2024/05/LandSqueeze.pdf*, 2024, 40 ss.; .

[9] In questi casi, come si vedrà, la sovranità nazionale e i poteri pubblici da questa derivanti contribuiscono e non ostacolano il fenomeno dell'accaparramento di terre da parte di investitori stranieri. L'asimmetria, quindi attiene più precisamente alla tutela di alcuni interessi pubblici – di natura diffusa e anche collettiva, se riguardano alcune comunità

poco efficaci perché non vincolanti, altre volte poco incisive[10], perché non sempre in grado di correggere o sopperire a difetti e mancanze delle discipline domestiche: da ciò dipende il formarsi di un'ulteriore asimmetria, che favorisce scelte regolatorie irragionevoli nel bilanciamento tra interessi pubblici e poco attente alla tutela di beni collettivi.

Il lavoro si sviluppa a partire dall'analisi di tre casi-studio riguardanti scenari particolari in grado di riflettere e rendere evidenti le problematiche esposte. Di qui, si approfondiscono i diversi aspetti critici, delineando gli effetti delle asimmetrie tra interventi dei poteri pubblici e dinamiche privatistiche e di mercato. L'attenzione si concentra quindi sull'attuale disciplina degli investimenti transnazionali e sulle asimmetrie tra prerogative pubbliche e interessi privati, al fine di formulare alcune proposte di riforma del settore. Queste sono da ricondurre alla necessità di definire e adottare una regolazione comune, di carattere globale, che fissi un substrato di principi e regole al fine di preservare gli effetti utili dei movimenti di capitale – per esempio incentivando e spingendo le amministrazioni statali a semplificare e a rendere più efficienti i sistemi amministrativi domestici – e, al contempo, scongiurare l'abbattimento degli standard di tutela e l'utilizzo di strumenti di *dumping* sociale o ambientale a discapito delle collettività interne e di altri Paesi.

2. *I diversi effetti delle asimmetrie tra poteri in tre casi-studio*. — Gli effetti che scaturiscono dalle asimmetrie concernenti i rapporti tra poteri pubblici e poteri privati e i problemi e le opportunità che questi comportano sono rinvenibili in concreto, e in modo paradigmatico, in aggiudicazioni di dispute extranazionali, nell'attuazione di misure regolatorie o nell'approvazione di nuove norme, in procedure di conciliazione. Come anticipato, gli esempi sono tre.

Il primo riguarda una decisione di un arbitro internazionale, che aggiudica controversie tra Stati e investitori internazionali (*Investors-States Dispute Settelement* –ISDS), operante all'interno della disciplina stabilita dall'*International centre for settlement of investment disputes* – ICSID[11]. La pronuncia[12] consente di osservare come la forza degli investitori spinga gli Stati a sottoporsi a norme internazionali e alle conseguenti decisioni degli organi di aggiudicazione che ampliano le garanzie dei privati e costringono le amministrazioni a essere più efficienti e a rispettare i principi fondamentali come il legittimo affidamento e la certezza del diritto.

---

locali danneggiate dagli investimenti – i contrapposti interessi privati, cui si aggiungono diversi interessi statali, legati alla crescita economica, ma sovente ancorati a prospettive di breve periodo.

[10] «Gli ordinamenti nazionali e ultranazionali non hanno predisposto rimedi efficaci a questi problemi: le linee guida e i principi che sono stati licenziati sono lasciati all'adesione spontanea degli operatori economici e degli Stati, senza meccanismi di implementazione particolari», F. CAPORALE, *Land grabbing e diritto amministrativo*, cit., 857. Sul punto si veda altresì M. MANFREDI, *Land Investments and "Land Grabbing": the Need for a Legal Framework*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, 803 ss.

[11] Il sistema ISDS è un arbitrato internazionale e a-nazionale, indipendente e disciplinato dalle regole dell'ICSID. Quest'utòtimo, a sua volta, è stato istituito ai sensi della *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18 Mar 1965 ed è un ente indipendente e depoliticizzato per la risoluzione delle controversie che fa parte del Gruppo della Banca mondiale. Su questi temi si v. G.M. NORI, *Il concetto di investimento estero ai tempi della nuova via della seta. brevi riflessioni sullo stato della giurisprudenza dei tribunali arbitrali ICSID*, in Giurisprudenza arbitrale, 2020, n. 2, 279 e letteratura *ivi* citata. Sul sistema ISDS e sulle varie proposte di riforma per tenere conto dell'ambiente si rinvia a R. HERTANTI, *Under the Yoke of Neoliberal 'Green' Trade*, in *The Geopolitics of Green Colonialism*, a cura di M. LANG e M.A. MANAHAN, Pluto Press 2024 e L. COTULA e C. MORE *How the International Court of Justice can advance climate action*, International Institute for Environment and Development, UK, 2023. Mi permetto di rinviare altresì a D. BEVILACQUA, *Le decisioni degli Arbitri internazionali e i principi della giustizia amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 414 ss.

[12] *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain,* ICSID Case No. ARB/15/23, *Award* October 6th 2023: *jusmundi.com/en/document/decision/en-mathias-kruck-frank-schumm-joachim-kruck-jurgen-reiss-and-others-v-kingdom-of-spain-award-friday-6th-october-2023#decision_55059*..

Il secondo caso fa riferimento a due misure *trade-restrictive* adottate dall'Unione europea per scongiurare l'elusione di norme comuni e garantire l'eguaglianza formale tra gli operatori che operano nei mercati internazionali.

La prima – di natura legislativa perché tradotta in un Regolamento europeo – ha l'obiettivo di contribuire al processo di decarbonizzazione delle attività produttive, come previsto dal disegno del *Green Deal*[13]. Gli sforzi dell'Unione e degli Stati membri di ridurre l'impronta di carbonio nella produzione di merci, infatti, sono spesso vanificati dai cosiddetti *carbon leakages*, ossia la rilocalizzazione delle emissioni di carbonio, quando, per motivi di costi legati alle politiche climatiche, le imprese trasferiscono la produzione in altri paesi con vincoli e limiti più permissivi, contribuendo quindi a un aumento delle emissioni totali. Questa forma di *environmental dumping* – consentita dall'eterogeneità degli standard ambientali e climatici adottati nel territorio europeo e al di fuori di esso e sfruttata dai vari investitori – è resa possibile dai sistemi regolatori approntati da alcuni Paesi, che scelgono approcci benevoli proprio per attrarre nuovi investimenti. Viene contrastata dall'UE con una tassa alla frontiera, che però ha l'effetto, almeno nel breve periodo, di aumentare costi di produzione e prezzi al consumo.

Similmente, la seconda misura presa in esame – di carattere amministrativo – consiste nell'apposizione di dazi nei confronti di auto elettriche cinesi: prodotte a basso costo grazie a sussidi statali, sono il portato di una scelta di politica economica di un governo straniero, finalizzata a promuovere gli investimenti privati, ancorché interni. Tale scelta, nondimeno, si traduce, nel contesto dei mercati globali, in una pratica di *dumping*: una forma di concorrenza sleale che consente di vendere merci a un prezzo inferiore a quello di mercato, grazie all'intervento statale che sovvenziona i produttori. E genera – nei Paesi importatori, come l'UE – una parallela misura pubblica di natura regolatoria e a effetti protezionistici, che serve a contrastare la pratica sleale ma danneggia comunque il mercato a livello nazionale e internazionale.

La terza decisione, ancora in corso di svolgimento davanti al *Compliance Advisory Ombudsman* (CAO)[14] – un meccanismo indipendente di *accountability* relativo a progetti supportati dall'*International Finance Corporation* (IFC) e dalla *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA)[15], entrambi membri del *World Bank Group* – riguarda un caso di *land grabbing*[16]. Anche in questa circostanza la forza degli investitori e in generale la convenienza economica dell'investimento incidono sulla volontà delle autorità nazionali, ma i vantaggi economici che la popolazione domestica riceve dall'ingresso di capitali stranieri non sono bilanciati da altrettanti vantaggi a favore delle realtà locali, né con riferimento ad altri interessi

[13] Il *Green Deal* europeo costituisce un complesso processo regolatorio avviato dalla Commissione nel dicembre 2019, con l'obiettivo di raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica del continente entro il 2050, dando vita a una nuova forma di crescita economica, basata sulla sostenibilità competitiva. È stato adottato con una Comunicazione della Commissione europea: *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11.12.2019 COM(2019) 640 final. Sul tema è utile consultare la pagina web predisposta dall'UE: *ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_it*. Per un approfondimento mi sia consentito di rimandare a D. BEVILACQUA – E. CHITI, *Green Deal. La costruzione di una nuova Europa*, Bologna, il Mulino, 2024 e D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, Milano, Giuffré, 2024.

[14] *https://www.cao-ombudsman.org/*

[15] Si tratta di due strumenti volti a incoraggiare e favorire gli investimenti e la crescita economica in paesi in via di sviluppo.

[16] *Cambodia: VEIL II-01/Ratanakiri Province*, *https://www.cao-ombudsman.org/cases/cambodia-veil-ii-01ratanakiri-province*. Alcuni gruppi di indigeni della Cambogia, sostenuti da associazioni e ONG, hanno contestato l'investimento effettuato da un'impresa denominata Hoang Anh Gia Lai (HAGL) e finanziata dall'IFC per l'estrazione di gomma. L'investimento si basava su concessioni rilasciate dal governo, ma configurava una deprivazione di terra per le popolazioni residenti su quei terreni, con effetti negativi sul piano della sicurezza alimentare, della proprietà collettiva, dell'ambiente e dei diritti umani.

di natura pubblicistica, come l'ambiente, le risorse naturali e l'accesso al cibo, che invece possono subire un nocumento dall'intervento delle imprese multinazionali.

2.1. *Investimenti stranieri e diritto amministrativo: asimmetrie che producono efficienza.* – – La decisione *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, adottata da un Arbitro ISDS[17], ha riguardato investimenti di varie compagnie tedesche su territorio spagnolo nel campo delle energie rinnovabili, con l'effetto di ridurre il margine di intervento – e quindi anche i poteri discrezionali – delle autorità pubbliche domestiche a tutela di interessi pubblici. Il governo spagnolo, infatti, stante la condanna al risarcimento degli investitori disposta dall'Arbitro internazionale, oltre a subire un nocumento patrimoniale per le proprie scelte di *public policy*, subisce una limitazione severa e penalizzante che opera come deterrente nei confronti dell'esercizio discrezionale del proprio potere pubblico. Nondimeno, lo stesso meccanismo costringe le autorità domestiche a rispettare regole formali e garanzie che scongiurano decisioni arbitrarie, protezionistiche, irragionevoli o sproporzionate.

L'*Award* del Tribunale ISDS, rilasciato il 6 ottobre 2023, aveva a oggetto la rimozione[18], da parte del Governo spagnolo, di una serie di incentivi adottati a inizio Duemila, che avevano incoraggiato l'avvio di investimenti da parte dei reclamanti. Il ripensamento si era tradotto in una serie di misure amministrative adottate tra il 2013 e 2014 – finalizzate a ridurre la spesa pubblica in un frangente di difficoltà finanziaria per il Paese –, che andavano a violare il principio del legittimo affidamento, perché gli investimenti dei reclamanti erano stati pensati per un periodo continuativo lungo e sulla base dell'affidabilità degli incentivi promessi. La loro rimozione, quindi, danneggiava le imprese straniere, togliendo a queste certezza giuridica e una convenienza economica già prospettata.

La norma che l'Arbitro ha ritenuto violata consiste in una disposizione positivamente determinata all'interno della Carta dell'energia (ECT)[19] – l'art. 10 –, ma rispecchia principi e regole procedurali propri dei diritti amministrativi domestici. Essa richiama, infatti, il legittimo affidamento, ma anche i principi di imparzialità e buon andamento, per cui le amministrazioni nazionali sono tenute a trattare in modo equo, legittimo e imparziale le imprese che intendono investire nel loro territorio.

Nello svolgere la sua valutazione, l'Arbitro internazionale sottolinea che per poter parlare di legittimo affidamento occorre dimostrare che lo Stato avesse messo in atto "*specific commitments*" in merito ai benefici promessi e poi ritirati (§§ 159-60): "*something that clearly indicates that the State is making a commitment not to excercise its legislative power in a particular way*" (§ 167). Nella sua valutazione, lo stesso Arbitro riscontra che la stabilità della legge spagnola sugli incentivi era uno degli elementi caratterizzanti il provvedimento e che quindi contribuiva a integrare quell'impegno a mantenere fede a quanto previsto, per cui la sua rimozione andava a violare il legittimo affidamento (§ 190). L'organo giudicante aggiungeva inoltre che la scelta di abolire gli incentivi previsti, sebbene ragionevole sotto il profilo della

[17] Sui caratteri e gli aspetti critici del sistema ISDS si veda *supra*, nota n. 10. Qui preme sottolineare che la vicenda riguarda imprese tedesche e istituzioni spagnole, ma i ricorrenti non si rivolgono a un tribunale amministrativo nazionale e nemmeno alle corti europee, scegliendo invece di chiedere giustizia a un arbitro internazionale costituito *ad hoc*.

[18] Deliberata con Regio Decreto n. 667 del 25 maggio 2007 e con la quale si accordavano gli incentivi solo a coloro che avevano investito in data anteriore al 29 settembre 2008.

[19] Il Trattato sulla carta dell'energia ha il fine di promuovere la sicurezza energetica attraverso mercati più aperti e competitivi, nel rispetto dei principi dello sviluppo sostenibile e della sovranità sulle risorse energetiche. Le clausole più importanti del trattato, oltre allo scambio di materiali e prodotti energetici, concernono la tutela degli investimenti (artt. 10 ss.), *energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-it.pdf*. A riguardo, è necessario segnalare che in data 30 maggio 2024 l'Unione europea ha adottato la *Decisione* del Consiglio n. 6509/24, LIMITE ENER 67 ATO 4 POLCOM 49 FDI 11, Bruxelles, 2024, con cui ha deliberato di recedere dal Trattato sulla Carta dell'energia.

riduzione della spesa pubblica, non lo era con riferimento agli investitori che avevano già impegnato parte del loro capitale finanziario sulla base di quegli incentivi (§ 224)[20].

Sono rispecchiati, come evidente, alcuni requisiti di garanzia propri dell'attività amministrativa nazionale: buon andamento, ragionevolezza, legittimo affidamento. Non solo, il diritto extranazionale e i suoi attori (la Carta dell'energia e l'Arbitro ISDS) li rafforzano, giacché la presenza di esplicite disposizioni a tutela dei privati e di figure con poteri di aggiudicazione di controversie all'interno di un trattato internazionale costringe le amministrazioni interne a sottoporsi a un controllo ulteriore sulla legittimità del loro operato. E questo può portare a una condanna e a una sanzione pecuniaria (come nel caso di specie, § 360).

Nella pronuncia in parola, come in altre, analoghe, l'asimmetria tra le esigenze di tutela dello Stato e le aspirazioni di guadagno del privato trovano una soluzione giuridica e giudiziale[21] grazie a norme di diritto amministrativo globale. Queste incrementano, mediante decisioni di organi con funzioni di aggiudicazione, le garanzie e le tutele dei privati di fronte ai poteri pubblici, con l'effetto di diminuirne sia la discrezionalità politico-amministrativa, sia un suo uso arbitrario; nonché di rafforzare la difesa di diritti soggettivi e interessi legittimi, ancorché a detrimento degli interessi pubblici confliggenti.

Se ne desume, quindi, che la decisione dello Stato spagnolo, pur avendo un contenuto piuttosto generale e non discriminatorio nei confronti degli operatori che investono nel settore delle rinnovabili, non esonera le amministrazioni nazionali dall'obbligo di assicurare certezza giuridica, trasparenza e buon andamento. Inoltre, stando all'interpretazione fornita, eventuali misure discriminatorie e quindi trattamenti irragionevolmente diseguali rispetto a condizioni analoghe sarebbero state del pari inammissibili e quindi sanzionate. Nel caso di specie, la misura statale era pertanto censurabile per il contrasto sia con il principio del legittimo affidamento[22], sia con la norma positiva della Carta dell'energia (art. 10).

[20] È opportuno riportare, a riguardo, l'opinione dissenziente che ha ritenuto che dal Regio decreto contestato non si evincesse in modo così incontrovertibile l'intenzione di mantenere immutati gli incentivi e che al contrario gli investitori possedevano tutti gli strumenti per valutare i rischi che gli stessi potessero venir meno (*Dissenting Opinion*, §§ 63 e 79).

[21] Preme sottolineare che l'aggiudicazione della disputa, pur coinvolgendo imprese tedesche e Stato spagnolo, viene affidata, invece che a un organo giurisdizionale dell'Unione europea, a un arbitro internazionale costituito ad hoc, che fornisce minori garanzie di imparzialità e terzietà rispetto ai giudici europei. Per una valutazione critica si rinvia alla letteratura già citata e a un nota del Segretario Generale delle Nazioni Unite del 2023, ove si legge: «Foreign investors enjoy preferential access to justice because they can bring ISDS claims against Governments, but neither Governments nor adversely affected communities and individuals can bring claims against foreign investors (although States can file counterclaims in limited circumstances)», UN Secretary General, *Paying polluters: the catastrophic consequences of investor-State dispute settlement for climate and environment action and human rights*, A/78/168, 13 July 2023 (reissued for technical reasons on 19 March 2024), 6.

[22] Questo va inteso come «un limite alle scelte discrezionali dell'amministrazione, tenuta a valutare, soprattutto nella ponderazione degli interessi che sta alla base del provvedimento […], le legittime aspettative del cittadino in ordine alla stabilità dell'assetto degli interessi in gioco», M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidanento*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 2012, 159.

2.2. *Investimenti stranieri e strategie di dumping: asimmetrie che danneggiano il mercato.* —All'interno del contesto commerciale mondiale, l'Unione europea stabilisce una serie di regole finalizzate a salvaguardare la competitività delle industrie che vendono beni e servizi nel mercato comune, rientrando nei parametri di sicurezza e legalità definiti a tale livello. Le varie iniziative, che impattano sulle aspettative di produttori stranieri con effetti diversi sul piano della tutela degli interessi pubblici, si rendono necessarie proprio perché l'esistenza di asimmetrie regolatorie tra i vari Paesi consente agli investitori di sfruttare tali differenze per produrre a costi inferiori. Ciò dà luogo, talvolta, a pratiche commerciabili illegittime, che alterano il criterio del «*levelling the playing field*» caratterizzante il commercio mondiale, dando luogo a casi di *dumping* e giustificando quindi l'adozione di contromisure a livello nazionale.

Si prendono in esame due azioni regolatorie diverse: la prima consiste in un meccanismo di tassazione sull'impronta di carbonio che, *inter alia*, ha lo scopo di disincentivare le delocalizzazioni che sfruttano standard di tutela climatica troppo permissivi; la seconda prevede l'apposizione di dazi nei confronti di beni provenienti dalla Cina, rientranti nella fattispecie del *dumping* perché sussidiati in modo sproporzionato dal governo del Paese esportatore. Entrambe riguardano il consumo di merci, ma rilevano anche come norme pubbliche sugli investimenti, giacché indirizzano, condizionano e agevolano determinate scelte imprenditoriali secondo una visione orientata alla tutela di interessi pubblici.

Il meccanismo di aggiustamento delle emissioni di carbonio da applicare alla frontiera (CBAM) è stato realizzato in tre fasi: la prima si basa su una lista ufficiale dei settori e sottosettori più a rischio di rilocalizzazione[23]. La seconda prevede la determinazione per cui la produzione di settori e sottosettori ritenuti esposti a un rischio elevato di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio riceve una quota maggiore di quote gratuite nel mercato delle emissioni rispetto agli altri impianti industriali. La terza stabilisce l'applicazione del meccanismo a produttori interni ed extra-UE, chiamati a pagare un costo in base all'impronta di carbonio delle loro produzioni.

Le tre iniziative descritte, che hanno come culmine proprio il CBAM, costituiscono – al di là dell'intento di decarbonizzare le produzioni per la tutela del clima – un elemento di rottura con la *ratio* ispiratrice del *free-trade* mondiale. Il meccanismo impositivo che si applica alla frontiera, infatti, si traduce in una tassa sulle merci prodotte con un'alta impronta di carbonio, al fine di indurre le industrie europee e quelle straniere ad adoperare sistemi produttivi che eliminino o riducano le emissioni di gas serra. Pur essendo non discriminatorio e, *rebus sic stantibus*, compatibile con le norme dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), il CBAM segna un importante punto di svolta nei confronti delle politiche di *market-regulation*, tradizionalmente tese ad abbattere, ridurre o eliminare le barriere commerciali, diminuendo i costi di transazione per favorire lo scambio di merci. Con il CBAM si pone invece un onere ulteriore in capo ai produttori, il quale aumenta, se non altro nel breve periodo, i costi di produzione e quindi anche i costi finali per i consumatori. Nondimeno, questo tipo di intervento serve proprio a conformare le scelte degli operatori, spingendo questi ultimi a svolgere attività a basso (o nullo) impatto inquinante, divenuto più conveniente, e a rendere inutile la pratica di delocalizzare il momento produttivo. Si tratta di un approccio che segna una distinzione rispetto alle politiche del recente passato e che, pur non rinnegando le logiche e le regole del *free-trade* – perché dispone una deroga giustificata, non discriminatoria e normativamente predefinita –, lascia aperti i problemi degli effetti di una tale politica su produttori e consumatori.

[23] Il primo elenco è stato applicato nel 2013-2014. L'elenco è stato modificato nel 2011, 2012 e 2013. Il secondo elenco è stato applicato nel periodo 2015-2019. Nel 2017 è stato deciso che questo elenco sarà valido anche per il 2020. Per la fase 4 (2021-2030), la Commissione ha adottato un nuovo elenco nel febbraio 2019 e pubblicato nel maggio 2019. Si veda, ad esempio, la *Decisione della Commissione* del 27 ottobre 2014, che determina, a norma della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, un elenco dei settori e dei sottosettori ritenuti esposti a un rischio elevato di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio per il periodo dal 2015 al 2019 [notificata con il numero C(2014) 7809] (Testo rilevante ai fini del SEE) (2014/746/UE).

In parallelo, seguendo una strategia regolatoria analoga, ma con alcuni importanti elementi distintivi, l'UE ha approvato dei dazi sulle auto elettriche prodotte in Cina[24], sulla base di uno studio[25] in grado di dimostrare che le stesse godono di sussidi statali elevati, che alterano il mercato creando una situazione di *dumping* e danneggiano, quindi, le imprese produttrici europee. L'imposizione dei dazi è deliberata con gli artt. 1-3 del Regolamento 2024/1866 della Commissione, che a sua volta fa riferimento all'articolo 10, paragrafo 8, del regolamento (UE) 2016/1037 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di sovvenzioni provenienti da paesi non membri dell'Unione europea («regolamento di base») e trova giustificazione nel pacchetto di sussidi adottato dal Governo cinese a favore, *inter alia*, dei produttori automobilistici interni[26].

Malgrado il governo cinese abbia attivato una procedura di contestazione presso l'OMC[27], la misura europea sembra potersi giustificare secondo le regole *anti-dumping*[28]. Nondimeno, indipendentemente da una sua legittimazione formale, i dazi decisi dalla Commissione si traducono in una politica pubblica anticoncorrenziale e *market-restrictive*, con intenti protezionistici[29], che per difendere il settore economico automobilistico interno accetta anche di rinunciare a importazioni utili alla transizione ecologica. Specularmente, la politica cinese applica a sua volta una misura restrittiva a tutela del mercato domestico, perché con i sussidi offre una condizione di vantaggio ai produttori nazionali che risulteranno più competitivi nei mercati globali. Al di là di come sarà aggiudicata la disputa tra le due parti, il combinato dei due interventi produce sicuro nocumento al mercato e ai consumatori.

L'asimmetria tra interessi pubblici e interessi privati si riflette in entrambe le misure prese in esame e genera, come detto, effetti negativi sul piano degli interessi pubblici. Lo si vede se si guarda l'insieme degli eventi e la loro concatenazione. Il CBAM ha effetti negativi sul mercato e sui consumatori, ma esso nasce al fine di contrastare un'asimmetria nociva per gli interessi pubblici ambientali: la convenienza degli investimenti spinge infatti i vari Stati ad attrarre i capitali stranieri con l'abbassamento degli standard di tutela ambientale; quella europea è quindi una reazione dei poteri pubblici, potenzialmente benefica sul piano della decarbonizzazione, ma che arreca svantaggi a produttori e consumatori. Inoltre, è consentita dall'attrattività del mercato del continente europeo[30], ma non è egualmente percorribile da tutti gli attori mondiali.

---

[24] Regolamento di esecuzione (UE) 2024/1866 della Commissione, del 3 luglio 2024, che istituisce un dazio compensativo provvisorio sulle importazioni di veicoli elettrici a batteria nuovi, concepiti per il trasporto di persone, originari della Repubblica popolare cinese, C/2024/4646, artt. 1-3.

[25] L'inchiesta effettuata dalle istituzioni europee è richiamata e sintetizzata nel *Preambolo* del citato Regolamento 2024/1866.

[26] *Ibidem*, § 196 ss. Si v. la Strategia industriale cinese denominata Made in China 2025: *www.gov.cn/zhengce/content/2015-05/19/content_9784.htm*; traduzione in inglese disponibile all'indirizzo: *cset.georgetown.edu/wp-content/uploads/t0432_made_in_china_2025_EN.pdf* e il 14° Piano quinquennale nazionale: *www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content_5592681.htm*. Una traduzione in inglese è disponibile all'indirizzo: *cset.georgetown.edu/wp-content/uploads/t0284_14th_Five_Year_Plan_EN.pdf*.

[27] DS626: *European Union — Provisional Countervailing Duties on New Battery Electric Vehicles from China*, 9 August 2024, *www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds626_e.htm*.

[28] WTO, *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, Geneve, 1994, *www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf*.

[29] Secondo il reclamo cinese la misura europea risulta in contrasto con gli obblighi che l'UE si è impegnata soddisfare, in violazione dell'art. VI, del GATT 1994 e degli artt. 1, 2, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 22 e 32 del *Subsidies and Countervailing Measures Agreement* della WTO (*European Union – Provisional Countervailing Duties on New Battery Electric Vehicles from China. Request for Consultations by China*, WT/DS626/1 G/L/1533 G/SCM/D138/1 14 August 2024, § 9).

[30] L'UE adopera sia uno strumento di mercato, sia la forza del proprio mercato per imporre una misura regolatoria che va a limitare le libertà di azione degli operatori commerciali. Le istituzioni europee, infatti, impongono una *carbon tax* di fatto, con il duplice fine sia di condizionare le scelte degli operatori, sia di ottenere un gettito da impiegare nella transizione ecologica. Tuttavia, l'applicazione di tale misura rischia di favorire la scelta di produrre all'estero determinati beni o servizi, evitando di sopportare il costo per l'impronta di carbonio, ma al contempo perdendo lo sbocco europeo per la vendita dei

È al contempo frutto delle scelte politico-economiche della Cina la misura di sovvenzionamento delle produzioni di auto elettriche contestata dall'UE nella seconda misura descritta. L'obiettivo pubblico, di aumentare la diffusione di veicoli non inquinanti e stimolare la crescita interna, confligge con le regole di concorrenza e del *free-trade*. E va a produrre, quindi, un'altra asimmetria, tra produttori cinesi e altri produttori, per esempio europei. Di qui, anche in questo caso l'adozione dei dazi da parte della Commissione è una reazione a tale asimmetria, che ne crea un'altra, perché a sua volta altera il mercato interno con strumenti che proteggono i produttori interni, ma a detrimento dei consumatori, che vedono ridotti i loro poteri di scelta e di acquisto sui beni oggetto della misura.

2.3. *Investimenti stranieri e land grabbing: asimmetrie che danneggiano i beni pubblici.* – – Anche se la disputa oggetto del terzo caso preso in esame è ancora in via di definizione in merito a una parte della terra contestata, essa ha già prodotto un primo risultato definitivo, comportante la restituzione, a beneficio delle comunità locali, di una parte della superficie su cui doveva insistere l'investimento della parte resistente, ossia la compagnia *Hoang Anh Gia Lai* (HAGL), controllata e supportata da un fondo di investimento vietnamita, denominato *Vietnam Enterprise Investments Limited* (VEIL), con oggetto la produzione e il commercio di gomma.

Nel 2014, i membri di 17 villaggi della provincia cambogiana del Ratanakiri e alcune ONG locali hanno dato vita a una procedura di contestazione presso un organo con funzioni di mediazione e controllo: il *Compliance Advisor Ombudsman* della Banca Mondiale[31]. I ricorrenti lamentavano una serie di effetti negativi, sul piano sociale e ambientale e della tutela dei diritti, derivanti dall'investimento della HAGL, tra cui impatti sulle risorse idriche della zona, consumo di suolo non impermeabilizzato, mancanza di compensazioni, difetti di trasparenza e di strumenti per il coinvolgimento degli interessati, minaccia alla cultura indigena e locale, sfruttamento del lavoro infantile. La contestazione riguardava la violazione sia di norme dell'ordinamento giuridico cambogiano[32], sia dell'*International Finance Corporation*[33], membro del gruppo della Banca Mondiale, ed era diretta a recuperare parte della terra data in concessione dal governo. Nel corso del giudizio le negoziazioni tra le parti sono andate avanti, giungendo a conciliazioni e accordi, soprattutto in merito a porzioni di terra da restituire alle

---

loro prodotti. Proprio quest'ultimo aspetto è lo strumento strategico della politica unionale, perché l'importanza di accedere al mercato europeo è, per molti operatori, superiore alla convenienza di produrre beni con minori costi ambientali.

[31] Il CAO è stato definito come l'«IFC*'s watchdog, created in 1999 by the World Bank Group, board to hold IFC management accountable to its safeguard*», F. BOURDIER, *From Confrontation to Mediation: Cambodian Farmers Expelled by a Vietnamese Company*, in *Journal of Current Southeast Asian Affairs*, 2019, Vol. 38(1), 63.

[32] «*The ELCs held by HAGL's subsidiaries are in breach of a number of Cambodian laws and regulations. The Land Law stipulates that land concessions can only be granted over private property of the State (art 58); however HAGL's ELCs cover forest, classified in the law as public property of the State (art 15). The concessions have also blocked access to and destroyed ponds and streams used by local communities, which is prohibited by the same article of the Land Law. According to Global Witness, known concessions held by HAGL subsidiaries cover a cumulative surface area of 47,370 hectares,15 almost five times the legal limit of concession holdings, including by several legal entities controlled by the same natural person (art. 59). HAGL claims to have sold three of its concessions but has admitted to currently holding concessions over a surface area of 28,422 hectares, almost three times the legal limit*», Complaint concerning IFC investment in Dragon Capital Group and VEIL (Project no. 10740 and 20926), § 26, *www.cao-ombudsman.org/sites/default/files/downloads/ComplainttoCAOreDragonCapital-HAGL.pdf*.

[33] Ad esempio, con riferimento agli obblighi di tutela ambientale, «*the overall objective of the safeguard policies, and in particular, of Environmental Assessments (EA) required for all projects, was to ensure that projects under consideration by the IFC were environmentally and socially sound. A process of due diligence was required to ensure that adverse impacts were prevented, minimized mitigated or compensated. We are not privy to specific information about the IFC's process of due diligence in appraising and thereafter supervising its investments in DCGL/VEIL*», *Ibidem*, § 35. Similmente, in termini di trasparenza, è stato rilevato che «*due to the IFC's lack of transparency, it is impossible for third parties to comprehensively monitor and assess the extent to which the IFC has complied with its policy and procedures with regard to review, appraisal and supervision, or whether its client has complied with the E&S requirements to which it was bound*», *Ibidem*, § 41.

comunità indigene[34]. Nel giugno del 2024, le due fazioni hanno siglato un *Memorandum of Understanding*[35], contenente l'accordo che prevede la restituzione di più di 700 ettari di terra alle comunità locali e stabilisce regole condivise per la risoluzione della disputa relativa alla contesa di 20 ettari addizionali di terra e alla richiesta di supporto finanziario inoltrata alla HAGL.

Il caso esaminato consente di svolgere alcune osservazioni.

In primo luogo, la disputa ha mostrato una divergenza tra i molteplici interessi coinvolti, pubblici e privati. Se la compagnia investitrice e il governo nazionale avevano interesse allo sfruttamento dell'area individuata, le comunità locali e la collettività tutta vi si opponevano, per difendere la salubrità dell'ambiente e il mantenimento di risorse naturali. Questa conflittualità rende difficile l'azione pubblica, aumentando la complessità delle scelte amministrative e politiche. Si hanno, quindi, asimmetrie tra aspettative diffuse e collettive – che, come evidente, non sempre coincidono con quelle dello Stato – e prerogative private[36]. Ne deriva una complicazione per le relative scelte regolatorie che fa auspicare regole più dettagliate e di maggiore qualità, onde mantenere i vantaggi degli investimenti stranieri, ma scongiurando la cessione a privati di risorse naturali fondamentali e strategiche per la vita dei residenti[37].

In secondo luogo, gli investimenti producono effetti benefici sul piano della crescita economica, con liquidità spendibili nel breve periodo, ma, comportando lo sfruttamento di vaste porzioni di territorio, consumano suolo, alterano gli habitat naturali, riducono le risorse, danneggiano le comunità locali. A fronte di questi impatti negativi, i *discontents* – coloro che più hanno da perdere da questi cambiamenti –, non dispongono di adeguati strumenti giuridici per difendere i propri interessi, segnatamente a livello nazionale. Le disposizioni adottate dalle istituzioni degli Stati, nel riconoscere il diritto allo sfruttamento dei terreni agli investitori stranieri, legittimano questi ultimi, rivestendo l'azione delle necessarie tutele legali, ma contribuiscono anche ad accentuare l'asimmetria di cui si è detto, contrapponendo interessi privati e statali da un lato e interessi diffusi e collettivi dall'altro.

In terzo luogo e in collegamento col punto precedente, le norme e le istituzioni globali possono offrire una sponda ai soggetti più deboli per contestare gli investimenti e tutelare gli interessi sottorappresentati, dimostrando l'importanza di poter contare su norme comuni, di carattere extranazionale, che dispongono garanzie e tutele ai vari soggetti coinvolti in dinamiche come quella descritta[38]. La presenza di un organismo di mediazione, come il *Compliance Advisor Ombudsman*, e di procedure predefinite che i vari investitori sono tenuti a rispettare, offre ai soggetti danneggiati da queste operazioni economiche la possibilità di rappresentare il

---

[34] Un'utile ricostruzione e analisi della mediazione è rinvenibile in F. BOURDIER, *From Confrontation to Mediation*, cit., 63 ss. e in S. JOSHI. *Contesting land grabs, negotiating statehood: the politics of international accountability mechanisms and land disputes in rural Cambodia*, in *Third World Quarterly*, 2020, 7 ss.

[35] Cfr. *www.cao-ombudsman.org/sites/default/files/downloads/Cambodia-VEIL-MOU-JUNE-2024.pdf*

[36] Su questi aspetti Fabio Bassan, richiamando un lavoro di Giorgio Sacerdoti (*Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, vol. 269, 1997), ha evidenziato che «il delicato equilibrio tra interessi pubblici e collettivi, talvolta di rilevanza strategica, e gli interessi economici di soggetti privati è il cuore della materia del diritto internazionale degli investimenti». F. BASSAN, *Corso di diritto internazionale dell'economia e dei mercati*, cit., 70.

[37] In questo senso, è stato opportunamente osservato che il *land grabbing*, più che un mero accaparramento di terra, si traduce in «*natural resources grabbing*», perché porta allo sfruttamento di beni naturali a vantaggio degli investitori privati e con la sottrazione degli stessi alla comunità locale, F. CAPORALE, *Land grabbing e diritto amministrativo*, cit., 851 ss. e *passim*

[38] Sul punto, F. BOURDIER, *From Confrontation to Mediation*, cit., 56: «*these financial institutions attracted scrutiny when independent analyses demonstrated non-compliance with international laws on investment, human rights, and state sovereignty and collusion between mega-development projects and their financial backers. These revelations tarnished their reputation. Predictably, both Asian Development Bank and WB adopted safeguard policies and provided advice and money for tenure guidelines governing international land deals in their development model. Worried about their credibility, international agencies declare the free, prior, and informed consent of indigenous populations as a "fundamental requirement" to be obtained on projects that may cause their displacement or affect their land, territories, resources, or cultural heritage*»

proprio punto di vista, esigere una procedura formalmente corretta (e ispirata alle regole del *due process*), ottenere restituzioni e compensazioni per i danni subiti a causa degli investimenti. Non necessariamente questi strumenti riescono a garantire un'efficace protezione ai beni delle comunità locali[39] – considerando anche che quella descritta è una procedura di mediazione che giunge a un accordo compromissorio in cui i rapporti di forza sono molto sbilanciati – ma si tratta di soluzioni percorribili per rivendicare diritti che altrimenti rischierebbero di essere ignorati.

3. *Investimenti stranieri e regole condivise.* — L'analisi del primo caso – che ha costituito, negli ultimi decenni, una dinamica molto frequente, con gli investitori a contestare decisioni pubbliche adottate dagli Stati riceventi – ha mostrato come l'applicazione di disposizioni di trattati internazionali riflette l'interpretazione, la declinazione e l'esecuzione in concreto di principi, istituti e garanzie propri dei diritti amministrativi nazionali sull'azione delle amministrazioni domestiche, condizionandole anche nei contenuti: nell'*Award* dell'Arbitro ICSID, la ricostruzione effettuata dagli organi giudicanti andava a interpretare anche la *ratio* del disposto normativo statale, deducendone l'irragionevolezza nel momento in cui lo stesso – con la sua abrogazione – tradiva le promesse di stabilità che erano servite ad attrarre gli investimenti stranieri.

Il diritto amministrativo interno viene dunque rafforzato dalle disposizioni extranazionali: le amministrazioni domestiche sono sottoposte a un ulteriore controllo di legalità, che trova una specificazione esplicita dei criteri con cui declinare i principi dell'ordinamento nazionale. Parallelamente, le imprese investitrici possono ricorrere a un sistema di tutela che adopera strumenti e garanzie propri del diritto amministrativo nei confronti di decisori pubblici che, in nome della tutela di interessi generali, limitano determinate operazioni economiche. Le disposizioni della Carta dell'energia, come di altri trattati sugli investimenti, offrono quindi la sponda per declinare – in senso ampliativo – i principii del legittimo affidamento e dell'equo indennizzo a fronte di provvedimenti con effetti ablativi.

Di più, le asimmetrie e la dialettica tra esigenze statali e interessi privati giocano un ruolo significativo che incide sul funzionamento delle strutture pubbliche: da un lato i governi nazionali – mossi dall'obiettivo di attrarre gli investimenti stranieri, che come detto portano liquidità e generano un effetto moltiplicatore su altri comparti – adottano norme volte a incentivare attività economiche private ritenute benefiche per la collettività; dall'altro, la violazione di queste norme, la compressione irragionevole di interessi o il venir meno di garanzie già accordate, possono essere contestate e giudicate, dando luogo a sanzioni, con un effetto deterrente che dovrebbe migliorare anche l'efficienza e la correttezza dell'agire pubblico.

L'asimmetria tra Stato e soggetti privati è innegabile e la stessa sfocia in conflitti di difficile soluzione. Nondimeno, essa è foriera di effetti positivi sul piano del funzionamento della macchina amministrativa, perché costringe le autorità pubbliche a elevare il livello di tutela e di garanzie a favore dei destinatari delle politiche pubbliche. Questo effetto, nondimeno, non è privo di *trade-off*, perché le tutele dei privati investitori e il rispetto delle garanzie assicurate ai privati contro il potere dell'autorità vanno a danno di decisioni finalizzate alla cura di interessi pubblici che, limitate nella loro discrezionalità e condizionate nei contenuti, possono essere

[39] «*Negotiating land rights may be a means for dispossessed groups to gain leverage, but this case study reveals how mediations and other non-judicial mechanisms for dispute resolution also create power constellations that disadvantage weaker parties, and do not circumvent states' authority to enforce and legitimise agreements. This has relevance beyond the HAGL case because while civil society actors and complainants may be eager to bypass the Cambodian judicial system, the reality of doing so is, unfortunately, neither straightforward nor a panacea for harms caused by the state, private-sector actors and international financial institutions*», S. JOSHI. *Contesting land grabs*, cit., 14.

indebolite o cancellate nel breve periodo e scoraggiate in prospettiva futura, con potenziale nocumento per quei beni giuridici di interesse generale cui erano destinate[40].

4. Investimenti stranieri e resistenze domestiche. — Le due politiche pubbliche prese in esame al § 1.2, che traducono delle reazioni ad asimmetrie causate proprio da investimenti privati e da come essi sono gestiti dai governi nazionali, hanno elementi comuni e distinti.

Quanto ai primi, sono entrambe di natura restrittiva sotto il profilo delle libertà commerciali: apponendo dazi, tasse e tariffe, disincentivano la circolazione di merci e non ne facilitano il consumo diffuso e a basso costo.

In secondo luogo, tutte le decisioni pubbliche coinvolte nella vicenda sono giustificate dalla tutela di interessi ritenuti prioritari: il clima nel primo caso, il sistema produttivo automobilistico (di entrambe le parti), di nuovo il clima – e indirettamente le regole di concorrenza – nel secondo.

Un terzo elemento comune riguarda la capacità dei soggetti pubblici di condizionare le scelte economiche: la prima misura europea scoraggia la delocalizzazione, disincentiva l'uso di metodi produttivi inquinanti a favore di pratiche ecologicamente compatibili e favorisce metodi innovativi per produrre meglio ma a costi inferiori; la seconda, invece, rende meno conveniente l'acquisto di auto provenienti da un Paese terzo, con un *favor* per quelle europee; parallelamente, i sussidi del governo cinese incrementano la produzione di auto a basse emissioni, facilitandone la diffusione.

Quanto alle differenze, si nota che la prima misura sfrutta l'attrattività del mercato europeo per applicare un costo che dovrebbe agire come disincentivo all'inquinamento, anche a discapito del mercato, mentre la seconda è una tutela del mercato interno da pratiche commerciali sleali, ma che potrebbe comunque danneggiare il *free-trade* e i consumatori europei, privati della possibilità di scegliere i prodotti all'interno di un mercato più ampio ed eterogeneo. La Cina, a sua volta, sceglie di adottare un sussidio che ha effetti benefici per la conversione ecologica e favorisce le esportazioni, ma che fa scattare misure protezionistiche da parte di un Paese avente un mercato molto appetibile.

Più in generale, le due misure esaminate mostrano la capacità da parte degli Stati e dei poteri pubblici di condizionare le scelte degli investitori privati, creando quindi asimmetrie con questi ultimi. In entrambi i casi con il fine di proteggere interessi pubblici ritenuti prevalenti: nel primo l'UE tutela il clima, nel secondo, la stessa Unione salvaguarda la correttezza degli scambi commerciali; specularmente, i sussidi cinesi contribuiscono a loro volta alla decarbonizzazione, ma anche a favorire – in teoria sproporzionatamente – il sistema produttivo domestico rispetto ai *competitors* stranieri. Le misure prese in esame hanno effetti negativi su tutti gli operatori privati: il CBAM aumenta i costi di produzione e costringe le imprese alla conversione ecologica, i dazi danneggiano i produttori cinesi, vanificando i vantaggi ottenuti con i sussidi statali. Specularmente, nondimeno, tutelano interessi pubblici che risultano invece danneggiati dalle attività economiche privatistiche.

Sulla base di quanto osservato si trae conferma che il movimento di capitali non produce solo effetti positivi sul piano dello sviluppo economico o sotto il profilo dell'adeguamento del sistema amministrativo in termini di efficienza e semplificazione. La scelta di favorire gli investimenti dà luogo a forme di *forum shopping* condizionate dall'abbassamento degli standard di tutela di interessi pubblici e ad alterazioni del *levelling the playing field*, causate da sussidi

[40] La minaccia di condanne economiche elevate può spingere gli Stati a rinunciare alle proprie prerogative di tutela degli interessi pubblici, per scongiurare i ricorsi da parte dei privati stranieri. Ciò è ancora più evidente per le decisioni arbitrali ai sensi dell'ICSID perché statisticamente benevoli nei confronti degli investitori. In merito agli effetti negativi delle decisioni dei Tribunali ISDS sull'ambiente si v. UN Secretary General, *Paying polluters*, cit., 3 ss. e M. BAS, *Back to sovereignty? Policy space in investor-State dispute settlement*, in *Rev. Bras. Polit. Int.*, 65(2): e016, 2022, *passim*.

statali. Ciò genera reazioni regolatorie dei poteri domestici che, nel limitare tali effetti negativi ne producono altri, a danno di altri interessi pubblici. Inoltre, la scelta di utilizzare gli incentivi per indirizzare gli investimenti verso obiettivi di interesse generale può alterare i rapporti tra privati, dando luogo quindi a un'ulteriore forma di asimmetria, la quale a sua volta produce nuove reazioni in cui il rapporto tra intervento statale (che stabilisce dazi) e operatori privati (che importano merci) va a detrimento di interessi pubblici come la concorrenza, il funzionamento dei mercati e le aspettative dei consumatori.

Di fronte alle asimmetrie descritte, emerge l'inadeguatezza delle regole applicabili a tali situazioni. Infatti, l'abbassamento degli standard di tutela ambientale – al pari dei sussidi statali –, costituisce, nei mercati internazionali, oltre a un comportamento che innesca una corsa al ribasso nella qualità della *governance*, anche una forma di concorrenza sleale o un sussidio indiretto[41], che elude il principio della lotta ad armi pari, in applicazione del più generale criterio di eguaglianza formale, proprio della disciplina dell'OMC. Le reazioni a questi comportamenti, come notato, sono lasciate ai singoli Paesi, dando luogo a ritorsioni che aumentano il protezionismo e danneggiano il mercato. Ciò conferma l'attuale incapacità della Comunità internazionale di armonizzare i necessari criteri giuridici per definire, in modo affidabile e condiviso, quando determinati standard rispettano o no i richiesti livelli di tutela dell'ambiente (o di altri interessi generali) in modo da agire come riferimento normativo per giustificare o meno un'azione di contrasto a un comportamento anticoncorrenziale o protezionistico. Se si definissero degli standard di tutela minimi, comuni agli ordinamenti e prodotti dalla comunità internazionale a seguito di negoziazioni e accordi formali – quindi grazie a un'attività di *standard-setting* internazionale – sarebbe più agevole dimostrare la violazione dei criteri di pari trattamento imposti dalla disciplina mondiale del commercio, come definiti dalle norme dell'Omc.

Vi è un ultimo elemento che emerge dalle due misure analizzate e che ritorna anche in altri atti simili (si pensi all'*Inflation Reduction Act* statunitense[42] o alle numerose misure di sussidio all'approvvigionamento energetico, *verde* o *marrone* che sia[43]): la presenza, con capacità di incidere, degli Stati nazionali all'interno di dinamiche economiche transnazionali. Il CBAM, i dazi, i sussidi, le agevolazioni e le erogazioni a favore di soggetti privati sono operati da organismi statali, che alterano il gioco della concorrenza tra operatori e riprendono vigore all'interno del contesto globalizzato del *free-trade* mondiale: se il rapporto tra Stato ed economia

[41] Esiste un dibattito, con proposte di riforma, sui cosiddetti «*actionable subsidies*», ossia l'applicazione di standard ambientali ed ecologici troppo poco rigorosi, che hanno l'effetto di favorire la produzione in determinati luoghi, con effetti protezionistici indiretti. Come è stato rilevato, «*the underlying idea of the US proposal is that industries located in certain countries benefit from weak or unenforced environmental laws and regulations by not being required to incur, and properly internalize, the costs of preventing or remediating environmental damage resulting from their production processes and thus gain an unfair competitive advantage, comparable to that obtained by subsidized industries*», E. CIMA and M.M. MBENGUE, *'Kind of Green'. The U.S. Proposal to Advance Sustainability through Trade Rules and the Future of the WTO*, in *ESIL*, Vol. 10, Issue 1, 2021, 2-3.

[42] Si tratta di un pacchetto di sussidi alle industrie "verdi" statunitensi da 369 miliardi di dollari. Il provvedimento offre aiuti e crediti d'imposta alle aziende americane che investono in veicoli elettrici e tecnologie delle energie rinnovabili, come batterie elettriche, pannelli solari e turbine eoliche, ma impone una condizione prioritaria: che i prodotti siano fabbricati negli Usa. Si v. *Statute at Large 136 Stat. 4171 - Public Law No. 117-169* (08/16/2022), *congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5376/text*, segnatamente le sezioni da 13102 e ss. Si rinvia al relativo dossier, disponibile sul sito del governo statunitense: *whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/12/Inflation-Reduction-Act-Guidebook.pdf*, in special modo 9 ss.

[43] Tra il 2020 e il 2022 i combustibili fossili hanno ricevuto finanziamenti pubblici per 47 miliardi di dollari all'anno. La maggior parte destinata al gas. I dati, pubblicati da «Friends of the Earth» nel 2024 e ricavati dal database sui finanziamenti pubblici per l'energia di Oil Change International (energyfinance.org), hanno consentito di analizzare i finanziamenti per l'energia concessi dalle agenzie di credito all'esportazione e dalle istituzioni di finanziamento allo sviluppo dei paesi del G20, nonché dalle principali banche multilaterali di sviluppo, Friends of the Earth U.S., *Nemici pubblici: i sussidi fossili delle banche multilaterali di sviluppo e delle istituzioni finanziarie internazionali dei paesi del G20*, tr. in italiano da C. Cutrupi, Aprile 2024.

non si è mai interrotto, nemmeno negli anni in cui la globalizzazione dei mercati ha conosciuto uno stadio di sviluppo particolarmente elevato[44], va nondimeno registrata una presenza maggiore dei poteri pubblici domestici, la quale, differentemente dal periodo appena trascorso, ostacola quei processi economici globali che prima invece assecondava o contro i quali non riusciva più di tanto a intervenire. Queste misure sono talvolta delle reazioni a dinamiche di mercato che producono esternalità ed effetti negativi, ma non sempre riescono a correggere le «*market failures*»[45], finendo invece per produrne di nuove.

5. Investimenti stranieri e rapporti di forza. — Il caso che ha visto la mediazione del CAO, conclusosi con un accordo tra le parti, evidenzia un'asimmetria dettata da rapporti di forza squilibrati, con poche regole certe a tutela degli interessi più deboli e sottorappresentati. La forza attrattiva degli investimenti stranieri, infatti, spinge gli Stati poco sviluppati e non dotati di sufficienti infrastrutture per produrre ricchezza, ad appaltare lo sfruttamento delle risorse a imprese straniere. Poiché dispongono di terreni ricchi di fonti e di materiali di alto valore, scambiano questi *asset* per una liquidità immediata e nell'auspicio che si crei un indotto economico.

Si tratta di scelte consapevoli e formalmente legittime da parte dei governi, che le traducono in atti di alienazione, locazione o concessione di ampie porzioni di territorio. Queste decisioni, nondimeno, sacrificano importanti risorse interne e, se non sufficientemente regolamentate e coperte da limiti sostanziali e formali, finiscono per andare a detrimento di alcuni interessi, meno rappresentati e più esposti: ambiente, biodiversità, sopravvivenza e cultura delle popolazioni indigene, suolo non costruito.

L'asimmetria è presente anche in questo caso, ma non necessariamente vede contrapposti i soggetti privati con finalità di investimento e gli Stati nazionali. Il conflitto che scaturisce dalle dinamiche descritte coinvolge invece le realtà locali, che, in antitesi con le aspirazioni al profitto delle imprese, oppongono la tutela di beni collettivi come la terra, gli ecosistemi, le tradizioni culturali regionali.

A fronte di ciò, le regole extranazionali giocano un ruolo decisivo: la presenza di garanzie procedurali previste dal sistema di regole dell'*International Finance Corporation*, sotto l'ombrello della Banca Mondiale, consente alle comunità locali di rivendicare procedure formalmente corrette e dotate delle opportune garanzie; quindi di esigere compensazioni quando sono danneggiati beni e risorse comuni, come quelle naturali cui esse attingono. Oltre all'importanza sotto il profilo procedurale – per via della possibilità data alle realtà locali di far sentire la propria voce in merito a decisioni assunte dal governo – è evidente il contributo che i partecipanti potrebbero fornire alla definizione del contenuto delle scelte pubbliche, che, pur ubbidendo a logiche di miglioramento economico e di sviluppo della zona interessata, non avevano tenuto in conto anche le aspettative e gli interessi dei soggetti deboli, colpiti dalla realizzazione del progetto. L'intervento degli interessati, nello specifico portatori di istanze sociali e ambientali, può condizionare le decisioni delle autorità competenti, modificandone il contenuto e gli effetti che ricadono sulle aspettative degli investitori privati e sul bilanciamento tra gli interessi.

Sulla base delle considerazioni appena svolte, è paradossale – benché l'inevitabile riflesso della frammentazione del sistema regolatorio globale[46] – che vi siano ampie ed efficaci regole

[44] S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2024, 531 ss.

[45] Si veda, per tutti, T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1997, 13 ss.

[46] «Il diritto globale è composto di tanti sistemi diversi, che producono una patologica relatività normativa. I diversi regimi regolatori rispondono ciascuno a precise esigenze settoriali, ciascuno con la sua razionalità», S. CASSESE, *Come nasce un ordine giuridico globale*, in *Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata*, (2010), (online), contributo già pubblicato in L. CAFAGNA (a cura di), *Riformismo italiano. Saggi per Giorgio Ruffolo*, Roma, Donzelli, 2007, 63, dove l'a. riprende una riflessione di G. TEUBNER, A. FISCHER-LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità*

procedurali che incrementano le garanzie dei privati investitori a discapito degli Stati, come visto per le decisioni degli arbitri ISDS, mentre sono ancora insufficienti e poco efficaci le analoghe tutele di garanzia anche per chi rappresenta interessi deboli (ambiente, salute, comunità indigene, sicurezza alimentare, biodiversità) nei confronti di decisioni assunte dagli Stati a beneficio di privati stranieri. Le norme applicabili sono idonee a tutelare i diritti di proprietà e la libertà degli investitori, ma sono meno efficaci se si tratta di tutelare la proprietà – in molti casi di natura collettiva – delle comunità locali e altri interessi diffusi come l'ambiente. A tal riguardo, molti trattati bilaterali d'investimento di ultima generazione prevedono clausole di salvaguardia dell'ambiente o dei diritti umani, in modo da stabilire, in una fase preliminare, i limiti applicabili all'attività degli investitori stranieri[47].

6. Conclusioni. — L'indagine svolta nelle pagine precedenti ha mostrato come la capacità trainante degli investimenti stranieri, pur producendo vantaggi di natura economica, crea delle asimmetrie tra i poteri pubblici e gli interessi privati. Queste possono alimentare conflitti, divergenze, ma anche aspirazioni ad approcci integrati e coerenti. È una dialettica che ha vari effetti sul piano giuridico, sia di natura positiva – come le riforme amministrative che, rendendo il sistema di regolazione più efficiente, aspirano ad attrarre più investimenti – sia negativa, come l'abbassamento degli standard di tutela di beni pubblici e relative reazioni da parte delle autorità di altri Paesi, a detrimento di concorrenza, mercato e aspettative dei consumatori, o il nocumento arrecato all'ambiente, al suolo e alle minoranze locali.

La caratteristica comune alle diverse asimmetrie descritte è il sacrificio subito da alcuni interessi pubblici sottorappresentati o meno tutelati da norme e quindi soccombenti nella dialettica descritta: la necessità di rispettare il legittimo affidamento riduce la spesa pubblica da destinare alla collettività; l'abbassamento degli standard e dei limiti sociali e ambientali alle iniziative economiche riduce la protezione di interessi contrapposti a quelli imprenditoriali e commerciali; la necessità di contrastare il *dumping* e i *leakages* ambientali va a detrimento dei consumatori; la concessione o l'alienazione di vaste porzioni di terre in Paesi in via di sviluppo costituisce un nocumento per le comunità indigene, per la natura e per la sovranità e la sicurezza alimentare di quegli stessi territori. Il conflitto tra poteri pubblici e poteri privati, più che un vincitore tra i due contendenti, produce una riduzione di tutele e vantaggi per la collettività dei cittadini.

A fronte di quanto osservato, si rende necessaria l'adozione di un sistema di regole comuni, che disciplini il fenomeno, consentendone la diffusione, ma limitandone gli effetti negativi. Senza la pretesa di fornire risposte definitive ed esaustive in uno spazio limitato come questo, si individuano alcuni caratteri comuni degli interventi di riforma auspicabili in sede di disciplina degli investimenti transnazionali.

---

nella frammentazione del diritto globale, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Roma, Armando, 2005, 139 ss. Per «frammentarietà» o «frammentazione» del diritto extra-nazionale si intende «*the breakdown of the substance of general international law into allegedly autonomous, functionally oriented, "self-contained" regimes*», M. KOSKENNIEMI, *Constitutionalism as Mindset*. *Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalisation*, Berkley Press: Theoretically Inquires in Law, N. 1, Vol. 8, 2007, 18. Sul tema si veda altresì ID, *The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?*, Lezione presentata alla London School of Economics and Political Sciences, 7 giugno 2006, disponibile in Internet al sito *www. helsinki.fi/eci/Publications/MKChorley%20Text-06a.pdf* e ID, *Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, disponibile al sito *www.un.org/law/ilc/*.

[47] Lo riportano A. MACDONALD KC, P. WEBSTER e M. WASEEM, *Climate change, international investment law and arbitration*, in *Climate Change Law. Current perspectives*, Essex Court Champers, 2003, 3 ss. *essexcourt.com/publication/climate-change-international-investment-law-and-arbitration-week-4-series-2/*. Si v. altresì F. BASSAN, *Corso di diritto internazionale dell'economia e dei mercati*, cit., 73 e M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, Esi, 2022.

In primo luogo, un sistema di norme comuni dovrebbe poggiare su disposizioni di natura procedurale e formale condivise. Queste, che come visto già operano a garanzia degli investitori, devono includere strumenti e meccanismi che vadano anche a vantaggio dei controinteressati. Prevedere, ad esempio, strumenti agevolati, semplificati e rafforzati di apertura, trasparenza, partecipazione e *judicial review* in merito alle decisioni per il rilascio di autorizzazioni, concessioni o agevolazioni agli investitori consente di internalizzare e anticipare eventuali conflitti, pluralizzare il momento istruttorio e quello decisionale, dare voce in capitolo a interessi solitamente deboli, aumentare la pubblicità e l'imparzialità delle decisioni pubbliche per le attività considerate.

In secondo luogo, norme comuni, di carattere globale, dovrebbero avere a che fare anche con criteri, parametri e standard di natura sostanziale, in grado di condizionare i progetti di investimento. Questi, ad esempio, devono soddisfare requisiti relativi al rispetto di diritti umani, limiti ambientali (che potrebbero trarre ispirazione, ad esempio, dai criteri di cui al cosiddetto «Regolamento Tassonomia» e al principio del «*do no significant harm*»[48]) e di natura sociale, così da scongiurare, *a priori*, l'apertura dei governi nazionali a investimenti troppo spregiudicati. La verifica, l'aggiornamento e i controlli, *in itinere* e conclusivi, sul rispetto dei requisiti predefiniti andrebbero affidati a organismi indipendenti, auspicabilmente di natura extra-statale, mentre le condizioni per rispettare gli interessi sotto-protetti potrebbero essere definiti a grandi linee in trattati internazionali e poi riprodotti in dettaglio, come clausole, nei trattati bilaterali sugli investimenti.

Infine, sembra necessaria la costituzione di un adeguato sistema di aggiudicazione delle controversie: indipendente, stabile, imparziale, che garantisca due gradi di giudizio e che sia in grado di accogliere i *complaints* di investitori, Stati o gruppi di interesse per la violazione di una molteplicità di interessi o diritti coinvolti nelle attività economiche prese in esame. Un corte mondiale degli investimenti costituirebbe la migliore evoluzione del sistema ISDS, che sarebbe migliorato dalla presenza di giudici stabili e indipendenti, in grado di scongiurare arbitrii da parte degli Stati nei confronti degli investitori e, al contempo, difendere le prerogative statali o delle collettività locali quando queste siano legittime e giustificate da ragioni di interesse generale. In questo senso, anche una riforma dell'ICSID, su cui già si discute[49], potrebbe portare alcuni benefici.

La materia degli investimenti, in modo specifico quando questi attraversano i confini, con movimenti transnazionali che producono effetti diversi in vari territori, è di difficile regolazione. Le stesse proposte innovative qui sommariamente indicate rischiano di apparire come dei meri *desiderata*, perché troppo ottative, lontane dalla volontà politica internazionale, con poche probabilità di attuazione concreta[50]. Sul punto, infatti, si deve osservare che il diritto e la sua

---

[48] 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* (Testo rilevante ai fini del SEE), PE/20/2020/INIT, GU L 198 del 22.6.2020. I criteri fissati da tale norma servono a stabilire il grado di ecosostenibilità di un investimento o di un'attività economica e rinviano a una serie di norme che definiscono in dettaglio tali condizioni. Tra queste, vi è il principio «*Do no significant harm*» (DNSH), come definito dall'art. 17 del medesimo Regolamento 2020/852, che individua i casi in cui un'attività economica è in grado di infrangere il principio citato, arrecando quindi un danno all'ambiente considerato significativo. Tale principio viene così declinato come un «test di sostenibilità» che le autorità amministrative sono chiamate ad applicare nei confronti delle azioni intraprese da operatori privati, valutando quindi il loro impatto sull'ambiente, con riferimento a vari obiettivi di tutela (individuati dall'art. 9 del Regolamento). Su questi temi si rinvia a C. DE VINCENTI, *Il principio "do no significant harm": due possibili declinazioni*, pubblicato in Astrid Rassegna n. 2/2022; R. MENOTTI, *Tassonomia delle fonti energetiche e consumi elettrici: strumento di policy, non esercizio ontologico*, in *aspeniaonline.it*, 22 gennaio 2022 e P. SARACENO, *Tassonomia Ue a rischio ricorso*, in *Inpiu.net*, 6 gennaio 2022.

[49] Lo riporta F. BASSAN, *Corso di diritto internazionale dell'economia e dei mercati*, cit., 83.

[50] Sul punto, nondimeno, sono stati già avviati numerosi tentativi di multilateralizzazione della materia, proprio al fine di offrire un substrato comune ai numerosi *Bilateral Investment Treaties* tra Stati e investitori. Su questi aspetti *Ibidem*, 75 ss. e 81 ss.

applicazione da parte dei giudici, nel limitare il potere pubblico, indeboliscono l'azione protettiva, in capo agli Stati, degli interessi cosiddetti deboli; al contempo, in un contesto extra-statale, gli stessi Stati si accordano, a loro volta, con il capitale, avvantaggiando i poteri privati. Ne consegue, come rilevato nell'analisi sin qui svolta, che nella globalizzazione degli scambi e delle transazioni risulta fortemente inaridita la componente «protettiva» del diritto amministrativo fiorito sopra lo Stato

Nondimeno, sul punto, preme altresì evidenziare che gli stessi esempi presi in esame hanno mostrato la diffusione di azioni e misure che attualmente ostacolano e danneggiano proprio i movimenti di capitali (e di merci e servizi) nei mercati mondiali. A ciò si deve aggiungere, ad esempio, la decisione dell'Unione europea di recedere dalla Carta dell'Energia[51] e il fatto che molti accordi bilaterali sono in crisi o non sono stati approvati nonostante un grande dispendio di tempo e risorse per la loro negoziazione. Se si ammette l'importanza cruciale degli investimenti – ad esempio, nella logica della transizione ecologica, anche di tipo *mission-oriented*[52] –, si rende evidente che offrire una maggiore certezza giuridica ai soggetti (pubblici e privati) che operano in tale contesto diviene cruciale e non rinviabile. l'approvazione di norme e strumenti comuni in grado di disciplinare tale attività su scala globale costituisce una grande occasione, per gli Stati come per le imprese, e merita quindi l'occasione di essere quanto meno messa in agenda e discussa[53].

[51] In data 30 maggio 2024 l'Unione europea ha adottato la *Decisione* del Consiglio n. 6509/24, LIMITE ENER 67 ATO 4 POLCOM 49 FDI 11, Bruxelles, 2024, con cui ha deliberato di recedere dal Trattato della Carta dell'Energia.

[52] L'approccio *mission-oriented* è stato definito come quello che richiede di «decidere la direzione che vogliamo imprimere all'economia e poi mettere i problemi che devono essere risolti per ottenere quel risultato al centro del nostro modo di progettare il sistema economico. Significa realizzare politiche che catalizzano gli investimenti, l'innovazione e la collaborazione tra un'ampia varietà di attori dell'economia, coinvolgendo sia le imprese sia i cittadini», M. MAZZUCCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Roma, Laterza, 2021, 9. Sul tema, della stessa autrice, *Mission oriented innovation policies: Challenges and Opportunities*, in *Industrial and Corporate Change*, XVII, 2018, 5, 803 ss. e *Think piece: "a mission-oriented approach to building the entrepreneurial state"*, Paper Commissioned by Innovate UK-Technology Strategy Board November 2014, T14/165, *gov.uk/government/news/long-term-growth-innovations-role-in-economic-success*. Si vedano anche F. WITTMAN *et al*., *Governing varieties of mission-oriented innovation policies: A New Typology*, in *Science and Public Policy*, 48, 2021, 727 ss., che forniscono una definizione analoga a 728: «*mission-oriented Innovation Policies intend to direct research and innovation activities towards social needs. As such MOIPs are nested in the on-going paradigm shift in research and innovation policy towards addressing the so-called challenges of our time*».

[53] Si menzionano, a titolo di esempio, i sei strumenti proposti dall'International Land Coalition, *Effective Actions Against Land Grabbing*, Rome, 2019, *https://learn.landcoalition.org/en/resources/ilc-toolkit-9-effective-actions-against-land-grabbing/*.

MARIA GIUSTI

GLI ACCORDI PREFERENZIALI DI LIBERO SCAMBIO: I CASI DELL'UNIONE EUROPEA, DEGLI STATI UNITI E DELLA CINA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una prospettiva storica: le relazioni commerciali internazionali tra aperture e chiusure. – 3. Gli accordi preferenziali di libero scambio. – 4. Asimmetrie tra Stati ed economia nei casi di UE, USA e Cina. – 4.1 L'uso discriminatorio dei confini economici. – 4.2. I dilemmi tra costi economici e benefici geopolitici. – 4.3. Il rischio di disconnessione tra spazio economico e spazio politico-sociale. – 4.4. Asimmetrie orizzontali e selezione degli interessi nell'UE.

1. *Premessa.* – Uno dei fenomeni più rilevanti del commercio internazionale odierno è la crescente diffusione di forme di apertura selettiva, che si contrappongono al modello di apertura universale tradizionalmente promosso dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC). Il sistema multilaterale che fa capo a quest'ultima è in crisi, mentre proliferano accordi di libero scambio preferenziali.

Si tratta di intese internazionali tra due o più stati che riducono le barriere alla circolazione di beni e servizi tra loro, ma non anche verso il resto del mondo. Nei confronti di quest'ultimo, i paesi che partecipano all'intesa mantengono infatti una politica commerciale indipendente. Oltre alle barriere tariffarie, gli accordi preferenziali affrontano spesso le c.d. *behind the borders measures*, come requisiti tecnici, standard di conformità e procedure amministrative. Essi, al pari dei dazi, incidono sulla permeabilità dei confini nazionali, e rappresentano quindi strumenti con cui gli stati possono modulare il grado della loro interconnessione nelle catene di valore globali. In ogni caso, le scelte in materia non dipendono solo da considerazioni di convenienza economica: gli accordi preferenziali ridefiniscono la geografia globale secondo logiche che trascendono la mera efficienza economica, e che rispondono spesso a dinamiche geopolitiche.

Questo contributo analizza le tensioni e le contraddizioni che emergono in un contesto segnato dalla crisi del multilateralismo e dalla proliferazione di accordi di libero scambio preferenziali. A questo fine, sono presi in esame i casi dell'Unione europea (UE), degli Stati Uniti (USA) e della Cina. Si tratta dei tre principali attori del commercio internazionale, i quali, sebbene protagonisti di numerosi accordi con altri paesi, non hanno raggiunto intese tra loro.

Il lavoro si articola in tre parti principali. Nella prima è fornita una breve panoramica storica, evidenziando come le relazioni commerciali internazionali siano evolute alternando periodi di apertura e di protezionismo (par. 2). La seconda parte si concentra sugli accordi di libero scambio preferenziali, analizzando le ragioni della loro diffusione e discutendo i vantaggi e gli svantaggi del fenomeno messi in luce dalla letteratura e dai principali attori coinvolti (par. 3). Infine, la terza parte esplora i casi dell'Unione europea, degli Stati Uniti e della Cina, per riflettere sulle asimmetrie tra stati ed economie che emergono in un contesto segnato dalla crisi del multilateralismo e dalla centralità delle intese preferenziali (par. 4).

La prima asimmetria riguarda l'uso discriminatorio dei confini economici: questi vengono abbattuti verso stati "amici" o alleati, mentre si trasformano in barriere verso stati considerati avversari, creando un sistema di aperture e chiusure selettive che riflette e al tempo stesso influenza gli equilibri geopolitici globali (par. 4.1). La seconda asimmetria si manifesta nel divario tra benefici geopolitici e costi economici: l'apertura o la chiusura dei mercati verso alcuni stati possono essere guidate da motivazioni geopolitiche, generando tuttavia costi economici significativi per alcuni degli attori coinvolti (par. 4.2). La terza asimmetria emerge dalla disconnessione tra vicinanza economica e vicinanza politica o sociale: talvolta i confini si annullano per imprese e capitali, ma non per le persone (par. 4.3). Infine, la quarta asimmetria riguarda la distribuzione diseguale di benefici e costi delle intese all'interno dei singoli paesi o aggregati sovranazionali, come l'Unione europea (par. 4.4.).

IRPA Working Papers - ISSN 2280-868X

2. *Una prospettiva storica: le relazioni commerciali internazionali tra aperture e chiusure.* – L'apertura degli scambi internazionali non costituisce un processo lineare: fasi di accelerazione sono seguite da inversioni di tendenza e significativi passi indietro[1]. Se la dottrina del mercantilismo domina le politiche commerciali delle principali potenze europee per gran parte del XVI e del XVIII secolo, l'industrializzazione conduce a una visione meno protezionistica del commercio internazionale. La grande depressione tra il 1875 e il 1895 segna però la fine dell'espansione dei trattati commerciali in Europa, così come la crisi economica degli anni Trenta del Novecento favorisce l'instaurazione di blocchi commerciali difensivi e ostili nel periodo tra le due guerre.

Al contrario, nei periodi di crescita economica e pace internazionale si rafforzano le consapevolezze circa i rischi del protezionismo e i benefici dati dall'integrazione dei mercati, ed emerge quindi una maggior spinta a favore dell'apertura commerciale[2]. L'Accordo Generale sulle Tariffe e il Commercio (GATT) firmato nel 1947 a Ginevra, ovvero una pietra miliare nel processo di cooperazione internazionale, nasce dalla convinzione che le barriere commerciali avessero contribuito al disordine economico degli anni Trenta e alle tensioni geopolitiche che portarono alla Seconda guerra mondiale[3]. In quella fase, l'apertura commerciale è presentata come uno strumento di stabilizzazione economica, funzionale a sua volta a promuovere stabilizzazione politica.

L'adozione del GATT risponde all'esigenza di incoraggiare uno sviluppo armonioso del commercio internazionale attraverso un sistema che vincoli possibilmente tutti gli Stati, chiamati a ridurre progressivamente barriere e tariffe doganali. Occorre, infatti, eliminare le discriminazioni tra merci similari, sia quelle che intercorrono tra beni provenienti da due Stati diversi (principio della "nazione più favorita") che quelle tra beni nazionali e beni esteri ("trattamento nazionale"). L'obiettivo è trasformare i mercati nazionali da economie chiuse a sistemi sempre più aperti e interconnessi, così da aumentare la concorrenza tra le imprese di Stati diversi e migliorare quindi la qualità dei prodotti e ridurre i prezzi a beneficio dei consumatori[4].

Una nuova fase del processo di liberalizzazione degli scambi internazionali si apre con l'istituzione dell'OMC, sancita dall'Accordo di Marrakech del 15 aprile 1994 al termine dell'Uruguay Round (1986-1994)[5]. Questo momento segna il passaggio da un semplice trattato

---

[1] Per una prospettiva storica sulla liberalizzazione del commercio internazionale, tra i molti: P. BAIROCH, *Mythes et paradoxes de l'histoire économique*, Paris, La Découverte, 1999 e K. O'ROURKE e J. WILLIAMSON, *Globalization and History: the evolution of a nineteenth-century Atlantic economy*, Cambridge, MIT press, 1999. Si vedano anche C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, il Mulino, 2016 e M. M. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019.

[2] In generale, l'apertura degli scambi è ben vista dalla teoria economica. L'idea è che ogni paese dovrebbe specializzarsi nella produzione di ciò che sa fare meglio, astenendosi dal creare il resto per comprarlo da altri. In questo modo le singole industrie beneficiano di economie di scala: chi produce ciò che sa fare meglio aumenta la produzione riducendo i costi e di conseguenza i prezzi. In pratica ognuno compra i beni dove sono fatti meglio e costano meno. Chi si oppone ai trattati di libero scambio, invece, teme perlopiù che essi possano danneggiare le industrie nazionali esponendole a un'eccessiva concorrenza, così come ridurre la protezione dei lavoratori. Com'è noto, furono in particolare Adam Smith e David Ricardo a dimostrare, tramite la legge dei vantaggi assoluti e quella dei vantaggi comparati, come lo scambio di beni e servizi tra operatori in Stati diversi accresca la ricchezza complessiva in tutti gli Stati interessati (cfr. A. SMITH, *The wealth of nations* e DAVID RICARDO, *The Principles of Political Economy and Taxation*, pubblicati per la prima volta rispettivamente nel 1776 e nel 1817). Per i fondamenti delle leggi economiche relative al commercio internazionale, A. D. IRWIN, *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade, Princeton*, Princeton, Princeton University Press, 1998, nonché P.R. KRUGMAN, M. OBSTFEL e M.J. MELITZ, *International Trade: Theory & Policy (11a ed.)*, London, Pearson, 2018.

[3] Sulla storia del GATT, tra gli altri: T. W. ZEILER, *Free trade, free world: The advent of GATT*, Chapel Hill, Unc Press Books, 1999.

[4] Il GATT stesso prevede però alcune eccezioni generali agli obblighi di non discriminazione, consentendo misure nazionali che vietino o limitino l'ingresso di certe merci, a tutela della moralità pubblica, della salute e della produzione culturale dei diversi paesi.

[5] Esso costituisce uno dei round durante cui un vasto numero di paesi si incontra per negoziare un insieme di riduzioni tariffarie e altre misure per la liberalizzazione degli scambi. Dal 1947 ad oggi, hanno avuto luogo nove round commerciali:

internazionale, quale era il GATT, a una vera e propria organizzazione intergovernativa, con un mandato assai ampio. Se il GATT si occupava di liberalizzare i soli scambi di beni, l'OMC – supervisore globale della liberalizzazione del commercio mondiale, gestita attraverso numerosi accordi multilaterali– include politiche con riguardo ai servizi, la proprietà intellettuale e gli investimenti.

La crisi economico-finanziaria del 2007 segna l'inizio di un'ulteriore trasformazione. Tra le conseguenze più significative della lunga recessione si osserva una graduale ripresa del protezionismo. I rischi legati all'interconnessione globale sono ulteriormente evidenziati da eventi successivi, quali la pandemia da COVID-19 e la guerra russa in Ucraina. In risposta, molti paesi rivalutano la propria dipendenza dalle catene internazionali, adottando strategie di diversificazione delle fonti di approvvigionamento e rafforzando la produzione interna.

Questo processo conduce a una riconsiderazione del rapporto tra apertura economica e sicurezza nazionale, aprendo al rischio di un arresto del lungo percorso di collaborazione internazionale che, a partire dalla metà del Novecento, aveva sostenuto il processo di globalizzazione[6]. Le tendenze protezionistiche emergono in modo evidente negli Stati Uniti di Donald Trump, con iniziative volte a scoraggiare la delocalizzazione e favorire la produzione interna, come dimostrano dichiarazioni su Twitter del Presidente come «*Make in USA or pay big border tax*»[7].

Attualmente, uno dei fenomeni principali che interessano il processo di disciplina degli scambi commerciali internazionali è rappresentato dalla crescente importanza di forme di liberalizzazione discriminatoria, in contrapposizione alla liberalizzazione generalizzata promossa dall'OMC. Il riferimento è agli accordi preferenziali di libero scambio, intese internazionali tra due o più Stati che riducono dazi e restrizioni per favorire la circolazione di beni e servizi tra loro, ma non anche verso il resto del mondo, nei cui confronti mantengono una politica commerciale indipendente[8].

Gli accordi preferenziali costituiscono in realtà un fenomeno risalente, che tradizionalmente è coesistito in armonia con il sistema dell'OMC. La novità, che si è manifestata già nei primi anni Duemila, è data dalla crescente prevalenza delle intese preferenziali rispetto a quelle multilaterali. Questa evoluzione è riconducibile a diversi fattori: l'aumento esponenziale del

---

i primi cinque hanno assunto la forma di negoziati bilaterali paralleli; il sesto accordo commerciale multilaterale, noto come Kennedy Round, venne completato nel 1967; il c.d. Tokyo round si è concluso nel 1979; l'ottavo round di negoziati, per l'appunto l'Uruguay Round, si è concluso nel 1994; il millenium round del 1999 (Seattle) è stato un fallimento. Dal 2001, è in corso il Doha Round.

[6] A riguardo, tra i molti, P. LELIO IAPADRE, *Protezionismo e accordi di libero scambio: il mondo di fronte ai pericoli delle guerre commerciali*, in Aa. Vv., *Rapporto ICE,* 2018, pp. 84 ss. nonché C. GAMBINO, *Diritto dell'*UE *e commercio internazionale: le competenze esterne alla prova delle relazioni economiche con i paesi asiatici*, Padova, Cedam, 2024. Quest'ultima nota come «Tale tendenza [ovvero la crescente diffusione di politiche di stampo protezionistico a scapito della cooperazione a livello multilaterale] risale alla nota crisi economico-finanziaria propagatasi dagli Stati Uniti a decorrere dal 2007, che ha condotto, tra l'altro, ad un significativo aumento dell'intervento statale nell'economia, principalmente al fine di garantire la stabilità dei mercati finanziari. È indubbio, tuttavia, che le continue evoluzioni tecnologiche, soprattutto nel contesto digitale, così come la recente pandemia ed il conflitto in Ucraina – esacerbando la natura interconnessa delle economie e i rischi da ciò derivanti – abbiano contribuito ad una ulteriore intensificazione di tali fenomeni, mettendo in risalto l'esigenza di ridurre il più possibile le dipendenze strategiche attraverso la combinazione di politiche in termini di diversificazione delle fonti di approvvigionamento e di sviluppo di capacità e riserve di produzione strategiche».

[7] A. MELCHIOR, *Free trade agreements and globalisation*. *In the Shadow of Brexit and Trump*, London, Palgrave Macmillan, 2018.

[8] Esistono diverse forme di intese preferenziali. Accanto agli accordi preferenziali c.d. semplici, tramite cui i membri riducono i dazi tra di loro e conservano quelli per i paesi terzi (si pensi al British Commonwealth), vi sono infatti: l'unione doganale, con cui non solo i membri eliminano i dazi tra di loro, ma stabiliscono un dazio comune nei confronti del mondo esterno (si pensi alla Comunità economica europea (CEE) dopo il 1968, quando venne introdotta la Tariffa Doganale Comune); il mercato comune, tramite cui i membri vanno oltre l'unione doganale eliminando le restrizioni tra di loro sui movimenti internazionali di fattori produttivi (l'UE corrisponde in gran parte a questa definizione); infine, l'unione economica, che porta a un'armonizzazione delle politiche fiscali, monetarie e socio-economiche (è il caso del Belgio e del Lussemburgo). Si veda P.R. KRUGMAN e M. OBSTFELD, *Economia internazionale*, Torino, Pearson Italia Spa, 2007.

numero degli accordi preferenziali, passati da circa settanta nel 1990 a oltre cinquecento nel 2021[9]; la loro rapida diffusione; e, soprattutto, il fatto che essi hanno iniziato a essere conclusi anche tra Stati appartenenti a regioni diverse.

In passato, erano perlopiù paesi della stessa area geografica a concludere accordi preferenziali, così da non compromettere la stabilità del sistema commerciale globale. Oggi, invece, lo scenario è profondamente mutato[10]. Un esempio emblematico è rappresentato dal *Trans-Pacific Partnership* (TPP), firmato il 4 febbraio 2016 da Paesi del Sud-Est asiatico e dell'emisfero occidentale, che insieme rappresentano oltre il 40 per cento del PIL mondiale[11].

Nel frattempo, si è assistito al fallimento di alcune iniziative dell'OMC. L'ultimo ciclo negoziale, il Doha Round, avviato nel 2001, non si è ancora concluso e non ha prodotto i risultati sperati. Ciò anche a causa dell'impossibilità di raggiungere un accordo su aspetti che risultano fondamentali alla luce dei cambiamenti degli ultimi decenni. Si pensi, per esempio, agli obiettivi in materia di sviluppo sostenibile approvati durante il vertice delle Nazioni Unite del 2015, privi di un'adeguata disciplina nel contesto dell'OMC [12]. Le difficoltà sul piano multilaterale derivano peraltro dal fatto che gli Stati Uniti hanno messo in discussione una delle funzioni più importanti dell'OMC, ovvero l'amministrazione di un meccanismo di soluzione delle controversie.

In sintesi, ad oggi si osserva una crescente discrepanza tra le due agende, quella preferenziale e quella su base ampia: le nazioni scelgono di perseguire i propri obiettivi commerciali tramite accordi preferenziali piuttosto che sotto l'egida dell'OMC[13]. Si pensi al caso dell'UE: essa ha a lungo difeso i propri interessi perlopiù a livello multilaterale; a partire dal 2006, però, preso atto dell'impossibilità di proseguire in quella sede, ha abbandonato la politica del c.d. *multilateralism first* a favore della conclusione di accordi su base preferenziale, dagli obiettivi e dai contenuti profondamente innovativi rispetto al passato, e per questo denominati di nuova generazione. Per esempio, pur nella loro diversità, essi includono tutti il capitolo su "commercio e sviluppo sostenibili", in cui si cerca di definire un equilibrio tra la liberalizzazione del commercio e il perseguimento di interessi sociali, come la protezione dell'ambiente e dei lavoratori[14].

---

[9] Si vedano A. MELCHIOR, *Free trade agreements and globalisation*. *In the Shadow of Brexit and Trump*, London, Palgrave Macmillan, 2018 e G. FACCHINI, S. PERI e G. WILLMANN, *The political economy of preferential trade agreements: An empirical investigation*, in *The Economic Journal* (2021), 3207 ss. Quest'ultimo evidenzia peraltro come la maggior parte dei paesi sia parte di più di un accordo preferenziale e che solo due paesi (Sudan del Sud e Somalia) non ne hanno concluso alcuno. L'esplosione degli accordi preferenziali di libero scambio è documentata da molte altre fonti, tra cui: H. HORN, P.C. MAVROIDIS e A. SAPIR, *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, in *The World Economy* (2010), 1565 ss.; J. B. VELUT, V. DALINGWATER e V. PEYRONEL, *Understanding Mega Free Trade Agreements. The Political and Economic Governance of New Cross-Regionalism*, Milton Park, Taylor & Francis, 2017; AA. VV., *Focus: politiche commerciali e accordi di libero scambio*, Rapporto ICE, 2018.

[10] Si veda A. MELCHIOR, *Free trade agreements and globalisation*. *In the Shadow of Brexit and Trump*, London, Palgrave Macmillan, 2018, cui si rimanda per un approfondimento circa il rapporto tra accordi preferenziali e sistema OMS.

[11] J. B. VELUT, V. DALINGWATER e V. PEYRONEL, *Understanding Mega Free Trade Agreements. The Political and Economic Governance of New Cross-Regionalism*, Milton Park, Taylor & Francis, 2017. Inizialmente avevano preso parte alle trattative del TPP anche gli Stati Uniti, interessati a rafforzare la loro cooperazione economica con altre aree del mondo, così come ad impedire a quelle stesse aree di finire nella rete di influenza della Cina. Nonostante il ritiro degli USA, l'accordo è sopravvissuto, nella forma del *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP), a dimostrazione della resilienza delle economie asiatiche e della volontà di continuare sulla strada dell'integrazione regionale anche senza il coinvolgimento americano.

[12] C. GAMBINO, *Diritto dell'UE e commercio internazionale: le competenze esterne alla prova delle relazioni economiche con i paesi asiatici*, Padova, Cedam, 2024.

[13] Così notato, tra gli altri, da P. C. MAVROIDIS, *Gone with the Wind? The Diminishing Relevance of the WTO to Preferential Trade Agreements*, in D. Kleimann (a cura di), *EU preferential trade agreements: commerce, foreign policy and development aspects*, Florence, European University Institute, 2013.

[14] Si vedano: A. GIUNTA ET AL., *Gli accordi di libero scambio opportunità per le imprese italiane*, studio realizzato per l'Agenzia per la promozione all'estero e l'internazionalizzazione delle imprese italiane dal Centro Rossi-Doria, 2018; G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2021; e

3. *Gli accordi preferenziali di libero scambio*. – Le ragioni della diffusione degli accordi preferenziali di libero scambio sono dibattute. Un aspetto frequentemente citato è la percezione di maggiore velocità: benché non vi siano prove concrete che tali accordi siano più rapidi da negoziare rispetto a quelli dell'OMC, questa impressione ne ha favorito la diffusione[15]. Inoltre, gli accordi preferenziali richiedono il consenso di un numero limitato di paesi, a differenza dei negoziati dell'OMC, dove è più difficile trovare un minimo comune denominatore tra tutti i membri, soprattutto su questioni che vanno oltre l'abolizione di tariffe e restrizioni quantitative[16].

La diffusione di intese preferenziali è spiegata anche da una sorta di effetto domino. L'incertezza nelle politiche commerciali globali, aggravata dall'erosione delle regole multilaterali e dalle tensioni tra le principali potenze economiche, spinge i paesi a consolidare le proprie relazioni commerciali più rilevanti. Questo clima di competizione induce altri attori, preoccupati di essere esclusi o di perdere rilevanza, a ricercare accordi simili[17].

L'incremento degli accordi di libero scambio su base bilaterale, o comunque ristretta, ha generato opinioni contrastanti. Da un lato, molti li considerano un approccio pragmatico per promuovere la liberalizzazione del commercio. Essendo adattabili alle esigenze specifiche dei partecipanti, queste intese consentono di affrontare temi complessi che difficilmente troverebbero consenso a livello multilaterale[18].

Gli accordi preferenziali non affrontano solo i c.d. *unfinished tariff cuts* (UTC), ovvero i dazi non ancora eliminati nel contesto delle liberalizzazioni dell'OMC , ma anche questioni non tariffarie che oggi rivestono un ruolo centrale nell'agenda commerciale. L'accesso al mercato estero dipende sempre più dalle regole, dagli standard e dalle procedure di acquisto adottate dal paese importatore, che oggi influenzano le scelte delle imprese più dei dazi stessi[19]. Per promuovere nuovi o maggiori flussi commerciali, non è quindi più sufficiente eliminare le tasse sulle importazioni bilaterali: è necessario intervenire su aspetti meno visibili e spesso più

C. GAMBINO, *Diritto dell'*UE *e commercio internazionale: le competenze esterne alla prova delle relazioni economiche con i paesi asiatici*, cit.

[15] P.W. MESSERLIN, *The Domestic Political Economy of Preferential Trade Agreements*, in D. Kleimann (a cura di), *EU preferential trade agreements: commerce, foreign policy and development aspects*, Florence, European University Institute, 2013.

[16] C. GAMBINO, *Diritto dell'UE e commercio internazionale: le competenze esterne alla prova delle relazioni economiche con i paesi asiatici*, cit.

[17] Si veda U. DADUSH e E.D. PROST, *Preferential Trade Agreements, Geopolitics, and the Fragmentation of World Trade*, in 22 *World Trade Review* (2023), nonché la bibliografia ivi citata («*Increased trade policy uncertainty, especially global uncertainty, associated with eroding multilateral rules and rifts among the world's largest trading nations, encourages countries to cement their most important trading relationships (Constantinescu, Mattoo, and Ruta, 2019; Handley and Limão, 2022). Meanwhile, the fear of exclusion, or loss of competitiveness, causes third parties to seek similar deals (Feinberg, 2003)*»). Il tema è stato oggetto di discussione già nei primi anni Novanta: nel 1995, Baldwin parlava di un effetto domino, esaminando come la formazione di un accordo preferenziale di libero scambio tra due paesi poteva indurre altri partner commerciali a unirsi a tale accordo o a crearne uno proprio (R. BALDWIN, *A domino theory of regionalism*, in R. Baldwin, P. Haaparanta e J. Kiander (ed by), *Expanding Membership in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 25 ss.).

[18] La Commissione Europea afferma per esempio che «Gli Accordi di libero scambio (FTA), se gestiti con attenzione, possono prendere le mosse dalle regole dell'OMC e altre regole internazionali per andare oltre e procedere più celermente al fine di promuovere l'apertura e l'integrazione, affrontando tematiche che non sono pronte per una discussione multilaterale e preparando il terreno per il successivo livello di liberalizzazione multilaterale. Molte tematiche chiave, compresi gli investimenti, gli appalti pubblici, la concorrenza, altre questioni regolamentari e l'applicazione dei diritti di proprietà intellettuale, che attualmente esulano dal campo d'azione dell'OMC, possono essere affrontate tramite FTA» (COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Europa globale: competere nel mondo*, 2006, 9).

[19] P.W. MESSERLIN, *The Domestic Political Economy of Preferential Trade Agreements*, in D. Kleimann (a cura di), *EU preferential trade agreements: commerce, foreign policy and development aspects*, Florence, European University Institute, 2013.

complessi, come quelli relativi agli investimenti, alla concorrenza e alla protezione dei diritti di proprietà intellettuale[20]. Gli accordi preferenziali si dimostrano particolarmente adatti a soddisfare queste esigenze. La maggior parte di quelli di ultima generazione copre da dieci a venti aree politiche, mentre solo il 30 per cento degli accordi recenti si concentra su meno di dieci ambiti[21].

Alcuni osservano con favore l'adozione degli accordi preferenziali di libero scambio perché ritengono che essi possano fungere da laboratori per l'elaborazione di nuovi impegni progressivamente estendibili ad altri paesi, producendo effetti simili a quelli degli accordi multilaterali[22]. L'idea è che un'apertura ristretta possa creare un contesto politico favorevole ad aperture successive. Poiché la liberalizzazione promuove la crescita dei settori più orientati all'esportazione, un accordo bilaterale può rappresentare una tappa intermedia che rende più accettabile il raggiungimento dell'obiettivo finale del libero scambio a livello globale[23].

Altri ritengono, al contrario, che gli accordi preferenziali rappresentino una minaccia per il processo di liberalizzazione multilaterale promosso dall'OMC. Lo sviluppo di intese commerciali su base ristretta ha probabilmente scoraggiato alcuni Stati membri dall' impegnarsi maggiormente nel buon esito dei negoziati multilaterali, contribuendo così alla situazione di stallo dei negoziati in seno all'OMC[24]. Questo dato è preoccupante perché la teoria economica dimostra l'efficienza del libero scambio su scala globale, mentre nel caso di accordi di liberalizzazione limitati a un numero ristretto di paesi il risultato atteso è incerto.

Gli accordi preferenziali possono portare alla creazione di commercio all'interno dell'area (facilitando l'accesso ai mercati esteri per le imprese partecipanti) e allo sviluppo economico delle attività produttive (grazie alla riduzione dei costi medi di produzione). Tuttavia, la riduzione delle barriere commerciali verso i soli paesi partecipanti all'accordo penalizza gli esportatori di paesi terzi (c.d. diversione di commercio). Se questi ultimi sono gli esportatori più efficienti, l'allocazione delle risorse risulta meno efficace rispetto alla situazione iniziale. Di conseguenza, poiché gli accordi preferenziali incrementano gli scambi tra i paesi membri, riducendo però quelli con paesi terzi, l'effetto netto sul commercio internazionale va valutato caso per caso, in funzione dell'entità relativa di questi effetti opposti[25].

---

[20] Si pensi, per esempio, ai requisiti di produzione a tutela dei lavoratori o alla sicurezza dei prodotti a protezione della salute dei consumatori, nonché alle modalità di organizzazione delle gare negli appalti pubblici, le quali possono rendere difficile, se non impossibile, l'accesso per le imprese estere. Come notato, queste barriere nascoste, invece di ridursi come avviene per i dazi, tendono a diventare sempre più rilevanti, sia per la crescente complessità delle regolamentazioni sia per l'aumento dell'importanza dei settori che ne sono interessati. Cfr. L. TAJOLI, *Verso l'area di libero scambio tra Unione Europea e Stati Uniti?*, in *Atlante geopolitico*, Roma, Treccani, 2014. Per un approfondimento sulle *non-tariff measures (NTM)*, G. OREFICE e D. SUVERATO, *Misure non tariffarie: quali sono e quanto costano alle imprese italiane?*, in Aa. Vv., *Focus: politiche commerciali e accordi di libero scambio*, Rapporto ICE, 2018, 94 ss. Affermano che la classificazione internazionale delle NTM pubblicata dall'UNCTAD (2015) le definisce come «politiche diverse da dazi e tariffe doganali che possono avere un effetto economico sullo scambio internazionale di merci e servizi; modificando i volumi di scambio, i prezzi di scambio, o entrambi».

[21] A. MATTOO, A. MULABDIC e M. RUTA, *Gli effetti degli accordi commerciali approfonditi sul commercio*, in Aa. Vv., *Focus: politiche commerciali e accordi di libero scambio*, Rapporto ICE, 2018, 110 ss.

[22] C. GAMBINO, *Diritto dell'*UE *e commercio internazionale: le competenze esterne alla prova delle relazioni economiche con i paesi asiatici*, cit., e A. GIUNTA ET AL., *Gli accordi di libero scambio opportunità per le imprese italiane*, studio realizzato per l'Agenzia per la promozione all'estero e l'internazionalizzazione delle imprese italiane dal Centro Rossi-Doria, 2018.

[23] L. SALVATICI e A. ANTIMIANI, *Tra regionalismo e multilateralismo: la politica commerciale dell'Unione Europea*, in *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, a cura di L. PAGANETTO, Roma, Eurilink University Press, 2015, 111 ss.

[24] Per le preoccupazioni riguardo agli accordi commerciali preferenziali e il loro ruolo nel sistema commerciale multilaterale, si veda, tra gli altri, H. HORN, P.C. MAVROIDIS e A. SAPIR, *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, in *The World Economy* (2010), 1565 ss.

[25] I punti chiave di questo dibattito sono stati messi in luce ormai oltre settanta anni fa da uno studio pionieristico di Jacob Viner (J. VINER, *The Customs Union Issue*, New York, Carnegie Endowment, 1950). Per tutto il discorso: WORLD TRADE ORGANIZATION, *World Trade Report 2011. The WTO and preferential trade agreements: From co-existence to*

Oltre che entusiasmi, la crescita degli accordi preferenziali ha quindi sollevato preoccupazioni. Rispetto a queste ultime, si considerino anche le osservazioni di Pascal Lamy, ex Direttore Generale dell'OMC: nel suo discorso inaugurale alla conferenza *Multilateralizing Regionalism* del 2007, ha evidenziato i rischi di incoerenza, confusione, aumento dei costi per le imprese e imprevedibilità. Anche la Commissione Europea, nella Comunicazione "Europa Globale", ha sottolineato le problematiche connesse alla maggiore complessità delle transazioni[26]. Il rischio è che la proliferazione e l'intreccio di accordi su base limitata, ognuno con il proprio regime e le proprie regole, producano il c.d. effetto *spaghetti bowl*. L'espressione, coniata dall'economista Jagdish Bhagwati, descrive la natura intricata e frammentata della regolamentazione del commercio internazionale dovuta alla crescente rilevanza del bilateralismo[27].

In aggiunta, i critici evidenziano anche come nel quadro di una relazione su base ristretta aumenti il rischio di pervenire a risultati squilibrati in favore della parte che può assumersi, in tale contesto, come più forte[28]. In questo senso, la crisi del sistema multilaterale genera preoccupazione perché ritenuta l'unica idonea a garantire anche i paesi più deboli. Gli accordi preferenziali, al contrario, esporrebbero i diversi Stati al potere contrattuale delle singole potenze, incrementando il rischio di iniquità nelle relazioni commerciali.

4. *Asimmetrie tra Stati ed economia nei casi di UE, USA e Cina.* – Il proliferare di intese di libero scambio su base ristretta è un fenomeno che coinvolge le principali potenze commerciali: Unione Europea, Stati Uniti e Cina sono attori chiave di diversi accordi preferenziali. L'UE, in particolare, è il principale utilizzatore al mondo di questi strumenti. Vi ha sempre fatto ricorso, ma a partire dal 2006 essi sono divenuti il principale mezzo della politica commerciale comune. Sebbene questa tendenza appartenga anche ad altri paesi, l'UE si distingue per il numero di accordi preferenziali raggiunti (attualmente quarantadue, con settantatré paesi diversi[29]) e per la loro profondità. Gli accordi di nuova generazione dell'UE affrontano, infatti, numerose barriere non tariffarie e promuovono la convergenza normativa negli ambiti dei servizi, degli investimenti, della concorrenza, degli appalti pubblici e della proprietà intellettuale.

I diversi accordi conclusi dall'UE presentano caratteristiche simili, con alcune variazioni legate alla specificità dei paesi e degli interessi reciproci[30]. Secondo le stime della Commissione, essi aumentano le opportunità delle imprese europee di accedere ai mercati esteri, e talvolta ne migliorano l'efficienza tramite la riduzione dei costi degli input importati; assicurano ai consumatori riduzioni di prezzo e una maggiore e più ampia offerta di beni e servizi[31]. Tra gli

---

coherence, Ginevra, 2011, 48; L. SALVATICI, *Gli accordi commerciali e l'Italia: il caso del CETA*, Roma, Roma TrE-Press, 2019; M. ZUPI, *Dall'accordo NAFTA allo USMCA,* nota n. 91 per l'Osservatorio di politica internazionale, 2021.

[26] COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Europa globale: competere nel mondo*, 2006, 10.

[27] Si veda J.N. BHAGWATI, *Preferential Trade Agreements: The rong Road*, in 27 *Law & policy in international business* (1996), 865 ss., che a p. 866 afferma «*As PTAs proliferate, the main problem that arises is the accompanying proliferation of discrimination in market access and a whole maze of trade duties and barriers that vary among PTA.$. I have called this outcome the "spaghetti bowl" phenomenon (I must confess that I once used this analogy in an after-dinner speech when the chairman was an Italian who did not quite share my difficulty in handling spaghetti and seemed genuinely puzzled!)*».

[28] C. GAMBINO, *Diritto dell'*UE *e commercio internazionale: le competenze esterne alla prova delle relazioni economiche con i paesi asiatici*, cit.

[29] CENTRO STUDI CONFINDUSTRIA, *Accordi commerciali UE antidoto al protezionismo USA e volano per l'export italiano*, 2020.

[30] E. MARVASI, S. NENCI e L. SALVATICI, *Gli accordi di nuova generazione dell'*UE*: similitudini e differenze negli accordi di libero scambio con Canada, Corea del Sud, Giappone e Vietnam*, in Aa. Vv., *Focus: politiche commerciali e accordi di libero scambio*, Rapporto ICE, 2018, 117 ss.

[31] Si vedano le analisi di impatto e gli altri documenti disponibili sul sito della Commissione Europea. Tra questi: *Vietnam EU delegation. Guide to the EU-Vietnam Free Trade Agreement*, 2016; *EU-Japan Free Trade Agreement. A new*

accordi dell'UE di nuova generazione, spicca soprattutto quello raggiunto con il Canada (il *Comprehensive Economic and Trade Agreement* – CETA). È infatti considerato un modello per gli accordi successivi, dato che il suo negoziato ha tenuto conto degli accresciuti timori che, negli ultimi anni, caratterizzano il dibattito e l'opinione pubblica sulla globalizzazione[32]. Altri accordi mirano a rafforzare i legami dell'UE con le future locomotive della crescita in Asia e America Latina: si pensi a quello con la Corea del Sud, applicato in via provvisoria fin dal 2011 ed entrato in vigore nel 2015, nonché a quello in discussione con il Mercosur (il mercato comune sudamericano composto da Argentina, Bolivia, Brasile, Paraguay e Uruguay). Questo accordo dovrebbe dare vita alla più grande area di libero scambio del mondo (intercorrente appunto tra Europa e Sudamerica), rispondendo al contempo a una logica geopolitica di rafforzamento delle relazioni con il Sud America, in un contesto segnato dalla crescente influenza economica della Cina.

Anche gli Stati Uniti, che in passato non sono mai stati particolarmente attivi negli accordi commerciali bilaterali, hanno recentemente cambiato strategia: il prolungato stallo dei negoziati dell'OMC li ha infatti spinti a cercare nuovi mercati tramite intese con partner selezionati[33]. Un esempio è l'*United States–Mexico–Canada Agreement* (USMCA) del 2020. Esso ha sostituito il precedente *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), che per venticinque anni aveva definito gli standard per rafforzare l'integrazione commerciale ed economica tra i tre paesi firmatari.

La Cina, dal canto suo, ha promosso un'importante politica di accordi preferenziali. Si pensi, soprattutto, alla *Belt and Road Initiative* (BRI). Con un richiamo alle storiche rotte della Via della Seta, la BRI rappresenta uno dei più ambiziosi progetti di espansione economica e geopolitica della storia recente. L'obiettivo dichiarato è creare una vasta rete di infrastrutture che colleghino la Cina con l'Asia centrale, l'Europa e l'Africa, rafforzando così i legami commerciali tra il paese del Presidente Xi Jinping e il resto del mondo[34].

Nonostante il loro ruolo centrale nel commercio globale, Cina, Stati Uniti e Unione Europea non hanno invece siglato accordi bilaterali tra loro. Nel caso di UE e USA, l'assenza di intese preferenziali è tradizionalmente dipesa dalla circostanza che, come già anticipato, si è a lungo ritenuto che tali accordi fossero auspicabili solo se conclusi tra paesi appartenenti alla stessa area geografica, così da non compromettere il processo di liberalizzazione globale[35]. Tuttavia, di fronte alla crisi del sistema oms, l'idea di un accordo commerciale tra le due potenze è progressivamente emersa, come dimostrano i negoziati del *Transatlantic Trade and Investment*

EU trade agreement with Japan, 2017; *Evaluation of the Implementation of the Free Trade Agreement between the EU and its Member States and the Republic of Korea*, 2017; *The Economic Impact of the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, 2017.

[32] Così notato da A. GIUNTA ET AL., *Gli accordi di libero scambio opportunità per le imprese italiane*, studio realizzato per l'Agenzia per la promozione all'estero e l'internazionalizzazione delle imprese italiane dal Centro Rossi-Doria, 2018. Dopo un negoziato iniziato nel 2009 e durato cinque anni, il CETA è entrato in vigore in via provvisoria il 21 settembre 2017. Esso costituisce il più importante accordo economico raggiunto tra l'UE e il Canada. Questi due paesi hanno in corso un dialogo istituzionale fin dalla fine degli anni Cinquanta, e nel 1976 hanno adottato un accordo quadro per la cooperazione commerciale ed economica. Prima del CETA, tuttavia, i loro rapporti economici si basavano su una serie di intese settoriali, in mancanza di un accordo unico.

[33] Così notato da L. TAJOLI, *Verso l'area di libero scambio tra Unione Europea e Stati Uniti?*, in *Atlante gepolitico*, Roma, Treccani, 2014 e G. GIOVANNETTI, *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, in L. Paganetto (a cura di), *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, Roma, Eurilink University Press, 2015, 75 ss. Per una storia della politica commerciale degli Stati Uniti, A. D. IRWIN, *Clashing over commerce: A history of US trade policy*, Chicago, University of Chicago Press, 2017.

[34] Sulla nuova via della seta, P. FRANKOPAN, *The new silk roads: The present and future of the world*, London, Bloomsbury, 2019 e N. ROLLAND, *China's "Belt and Road Initiative": Underwhelming or game-changer?*, in 40 *The Washington Quarterly* (2017), 127 ss.

[35] A. MELCHIOR, *Free trade agreements and globalisation*. *In the Shadow of Brexit and Trump*, London, Palgrave Macmillan, 2018.

Partnership (TTIP)[36]. Avviati su iniziativa del Presidente Obama nel 2013, essi sono però stati successivamente interrotti[37].

Il TTIP ha rappresentato la principale iniziativa economica tra le due sponde dell'Atlantico dai tempi del piano Marshall e probabilmente la più importante trattativa commerciale bilaterale mai avviata, coprendo circa il 50 per cento della produzione globale e oltre il 25 per cento del commercio mondiale[38]. L'accordo avrebbe dovuto rafforzare l'integrazione e la cooperazione economica tra le due potenze eliminando le barriere tariffarie residue e riducendo quelle non tariffarie. Si trattava di perseguire una maggiore compatibilità di normative e standard (ad es. nel settore chimico-farmaceutico, e in quello delle telecomunicazioni), nonché di introdurre nuove norme in materia di protezione degli investimenti stranieri e di proprietà intellettuale. In questo senso, l'obiettivo era anche contrastare l'influenza crescente dei mercati asiatici promuovendo a livello globale regolamentazioni di stampo atlantico[39].

Oltre a non aver siglato un accordo tra loro, l'Unione europea e gli Stati Uniti non hanno sottoscritto intese commerciali di rilievo neanche con la Cina. Dopo sette anni di negoziati, UE e Cina avevano in realtà raggiunto un'intesa di principio sul *Comprehensive Agreement on Investment* (CAI), finalizzato a migliorare l'accesso ai rispettivi mercati per entrambe le parti. Tuttavia, il CAI è stato bloccato nel processo di ratifica, in parte a causa delle crescenti preoccupazioni relative alle violazioni dei diritti umani da parte di Pechino[40].

Analizzando come UE, USA e Cina utilizzano gli accordi preferenziali per ridefinire il potere economico e politico a livello globale, emergono diverse asimmetrie nei rapporti tra Stati ed economie. Esse si manifestano principalmente in quattro ambiti: la liberalizzazione selettiva (par. 4.1); il bilanciamento tra costi economici e benefici geopolitici (par. 4.2); la disconnessione tra lo spazio economico e quello politico-sociale (par. 4.3); e le disuguaglianze nei benefici e negli svantaggi che si riflettono all'interno dei singoli paesi e aggregati sovranazionali (par. 4.4.).

4.1. L'uso discriminatorio dei confini economici. – Gli accordi preferenziali rappresentano una deviazione dal principio di non discriminazione, uno dei pilastri del sistema facente capo all'OMC. Questa forma di liberalizzazione è intrinsecamente selettiva: i benefici economici sono riservati agli stati partecipanti, mentre gli stati terzi ne sono esclusi e, talvolta, risultano

---

[36] Per le altre ragioni che hanno portato all'idea di un accordo preferenziali tra le due potenze, L. FONTAGNÉ, J. GOURDON e S. JEAN, *Transatlantic Trade: Whither Partnership, Which Economic Consequences?*, CEPII research center, 2013.

[37] Il fallimento dei negoziati relativi al TTIP può essere attribuito a una combinazione di fattori, tra cui divergenze sostanziali tra le parti, un contesto politico sfavorevole e un clima economico e sociale in favore dell'autonomia e della riduzione delle dipendenze esterne. Ciò è particolarmente vero nel caso degli Stati Uniti, dove l'amministrazione Trump ha dato voce alla retorica protezionistica che rispecchiava il malcontento di vaste fasce della popolazione, preoccupate per la perdita di posti di lavoro nel settore manifatturiero e per l'impatto negativo della concorrenza globale sui salari dei lavoratori meno qualificati. Nel caso dell'UE si sono avute difficoltà nel raggiungere la convergenza tra i vari paesi, talvolta portatori di preoccupazioni specifiche, e quindi di posizioni non allineate (cfr. L. TAJOLI, *Verso l'area di libero scambio tra Unione Europea e Stati Uniti?*, in *Atlante gepolitico*, Roma, Treccani, 2014, e il par. 4.4. di questo contributo).

[38] Cfr. B. QUINTIERI, *Il Transatlantic trade and investment partnership: finalità, problemi e possibile evoluzione* e G. GIOVANNETTI, *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, entrambi in L. Paganetto (a cura di), *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, Roma, Eurilink University Press, 2015, rispettivamente a 69 ss. e 75 ss.

[39] Circa l'ampio ambito di applicazione del TTIP, oltre a B. QUINTIERI, *Il Transatlantic trade and investment partnership: finalità, problemi e possibile evoluzione* e G. GIOVANNETTI, *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, si vedano anche: R.B. STEWART, *State Regulatory Capacity and Administrative Law and Governance Under Globalization*, in N. Parrillo (a cura di), *Administrative Law from the Inside Out. Essays on Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 474 e ss. e D. DE BIÈVRE e A. POLETTI, *Why the Transatlantic Trade and Investment Partnership is not (so) new, and why it is also not (so) bad*, in 24 *Journal of european public policy* (2017), pp. 1506 ss.

[40] U. DADUSH e E. D. PROST, *Preferential Trade Agreements, Geopolitics, and the Fragmentation of World Trade*, in 22 *World Trade Review* (2023).

penalizzati. Ridurre le barriere commerciali tra i membri di un accordo equivale, di fatto, a rafforzarle nei confronti degli stati non membri, creando una dinamica che combina la promozione del libero scambio con pratiche protezionistiche[41].

Al centro di questa logica emerge una prima asimmetria tra stati ed economie. In un contesto caratterizzato dalla crisi del multilateralismo e dalla proliferazione di accordi preferenziali, i confini economici diventano estremamente variabili: gli stati amici vedono ridotte le barriere, mentre quelli percepiti come avversari o concorrenti affrontano un irrigidimento dei confini stranieri. Questo fenomeno è suscettibile di generare un panorama internazionale polarizzato, con stati che riescono a crescere e innovare, e altri che rischiano di restare ai margini, incontrando crescenti difficoltà nell'inserirsi nelle dinamiche economiche mondiali.

Si considerino, ad esempio, le discussioni durante i negoziati del TTIP circa le conseguenze potenzialmente negative per i paesi esterni all'accordo. Diversi studi avevano sottolineato che quelli limitrofi a USA e UE, così come i partner commerciali tradizionali delle due potenze, avrebbero potuto subire una diversione degli scambi, con conseguente diminuzione del reddito reale e dell'occupazione. Per esempio, si stimava che Canada e Messico avrebbero registrato un sostanziale calo dei loro PIL. Anche il Nord Africa e l'Africa Occidentale avrebbero rischiato penalizzazioni significative. In ogni caso, le analisi convergevano sulla positività dell'effetto netto del TTIP a livello globale, grazie alle interdipendenze tra paesi e al commercio di input intermedi[42].

Gli accordi preferenziali possono generare anche altri effetti discriminatori per gli stati esterni. Essi, talvolta, si trovano costretti a adottare standard e regolamentazioni che non rispondono pienamente alle loro esigenze specifiche. Si è già osservato che i grandi accordi preferenziali possono fungere da catalizzatori per una liberalizzazione commerciale più ampia. Ad esempio, l'importanza del TTIP sembrava risiedere anche nella sua capacità di produrre ripercussioni globali. Un accordo tra Stati Uniti e Unione Europea su barriere non tariffarie, come standard e regolamentazioni, avrebbe potuto avviare processi di convergenza normativa su scala globale, favorendo nuovi impegni in sede OMC. In altre parole, gli standard stabiliti da USA e UE avrebbero potuto acquisire, nel tempo, una valenza vincolante anche per gli stati esterni. D'altronde, il TTIP mirava a promuovere regolamentazioni di stampo atlantico a livello globale per contrastare l'influenza crescente dei mercati asiatici, come già anticipato[43].

Il contenuto degli accordi preferenziali sottoscritti da UE e USA rafforza l'idea che le grandi potenze mirino a diffondere i propri standard normativi anche nei confronti di paesi esterni. Molte delle norme incluse in tali accordi erano state già proposte, senza successo, in sede OMC, spesso incontrando l'opposizione dei paesi in via di sviluppo. In altri termini, UE e USA hanno inserito nei propri accordi preferenziali regole che non erano riusciti a far approvare nei negoziati multilaterali. Secondo alcuni osservatori, ciò dimostra che le due potenze utilizzano le intese preferenziali anche per esportare i propri modelli normativi, consolidandosi come regolatori globali e promuovendo così i propri interessi. Si tratta di una dinamica che solleva preoccupazioni circa il rischio che la proliferazione di tali strumenti accentui le iniquità nelle relazioni del commercio internazionale[44].

---

[41] Cit. D. HAMILTON e S. BLOCKMANS, *The Geostrategic Implications of TTIP,* in *CEPS special report*, 2015 («*Trade barriers are lowered for members to the exclusion of the fact that, implicitly, the barriers are raised (relatively) for nonmembers. FTAs are therefore two-faced: they embody both free trade and protection. The reason is that they are inherently preferential and discriminatory*»).

[42] Per tutto il discorso, cfr. B. QUINTIERI, *Il Transatlantic trade and investment partnership: finalità, problemi e possibile evoluzione* in L. Paganetto (a cura di), *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, Roma, Eurilink University Press, 2015, pp. 69 ss., e la bibliografia ivi citata.

[43] In materia, si veda il par. n. 4. di questo contributo.

[44] Si veda H. HORN, P.C. MAVROIDIS e A. SAPIR, *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, in *The World Economy* (2010), pp. 1565 ss., in particolare p. 1587.

In sintesi, gli Stati esterni alle grandi intese preferenziali possono subire danni economici e ritrovarsi vincolati a standard e regolamentazioni che non rispondono alle loro esigenze. Queste asimmetrie sono parte integrante della strategia degli Stati che privilegiano gli accordi preferenziali rispetto al multilateralismo dell'OMC. In questo modo riescono infatti a modulare in modo più strategico i propri confini economici, tenendo peraltro conto non solo di obiettivi di resilienza economica ma anche di questioni di sicurezza nazionale e influenza geopolitica.

Nel contesto attuale, caratterizzato dalla crisi del sistema dell'OMC e dalla diffusione di accordi preferenziali, appare infatti particolarmente evidente come le discriminazioni commerciali non sono motivate solo da considerazioni economiche. Gli accordi di libero scambio contribuiscono a ridefinire la geografia globale secondo logiche che vanno oltre la mera efficienza economica, essendo significativamente influenzate da dinamiche geopolitiche.

Le politiche statunitensi durante la prima amministrazione Trump sono emblematiche del legame tra politica commerciale e obiettivi geopolitici. L'introduzione di nuove tariffe su acciaio e alluminio nel marzo 2018 venne giustificata come una misura necessaria per garantire la sicurezza nazionale[45]. Una dinamica analoga sembra emergere anche nella seconda presidenza di Donald Trump, con minacce di dazi su merci provenienti da Canada e Messico, qualora questi paesi non rafforzino i loro controlli sui flussi di migranti illegali e di droghe attraverso il confine. Secondo il neoeletto Presidente, «i dazi sono uno strumento molto potente, se usati correttamente, non solo economicamente, ma anche per ottenere risultati al di fuori dell'economia»[46].

4.2. I dilemmi tra costi economici e benefici geopolitici. – Un'ulteriore asimmetria del contesto contemporaneo emerge quando gli imperativi geopolitici si scontrano con gli interessi economici, generando dilemmi nelle scelte di apertura e chiusura dei mercati[47]. I rapporti dell'Unione Europea con la Cina e la Russia evidenziano come spesso l'utilizzo di strumenti di disciplina del commercio internazionale per perseguire obiettivi geopolitici finisca per confliggere con interessi economici immediati, generando peraltro costi non equamente distribuiti tra i diversi paesi dell'Unione.

Le sanzioni economiche imposte alla Russia in seguito all'invasione dell'Ucraina rappresentano un esempio pertinente. Tali misure sono state motivate dall'obiettivo politico di isolare Mosca dal sistema commerciale sfruttando le vulnerabilità delle catene globali del valore e delle reti finanziarie internazionali. Esse hanno però compromesso la stabilità e l'accessibilità delle forniture energetiche per molti paesi europei, data la loro forte dipendenza dalla Russia, in particolare per il gas naturale. Così, si è assistito a una contraddizione tra obiettivi geopolitici ed economici, che ha reso evidente l'esigenza di ridurre le dipendenze strategiche attraverso la diversificazione delle fonti di approvvigionamento e lo sviluppo di capacità e riserve. Le decisioni basate su considerazioni geopolitiche hanno peraltro prodotto impatti economici asimmetrici: i paesi più dipendenti dalle risorse energetiche russe hanno subito le conseguenze più severe[48].

---

[45] A. MELCHIOR, *Free trade agreements and globalisation. In the Shadow of Brexit and Trump*, London, Palgrave Macmillan, 2018.

[46] ISTITUTO PER GLI STUDI DI POLITICA INTERNAZIONALE, *Trump a tutto campo*, 10 dicembre 2024.

[47] Per un'analisi delle tensioni tra liberalizzazione commerciale, obiettivi politici e valori nazionali, D. RODRIK, *The globalization paradox: Democracy and the future of the world economy*, New York, WW Norton & Company, 2012.

[48] Secondo le stime, i paesi maggiormente colpiti dalla mancanza del gas russo sarebbero stati l'Ungheria, la Repubblica Ceca e la Repubblica Slovacca, e si sarebbero verificati effetti significativi anche in Austria, Germania e Italia (G. DI BELLA ET AL., *Natural Gas in Europe: The Potential Impact of Disruptions to Supply*, International Monetary Fund working paper, 2022). Effettivamente, le ripercussioni delle tensioni geopolitiche sono state molto evidenti in Italia, dove il mix energetico complessivo (considerando quindi i settori elettrico, termico e dei trasporti) vede un ruolo preponderante del gas, il cui fabbisogno è soddisfatto dalla produzione nazionale solo in minima parte (SERVIZIO STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Politiche per la sicurezza energetica*, 25 novembre 2024).

Il caso della Cina rappresenta un esempio ancor più emblematico delle asimmetrie che possono crearsi tra interessi economici e geopolitici. Essa è un partner commerciale fondamentale: costituisce il terzo mercato principale per le merci provenienti dall'UE e il primo fornitore mondiale del mercato unico[49]. Tuttavia, considerazioni geopolitiche sollevano domande importanti sulla sostenibilità dell'apertura commerciale con la Cina. In primo luogo, pesa la mancanza di valori e modelli condivisi. Le preoccupazioni riguardano, tra le altre cose, il ruolo dominante dello Stato cinese nell'economia, che altera la concorrenza e mina i principi del libero mercato[50], così come le violazioni dei diritti umani (soprattutto in Xinjiang, Hong Kong e Tibet), il mancato rispetto dei principi a tutela dell'ambiente e la posizione del Presidente Xi Jinping rispetto alla guerra russa in Ucraina. L'agenda commerciale dell'UE non è guidata solo da motivazioni economiche: Bruxelles utilizza la politica commerciale per promuovere standard in materia di protezione ambientale, diritti sociali e tutele per consumatori e lavoratori[51]. Nei riguardi della Cina, l'ottimismo iniziale sul fatto che il commercio potesse fungere da ponte per una convergenza politica è progressivamente scemato.

In ogni caso, le preoccupazioni sulla sostenibilità dei rapporti commerciali con Pechino non derivano solo da divergenze valoriali, ma anche dalla necessità di tutelare la sovranità economica e politica dell'UE. La crescente influenza cinese in settori chiave come tecnologia e infrastrutture rappresenta una potenziale vulnerabilità per i paesi europei. Occorre limitare la dipendenza da forniture strategiche cinesi, così come evitare che investitori cinesi acquisiscano partecipazioni in industrie europee operanti in settori strategici, e siano così posti nelle condizioni di ottenere informazioni sul relativo funzionamento e finanche di influenzarne l'operato[52].

Le preoccupazioni riguardo alle situazioni di dipendenza nei confronti di Pechino sono aumentate con l'avvio della *Belt and Road Initiative*. L'iniziativa promette a molti paesi nuove prospettive di crescita, soprattutto grazie a un miglioramento della loro connettività marittima e terrestre, da cui dovrebbe derivare un incremento di commercio e investimenti. Tuttavia, secondo i critici del programma, con la BRI la Cina sta provando ad assicurarsi influenza sull'economia mondiale per i prossimi decenni, legando a sé molti paesi tramite prestiti, finanziamenti e il controllo diretto di grosse infrastrutture commerciali. Le preoccupazioni attengono soprattutto alla c.d. trappola del debito. L'accusa verso Pechino è quella di fornire prestiti agevolati per la realizzazione delle nuove infrastrutture ai paesi in via di sviluppo per il tramite di imprese pubbliche con l'obiettivo di ottenere concessioni politiche ed economiche nel momento in cui tali paesi dovessero rivelarsi insolventi. Si pensi allo Sri Lanka: nel 2017 ha

[49] EUROSTAT, *China-EU - international trade in goods statistics*, 2024.

[50] A riguardo, CONFINDUSTRIA, *Italia, Europa e Cina: analisi e proposte per un rinnovato modello di cooperazione*, 2019 e CORTE DEI CONTI EUROPEA, *La risposta dell'*UE *alla strategia cinese di investimenti guidati dallo Stato*, 2020.

[51] P. C. MAVROIDIS, *Gone with the Wind? The Diminishing Relevance of the WTO to Preferential Trade Agreements*, in D. Kleimann (a cura di), *EU preferential trade agreements: commerce, foreign policy and development aspects*, Florence, European University Institute, 2013. Si consideri che quello tra UE e Giappone costituisce il primo accordo commerciale internazionale a sostenere esplicitamente l'intesa di Parigi sui cambiamenti climatici, e che quello con il Canada ha ottenuto risultati ambiziosi rispetto agli impegni a tutela del lavoro. Su questi temi, si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "*Una politica commerciale equilibrata e innovativa per gestire la globalizzazione"* del 2017, nonché la successiva comunicazione del 2022 "*Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta",* che esprime la volontà di aumentare il contributo degli accordi commerciali dell'UE alla protezione del clima, dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori in tutto il mondo. Si veda anche lo studio J. VELUT ET. AL., *Comparative Analysis of Trade and Sustainable Development Provisions in Free Trade Agreements*, London, LSE Consulting, 2024, da cui emerge che l'UE, attraverso i propri accordi commerciali, è uno dei principali promotori dei valori della sostenibilità.

[52] In materia, A. BRINZA ET AL., EU-*China relations: De-risking or de-coupling –the future of the EU strategy towards China*, *Study requested by the AFET committee of the European Parliament*, 2024, e la bibliografia ivi citata.

dovuto cedere alla Cina il controllo del porto di Hambantota per quasi un secolo dopo non essere riuscito a ripagare il debito contratto per la costruzione dell'infrastruttura[53].

L'UE ha iniziato ad adottare una posizione più critica nei confronti di Pechino soprattutto a partire dal 2017, in corrispondenza dell'elezione di Donald Trump e di un deterioramento delle relazioni tra Cina e Stati Uniti[54]. Difatti, le pressioni sull'Unione europea per riconsiderare le relazioni economiche con Pechino provengono anche dagli USA, che incoraggiano i loro alleati a limitare attraverso restrizioni e sanzioni l'ascesa economica e tecnologica cinese[55]. L'UE si trova così a bilanciare l'esigenza di mantenere relazioni commerciali vantaggiose con la Cina con quella di salvaguardare la sua alleanza strategica con gli Stati Uniti[56].

In sintesi, conciliare l'accesso ai vantaggi economici offerti dalla Cina con la necessità di difendere i valori europei, tutelare la sicurezza nazionale e mantenere le alleanze politiche strategiche rappresenta una sfida importante per l'UE. Anche in questo contesto, l'asimmetria tra motivazioni economiche e geopolitiche è peraltro esacerbata dalla circostanza che le decisioni in materia producono impatti economici diversi sugli Stati membri, così come sulle loro imprese. I paesi e le imprese con legami commerciali più stretti con la Cina subiscono maggiormente le conseguenze economiche delle chiusure commerciali dettate da ragioni geopolitiche[57].

4.3. *La disconnessione tra spazio economico e spazio politico-sociale.* – Nell'attuale contesto di crisi del multilateralismo e di proliferazione di accordi su base preferenziale, può emergere anche un'ulteriore asimmetria. L'apertura dei mercati nazionali verso alcuni Stati comporta una vicinanza economica, ma non è detto che questa sia anche politica o di altro genere. In altri termini, talvolta gli accordi preferenziali di libero scambio prevedono l'eliminazione progressiva delle barriere al commercio e agli investimenti, ma mantengono o addirittura rafforzano i controlli sulla mobilità delle persone. In questo modo, si facilita la liberalizzazione dei mercati per beni, servizi e capitali tra gli Stati, ma non necessariamente si promuove una maggiore integrazione politica e sociale o la libera circolazione degli individui.

Si pensi, per esempio, al caso dei rapporti tra gli Stati Uniti e il Messico. Il NAFTA (ora sostituito dall'USMCA) ha eliminato la maggior parte delle tariffe sui prodotti scambiati tra i tre Paesi firmatari, con un'attenzione particolare alla liberalizzazione del commercio nei settori agricolo, tessile e automobilistico[58]. Ne è seguito un forte incentivo ai movimenti di capitale, che ha permesso alle imprese di beneficiare di catene di approvvigionamento transfrontaliere. Non può dirsi lo stesso per la mobilità delle persone, che ha continuato a essere oggetto di un

---

[53] Circa le preoccupazioni dell'UE di fronte alle relazioni con la Cina, soprattutto in ragione della BRI, e delle conseguenti esigenze di adottare un progressivo cambio di impostazione, si vedano: COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio Elementi per una nuova strategia dell'UE sulla Cina*, 2016; EUROPEAN PARLAMENT, *Research for TRAN Committee: the new Silk Route – opportunities and challenges for EU transport*, 2018; COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione congiunta al parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio UE Cina – Una prospettiva strategica*, 2019; CORTE DEI CONTI, *Analisi n. 03/2020: La risposta dell'*UE *alla strategia cinese di investimenti guidati dallo Stato*, 2020.

[54] Cfr. A. BRINZA ET AL., *EU-China relations: De-risking or de-coupling –the future of the EU strategy towards China*, Study requested by the AFET committee of the European Parliament, 2024, 21.

[55] A riguardo, tra i molti: C.P. BOWN, *The 2018 US-China trade conflict after forty years of special protection*, in 12 *China Economic Journal* (2019), pp. 109 ss.; E. BEKKERS e E S. SCHROETER, *An economic analysis of the US-China trade conflict*, WTO Staff Working Paper, 2020; A. MELCHIOR, *Free trade agreements and globalisation*. *In the Shadow of Brexit and Trump*, Palgrave Macmillan, London, 2018.

[56] In materia, CONFINDUSTRIA, *Italia, Europa e Cina: analisi e proposte per un rinnovato modello di cooperazione*, 2019.

[57] Cfr. A. BRINZA ET AL., *EU-China relations: De-risking or de-coupling –the future of the EU strategy towards China*, cit.

[58] Su questo accordo, tra gli altri, A. CHATZKY, J. MCBRIDE e M. A. SERGIE, *Nafta and the USMCA: Weighing the impact of North American Trade*, in 1 *Council on Foreign Relations* (2020).

controllo molto rigido, limitando la possibilità per i lavoratori messicani di cercare opportunità migliori negli Stati Uniti. Anzi, la giustificazione dell'accordo risiedeva in parte proprio nella volontà di scoraggiare il movimento dei cittadini messicani: l'idea era che un commercio più libero avrebbe portato a una crescita economica più forte e costante in Messico, creando nuovi impieghi e opportunità per la sua forza lavoro e scoraggiando pertanto l'immigrazione illegale[59]. In sintesi, i confini si annullano, ma solo per le imprese e per i capitali, non per le persone, le quali continuano a incontrare barriere significative.

D'altronde, gli accordi preferenziali permettono agli Stati di differenziare l'accesso ai loro territori non solo a seconda del partner ma anche dei settori e alle materie, sulla base di circostanze strategiche. Si pensi, per esempio, a come l'UE adotti sempre più una politica di convergenza condizionata verso la Cina: si tratta di limitare l'apertura economica ai settori non strategici e rafforzare le barriere in quelli critici per la sicurezza e la tecnologia, secondo la logica del *de-risking*[60]. In altri termini, i confini non sono più linee rigide, bensì membrane selettive, capaci di adattarsi contemporaneamente tanto a esigenze di apertura che di chiusura. In questo senso, la globalizzazione non ha condotto alla fine della geografia o all'abolizione dei confini statali, come alcuni prevedevano negli anni Novanta, ma piuttosto a una loro trasformazione profonda[61].

Quindi, sebbene l'integrazione economica costituisca un vettore di convergenza tra società diverse, l'uso strategico dei confini economici può condurre a una certa separazione tra la sfera degli scambi commerciali e finanziari, sempre più deterritorializzata, e quella delle relazioni sociali e politiche, che rimane legata ai confini nazionali. Il rischio di una separazione tra uno spazio economico sempre più integrato e uno spazio politico-sociale frammentato è quello di alimentare tensioni sociali riguardo alla globalizzazione. La percezione di una disconnessione tra i benefici di quest'ultima e le esigenze delle comunità locali può infatti generare una crescente sfiducia nelle istituzioni e favorire un ritorno a politiche di protezionismo economico e sociale[62].

A riguardo, è interessante notare come uno dei primi esempi di resistenza e ribellione anticapitalista e antiglobalizzazione veicolata da internet abbia riguardato proprio l'entrata in vigore del NAFTA. In Messico, quest'ultimo venne contestato con risonanza internazionale dal movimento armato indigenista dell'*Ejército Zapatista de Liberación* Nacional (EZLN), che lo giudicava il simbolo della ricolonizzazione e della negazione dei diritti basilari dei popoli e delle regioni più povere, in nome del profitto di pochi[63].

4.4. *Asimmetrie orizzontali e selezione degli interessi nell'UE.* – Gli accordi preferenziali di libero scambio non generano asimmetrie solo in termini verticali, ossia nei rapporti tra le potenze sovranazionali coinvolte nei flussi del commercio globale. Esistono anche asimmetrie

[59] M. ZUPI, *Dall'accordo NAFTA allo USMCA: implicazioni per l'UE e per l'Italia*, in *Osservatorio di politica internazionale*, 2021.

[60] L'UE può così gestire le relazioni economiche con maggiore flessibilità, limitando per esempio l'uso di alcune tecnologie cinesi considerate rischiose, ma mantenendo altri canali di collaborazione aperti. Si pensi, per esempio, al pacchetto di misure economiche difensive adottate da Bruxelles con riguardo al 5G, dirette a limitare l'accesso dei produttori di telecomunicazioni cinesi al mercato europeo (su cui si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione congiunta al parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio UE Cina – Una prospettiva strategica*, 2019). Si considerino, inoltre, l'*European Critical Raw Materials Act* e il *Chips Act* (sulla guerra del microchip, divenuto ormai un'importante leva di potere, C. MILLER, *Chip war: The fight for the world's most critical technology*, New York, Simon and Schuster, 2022).

[61] R. O'BRIEN, *Global Financial Integration: The End of Geography*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1992.

[62] Su questi temi, F. TARGETTI e A. FRACASSO, *Le sfide della globalizzazione: storia, politiche e istituzioni*, Milano, Francesco Brioschi, 2008, nonché M.R. MAURO, *Commercio internazionale e tutela dei diritti dei lavoratori: alla ricerca di una globalizzazione sostenibile*, in 6 *e-Revista Internacional de la Protección Social* (2021), 372 ss.

[63] M. ZUPI, *Dall'accordo NAFTA allo USMCA: implicazioni per l'UE e per l'Italia*, cit.

orizzontali, che si manifestano nelle dinamiche interne dei singoli paesi o di aggregati sovranazionali come l'Unione europea. Questo fenomeno si ricollega a una conclusione condivisa da più parti: la globalizzazione ha contribuito a ridurre le diseguaglianze tra paesi, come dimostrato dalla fuoriuscita di centinaia di milioni di persone dalla povertà assoluta in economie emergenti come la Cina e l'India nell'ultimo quarto di secolo. Tuttavia, si registra talvolta un aumento delle disuguaglianze interne ai singoli stati, sia tra le fasce di reddito che tra le aree geografiche, in funzione del grado in cui ciascun settore o territorio riesce a beneficiare della liberalizzazione economica[64].

Si consideri il caso dell'UE. Al suo interno coesistono interessi politici, economici e imprenditoriali spesso divergenti, che possono determinare una distribuzione diseguale dei benefici e dei costi derivanti dalle scelte comuni di politica commerciale. Alcuni Stati membri o settori produttivi riescono ad ottenere benefici importanti, mentre altri possono risultare marginalizzati o penalizzati. Ad esempio, come già evidenziato, i paesi più dipendenti dalle risorse energetiche russe hanno subito conseguenze economiche più gravi in seguito all'isolamento del governo di Putin. Questa frammentazione rende particolarmente difficile il raggiungimento di una posizione unitaria nelle negoziazioni commerciali.

La competenza sulle politiche commerciali è attribuita all'UE, che rappresenta gli Stati membri nelle trattative internazionali. Tuttavia, le differenze nelle priorità e sensibilità dei diversi paesi rispetto alle questioni negoziali rendono complessa la definizione di una posizione comune[65]. Un esempio significativo è rappresentato dalle trattative relative al già citato *Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Durante i negoziati, è emersa la difficoltà di far convergere i vari Stati dell'UE, spesso portatori di preoccupazioni specifiche e di posizioni divergenti. La Francia, ad esempio, ha chiesto di escludere alcuni prodotti culturali dalle trattative[66], mentre l'Italia ha posto l'accento sul riconoscimento delle indicazioni geografiche dei prodotti alimentari[67].

La presenza di posizioni divergenti sui vari capitoli dell'accordo, e le conseguenti difficoltà nel ricomporre tali divergenze all'interno di una contrattazione unitaria a livello europeo, riflettono le differenze nelle strutture produttive, nelle specializzazioni settoriali e nelle priorità economiche dei singoli Stati. Queste comportano che le diverse realtà ottengono ricadute differenziate dalla liberalizzazione, come dimostrato peraltro da molteplici studi sugli effetti del TTIP. Essi avevano messo in luce che la conclusione positiva dei negoziati avrebbe prodotto crescita e occupazione sia in Europa che negli Stati Uniti, ma con disparità significative tra i vari paesi europei e gli stati americani[68].

---

[64] Si vedano per esempio P. LELIO IAPADRE, *Protezionismo e accordi di libero scambio: il mondo di fronte ai pericoli delle guerre commerciali* e F. ONIDA, *Populismi e governo della globalizzazione*, entrambi in Aa. Vv., *Focus: politiche commerciali e accordi di libero scambio*, Rapporto ICE, 2018, rispettivamente a 84 ss. e 88 ss.

[65] B. QUINTIERI, *Il Transatlantic trade and investment partnership: finalità, problemi e possibile evoluzione* in L. Paganetto (a cura di), *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, Roma, Eurilink University Press, 2015.

[66] La Francia ha sempre difeso il principio che i beni e i servizi culturali non sono *marchandises comme les autres* nella lunga battaglia *trade versus culture* che si consumò a livello internazionale, in particolare contro gli Stati Uniti, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale. L'eccezione culturale, funzionale a garantire la diversità culturale, opera ancora oggi, sia a livello internazionale che all'interno dell'UE, sulla base di un regime normativo complesso che non ha ancora raggiunto un equilibrio stabile. A riguardo, J. BUCHSBAUM, *Exception taken: How France Has Defied Hollywood's New World Order*, Columbia University Press, New York, 2017.

[67] L. TAJOLI, *Verso l'area di libero scambio tra Unione Europea e Stati Uniti?*, in *Atlante gepolitico*, Roma, Treccani, 2014.

[68] Per tutto il discorso, G. GIOVANNETTI, *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, in L. Paganetto (a cura di), *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, Eurilink University Press, Roma, 2015 pp. 75 ss. Si vedano anche L. FONTAGNÉ, J. GOURDON e S. JEAN, *Transatlantic Trade: Whither Partnership, Which Economic Consequences?*, CEPII research center, 2013 e A., RAHEL, G. FELBERMAYR e I. HEILAND, *Going deep: The trade and welfare effects of TTIP revised*, Institute for Economic Research at the University of Munich, 2016.

Un altro esempio emblematico delle tensioni in materia di politica commerciale interne all'UE è rappresentato dall'accordo con il Mercosur, i cui negoziati sono durati quasi venticinque anni (dal 2000 al 2024) e la cui ratifica è ora subordinata all'approvazione degli Stati membri dell'UE e del Parlamento europeo[69]. L'accordo mira a favorire gli scambi commerciali e gli investimenti tra Europa e America latina. Brasile, Argentina, Paraguay e Uruguay intendono esportare principalmente prodotti agroalimentari, come grano e carne bovina. L'Europa punta invece soprattutto a importare materie prime e a esportare prodotti finiti finora gravati da dazi significativi, come automobili, abbigliamento e vino. In questo contesto, emergono chiaramente le divergenze tra gli Stati membri dell'UE, che spiegano le difficoltà di raggiungere un'intesa con il Mercosur.

La Germania sostiene fortemente l'accordo, che potrebbe fornire una spinta al suo settore automobilistico in crisi. Francia, Italia e Polonia, accomunate da un forte comparto agricolo-industriale, esprimono invece diverse perplessità. La Francia, in particolare, si è opposta con fermezza, sostenendo che l'intesa metterebbe a rischio gli allevatori e gli agricoltori europei, costretti a competere con le grandi aziende agricole latinoamericane, le quali beneficiano di standard sanitari e ambientali meno stringenti e possono quindi offrire prodotti a prezzi inferiori.

Le difficoltà nel raggiungere una visione condivisa possono compromettere l'efficacia degli accordi preferenziali dell'UE. Un loro aspetto distintivo è la c.d. *legal inflation*. Le intese commerciali facenti capo all'UE includono spesso clausole normative avanzate, che introducono obblighi ulteriori a quelli previsti dall'Organizzazione Mondiale del Commercio; tuttavia, molte di queste disposizioni sono formulate in modo vago e finiscono così per risultare non vincolanti, riflettendo la complessità delle negoziazioni interne volte a bilanciare interessi divergenti per raggiungere una visione comune. Anche gli accordi preferenziali degli Stati Uniti includono obblighi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dall'OMC. Essi risultano però meno numerosi e dettagliati rispetto a quelli dell'UE, e al contempo più stringenti e vincolanti[70].

La selezione degli interessi nell'ambito delle politiche commerciali dell''UE dipende anche dalle dinamiche interne ai singoli Stati membri, dove le lobby industriali esercitano un ruolo importante. Le decisioni di apertura o chiusura verso specifici mercati derivano, infatti, anche da una complessa rete di pressioni economiche private. Settori tradizionali, come l'agricoltura o la manifattura leggera, tendono a opporsi agli accordi commerciali, adottando atteggiamenti protezionistici per contrastare la liberalizzazione degli scambi, come dimostra il caso dell'accordo con il Mercosur[71]. La revisione della posizione dell'Italia, inizialmente favorevole all'intesa, sembra essere dipesa in buona misura proprio dalle critiche avanzate dalle associazioni agricole; Coldiretti, per esempio, ha sollevato preoccupazioni sulla tutela dei produttori italiani. Le lobby che, al contrario, tendono a sostenere l'apertura commerciale appartengono prevalentemente a settori ad alta intensità tecnologica e forte competitività internazionale, come l'elettronica, la chimica e la farmaceutica. Queste industrie beneficiano infatti dell'accesso a nuovi mercati e della loro integrazione nelle catene globali del valore.

---

[69] Su questo accordo, V. BULMER THOMAS, *The European Union and MERCOSUR: Prospects for a free trade agreement*, in 42 *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* (2000), 1 ss., nonché L. PANTALEO e F. SEATZU, *The EU-Mercosur Trade Agreement: the Beginning of a New Era for the EUMercosur Relations?*, in *Il Diritto Dell'unione Europea*, 2021, 2 e S. NENCI e L. SALVATICI, *studio sulla valutazione degli effetti dell'accordo di libero scambio ue-mercosur sul commercio estero italiano*, Roma, Roma TrE-Press, 2021. Si veda anche M. TORRES JARRÍNÌ e L.G. DAZA ARAMAYO, *The Historical and Legal Context of the European Union-MERCOSUR Relations*, in *EU-MERCOSUR Interregionalism. United Nations University Series on Regionalism*, Berlin, Springer, 2023, 51 ss.

[70] H. HORN, P.C. MAVROIDIS, A. SAPIR, *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, in *The World Economy* (2010), 1565 ss.

[71] Per tutto il discorso, P. LELIO IAPADRE, *Protezionismo e accordi di libero scambio: il mondo di fronte ai pericoli delle guerre commerciali* e F. ONIDA, *Populismi e governo della globalizzazione*, entrambi in Aa. Vv., *Focus: politiche commerciali e accordi di libero scambio*, cit., 84 ss. e 88 ss.

In un contesto caratterizzato dal declino del multilateralismo e dalla prevalenza degli accordi preferenziali, aumenta la probabilità che gruppi di potere economico organizzati riescano a imporre i propri interessi settoriali. Con la riduzione del numero di paesi partecipanti agli accordi, da un lato diminuisce il rischio che l'unanimità venga compromessa da potenziali ostruzionismi di membri periferici, ma dall'altro aumentano le possibilità per le lobby settoriali ben organizzate di influenzare gli esiti negoziali[72]. Una delle ragioni del successo degli accordi preferenziali e della crisi del multilateralismo risiede proprio nel fatto che i gruppi di interesse che traggono vantaggi da tali accordi si oppongono alla possibilità di perdere le proprie rendite di posizione[73].

In definitiva, gli accordi preferenziali di libero scambio possono determinare una distribuzione non uniforme di vantaggi e svantaggi tra gli Stati membri dell'UE e tra i diversi settori produttivi al loro interno. Questa dinamica riflette le asimmetrie orizzontali che caratterizzano il processo decisionale dell'Unione, chiamata ad esprimere una posizione comune a livello internazionale dovendo però mediare internamente tra interessi molteplici e confliggenti.

[72] Cfr. F. ONIDA, *Populismi e governo della globalizzazione*, cit., 88 ss.

[73] Si veda L. SALVATICI e A. ANTIMIANI, *Tra regionalismo e multilateralismo: la politica commerciale dell'Unione Europea*, in L. Paganetto (a cura di), *Industrial compact, Europa e accordi transatlantici*, Roma, Eurilink University Press, R, 2015, 111 ss. e la bibliografia ivi citata.

VALERIO BONTEMPI

CRITICAL RAW MATERIALS E TRANSIZIONE VERDE: UNA SFIDA GEOPOLITICA PER L'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa: obiettivi e perimetro di indagine. – 2. Analisi di contesto: il fabbisogno europeo di *Critical Raw Materials* ai tempi del *Green Deal*. – 3. Il sostegno europeo agli attori globali: gli accordi multilaterali e plurilaterali dell'OMC e il quadro internazionale sul sostegno pubblico al credito all'esportazione dell'OCSE. – 4. Il ricorso dell'Unione europea agli attori globali nella lotta contro le pratiche commerciali sleali: la banca dati sulle restrizioni all'esportazione dell'OCSE e il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC. – 5. I rapporti orizzontali tra Unione europea e paesi esportatori: gli accordi commerciali bilaterali e i partenariati strategici. – 6. La regolazione unilaterale: il Regolamento (UE) 2024/1252 sull'approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche. – 7. Le strategie nazionali: i casi italiano e francese. – 8. Riflessioni conclusive: la difficile ricomposizione delle asimmetrie tra ordinamento europeo e mercato globale delle c.d. terre rare.

1. *Premessa: obiettivi e perimetro di indagine*. – Secondo le previsioni della Commissione europea, la domanda di *Critical Raw Materials* (CRM) per le turbine eoliche *onshore* e *offshore* aumenterà di 4,5 volte entro il 2030 e di 5,5 volte entro il 2050. Le batterie che alimentano i veicoli elettrici comporteranno invece un aumento della domanda di litio pari a undici volte entro il 2030 e a diciassette volte entro il 2050[1]. Questi sono solo alcuni dei possibili esempi – su cui si tornerà più avanti – che provano come l'aumento odierno del fabbisogno di c.d. terre rare da parte degli Stati membri sia indissolubilmente legato all'avvio dei processi di transizioni verde e digitale ancora in corso[2].

La garanzia di un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche è dunque oggi posta al centro delle priorità politiche dell'Unione europea. Una tale garanzia è però difficile da assicurare. Da un lato, la produzione della maggior parte delle terre rare è fortemente concentrata nelle mani di pochi fornitori extra-UE. Dall'altro, nell'attuale contesto geopolitico si assiste a una crescente concorrenza a livello mondiale, nonché al ricorso sempre più frequente alle restrizioni all'esportazione e ad altre misure che limitano il commercio globale.

In questo lavoro sarà oggetto di studio la strategia che l'Unione europea sta portando avanti in questo settore[3], strategia che appare a prima vista poliedrica. Tre sono i principali fronti di azione. In primo luogo, i rapporti verticali e circolari con gli attori globali. Da un lato, l'Unione europea offre il proprio sostegno all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), che stipula accordi multilaterali e plurilaterali, e all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici (OCSE), che definisce il quadro internazionale sul sostegno pubblico al credito all'esportazione e tiene una banca dati sulle restrizioni all'esportazione. Dall'altro lato, nella lotta contro le pratiche commerciali sleali, l'Unione europea fa ricorso all'OMC e al suo meccanismo di risoluzione delle controversie nel settore delle CRM. Nel 2012, ad esempio, l'Unione europea è risultata vittoriosa in un procedimento arbitrale contro la Cina, la quale si è quindi trovata costretta a eliminare le proprie restrizioni all'esportazione di c.d. terre rare. Più

[1] Queste stime sono riportate nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche a sostegno della duplice transizione* (COM(2023) 165 final).

[2] Sull'impatto che la domanda crescente di c.d. terre rare sta avendo sull'industria mineraria in tutto il mondo si veda *Global Challenges for Innovation in Mining Industries*, a cura di A. Daly, D. Humphreys, J.D. Raffo e G. Valacchi, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

[3] Per alcune riflessioni circa la coerenza delle politiche che l'Unione europea sta portando avanti nel settore delle c.d. terre rare si veda S. GSTÖHL e J. SCHNOCK, *Towards a Coherent Trade-Environment Nexus? The EU's Critical Raw Materials Policy*, in 58 *Journal of World Trade* (2024), 35 ss.

di recente, nel 2022 si è verificato un caso analogo in merito a una restrizione all'esportazione di nichel da parte dell'Indonesia.

In secondo luogo, l'Unione europea sta notevolmente rafforzando il proprio impegno al fine di sviluppare e diversificare gli investimenti, la produzione e il commercio con paesi-partner affidabili, proprio al fine di ridurre la propria dipendenza da forniture altamente concentrate. Su questo fronte sono ormai stati stipulati numerosi accordi commerciali e di investimento bilaterali (ad esempio, con Messico, Regno Unito, Nuova Zelanda e Cile) e accordi di seconda generazione sull'agevolazione degli investimenti sostenibili (con l'Angola, in particolare). Più di recente, l'Unione europea sta attivando anche alcuni partenariati strategici bilaterali per stimolare investimenti sostenibili nelle catene del valore delle CRM da parte di paesi terzi (Kazakhstan e Namibia, ad esempio).

Infine, è stato adottato il regolamento (UE) 2024/1252 sull'approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche. Si tratta di un passo avanti importante per aumentare e diversificare l'approvvigionamento europeo di materie prime critiche, per rafforzarne la circolarità e il riciclaggio, nonché per sostenere la ricerca e l'innovazione in materia di efficienza delle risorse e sviluppo di sostituti.

Allo studio della strategia che l'Unione europea sta portando avanti in questo settore si intende affiancare lo studio di alcune strategie nazionali, in particolare quelle italiana e francese. L'intento è quello di verificare se nello scenario internazionale il continente europeo si stia muovendo in modo coordinato e, dunque, auspicabilmente efficace o se vi siano a livello nazionale delle fughe in avanti, con il rischio di possibili attività concorrenziali non solo tra Stati membri, ma anche tra questi e l'Unione europea.

2. *Analisi di contesto: il fabbisogno europeo di* Critical Raw Materials *ai tempi del* Green Deal. – Le c.d. terre rare, anche note come *Critical Raw Materials* (CRM), sono quelle materie prime, quali metalli, minerali e materiali naturali, che rivestono un ruolo economico strategico, in quanto essenziali per il funzionamento di una vasta gamma di ecosistemi industriali, e che presentano un elevato rischio in termini di approvvigionamento.

La Commissione europea negli anni ha pubblicato e aggiornato costantemente una lista di CRM[4]: la prima nel 2011[5], poi 2014[6], nel 2017[7], nel 2020[8] e, infine, nel 2023[9]. Secondo l'ultimo elenco, le trentaquattro CRM sono: antimonio, arsenico, bauxite, barite, berillio, bismuto, boro, cobalto, carboni da coke, rame, feldspato, fluorite, gallio, germanio, afnio, elio, elementi delle terre rare pesanti, elementi delle terre rare leggere, litio, magnesio, manganese, grafite naturale, nichel - grado batteria, niobio, fosforite, fosforo, metalli del gruppo del platino, scandio, silicio metallico, stronzio, tantalo, titanio metallico, tungsteno e vanadio.

[4] Sulla metodologia utilizzata per individuare le CRM inserite nella lista si veda G.A. BLENGINI ET AL., *EU methodology for critical raw materials assessment: Policy needs and proposed solutions for incremental improvements*, in 53 *Resources Policy* (2017), 12 ss.

[5] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Affrontare le sfide relative ai mercati dei prodotti di base e alle materie prime* (COM(2011) 25 definitivo).

[6] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *concernente la revisione dell'elenco delle materie prime essenziali per l'UE e l'attuazione dell'iniziativa "materie prime"* (COM(2014) 297 final).

[7] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *concernente l'elenco 2017 delle materie prime essenziali per l'UE* (COM(2017) 490 final).

[8] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità* (COM(2020) 474 final).

[9] Allegati I-II della 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) 160 final).

Di queste CRM diciassette sono considerate strategiche, ovvero: bismuto, boro – grado metallurgico, cobalto, rame, gallio, germanio, litio – grado batteria, magnesio metallico, manganese - grado batteria, grafite naturale – grado batteria, nichel – grado batteria, metalli del gruppo del platino, elementi delle terre rare per magneti (Nd, Pr, Tb, Dy, Gd, Sm e Ce), silicio metallico, titanio metallico e tungsteno.

La rilevanza di queste materie prime critiche risiede nel fatto che esse costituiscono le componenti fondamentali di molti apparecchi di uso quotidiano o industriale. Così, ad esempio, per la tecnologia per la vibrazione nei telefoni serve il tungsteno; per i veicoli elettrici servono litio, cobalto e nichel; per le turbine eoliche serve boro; per i semiconduttori serve il silicio metallico; per la fabbricazione del vetro e la produzione di fertilizzanti per la crescita delle piante servono i borati; per la costruzione e il funzionamento di aeroplani servono magnesio e scandio.

Si comprende allora il ruolo chiave che l'approvvigionamento di CRM assume nell'ottica dell'attuazione del *Green Deal* europeo, ovvero di quella strategia di contrasto al cambiamento climatico lanciata dall'Unione europea nel dicembre 2019[10]. L'obiettivo complessivo di questa strategia è la neutralità climatica entro il 2050, intesa come l'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra. Per realizzare questo ambizioso obiettivo, fissato dalla normativa europea sul clima, ovvero il regolamento (UE) 2021/1119, l'ordinamento europeo si sta muovendo su più fronti. I pilastri del *Green Deal* sono infatti: una rinnovata politica industriale europea; le misure di decarbonizzazione (commercio, energia, agricoltura, trasporti); l'economia circolare; il sostegno alla transizione sociale; la tutela della biodiversità[11].

Con l'abbandono dei combustibili fossili e il passaggio a sistemi energetici puliti, i quali richiedono un maggior numero di minerali, la domanda europea di metalli comuni, materiali per batterie e c.d. terre rare è destinata ad aumentare in modo esponenziale. Basti pensare al caso dell'alluminio, componente chiave delle tecnologie per l'energia pulita, come i sistemi solari fotovoltaici, le turbine eoliche, le tecnologie di rete e le batterie. È stato calcolato che dal 2020 al 2050 in Europa ci sarà un aumento della domanda di alluminio di circa il 543 per cento[12].

L'approvvigionamento di questi materiali è tuttavia molto complesso. Essi sono estratti per la quasi totalità in paesi extra-UE[13]. L'Unione europea non può dunque ambire a diventare autosufficiente, ma può almeno mirare a diversificare l'approvvigionamento così da gestire al meglio il suo stato di dipendenza dalle importazioni. Anche questo obiettivo non è tuttavia facile da conseguire per molteplici ragioni.

Anzitutto, l'industria delle CRM è estremamente complessa. Alcuni progetti di esplorazione ed estrazione sono considerati investimenti ad alto rischio. Le barriere all'ingresso sono poi elevate e i costi del capitale e i rischi correlati possono essere anche molto ingenti. La lunghezza e l'incertezza delle procedure di autorizzazione possono, ad esempio, far sì che tra l'avvio di un progetto e la disponibilità dei materiali sul mercato possa intercorrere un periodo di tempo anche molto lungo.

In secondo luogo, la produzione della maggior parte delle CRM è concentrata nelle mani di pochi fornitori, i quali sono quasi esclusivamente paesi extra-UE. L'Unione europea dipende

[10] L'atto che tratteggia le linee essenziali del *Green Deal* europeo è una Comunicazione della Commissione adottato a pochi giorni dall'insediamento della Commissione presieduta da Ursula von der Leyen: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni (COM(2019) 640).

[11] Sul *Green Deal* europeo in generale si vedano D. BEVILACQUA, *Il green new deal*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024; D. BEVILACQUA ed E. CHITI, *Green deal: come costruire una nuova Europa*, Bologna, il Mulino, 2024; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, n. 2, 297 ss.

[12] Il dato è riportato su *www.consilium.europa.eu/it/infographics/critical-raw-materials/#0*.

[13] Sulle caratteristiche del mercato globale delle CRM si veda più ampiamente S. MASSARI e M. RUBERTI, *Rare earth elements as critical raw materials: Focus on international markets and future strategies*, in 38 *Resources Policy* (2013), 36 ss.

dunque in misura notevole dalle importazioni. Per fare alcuni esempi, la Cina fornisce il 100 per cento dell'approvvigionamento di elementi delle terre rare pesanti nell'Unione europea; la Turchia fornisce il 98 per cento dell'approvvigionamento di boro dell'Unione europea; il Sud Africa fornisce il 71 per cento del fabbisogno europeo di platino[14].

3. *Il sostegno europeo agli attori globali: gli accordi multilaterali e plurilaterali dell'OMC e il quadro internazionale sul sostegno pubblico al credito all'esportazione dell'OCSE*. – Sul fronte delle c.d. terre rare i rapporti dell'Unione europea con gli attori globali sono circolari. Da un lato, essa offre il proprio sostegno all'attività svolta dall'OMC e dall'OCSE. Dall'altro, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, essa vi ricorre in caso di difficoltà, attivando ad esempio il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC.

Nel settore oggetto di analisi le attività che rilevano, portate avanti dall'OMC e dall'OCSE, sono tra loro molto diverse. Grazie ai suoi accordi multilaterali e plurilaterali l'OMC ha nel tempo definito a livello globale il quadro generale che funge da base di riferimento per garantire la trasparenza, la prevedibilità e la certezza del diritto nei traffici internazionali. Questo è stato possibile grazie a disposizioni relative alle tariffe, alla non discriminazione o al divieto di applicare restrizioni all'esportazione. Queste disposizioni – come noto – hanno portata vincolante. In particolare, gli accordi commerciali multilaterali sono vincolanti per tutti i membri dell'OMC. Gli accordi plurilaterali non comportano invece obblighi o diritti per i membri che non li hanno accettati espressamente[15].

Da sempre l'Unione europea sostiene l'OMC nell'avvio di negoziati ampi e ambiziosi. Questi però, almeno dalla fine del secolo scorso, hanno subito una battuta d'arresto, soprattutto per quanto concerne l'accesso al mercato. In senso all'OMC i commentatori registrano ormai da anni una certa impasse. La ragione di ciò risiede nella sempre maggiore difficoltà di conciliare le posizioni dei principali paesi emergenti e quelle dei paesi industrializzati. La riorganizzazione del sistema commerciale internazionale deve infatti tenere in debita considerazione il ruolo centrale oggi assunto dai paesi in transizione o in via di sviluppo, i quali hanno conosciuto una fase di grande crescita economica, sostenuta anche grazie alla liberalizzazione del commercio internazionale promossa in passato dall'OMC.

L'Unione europea è consapevole dei mutamenti in corso a livello globale e, per tentare di rilanciare il ruolo dell'OMC ormai in fase di stallo, ha proposto di superare l'approccio negoziale degli ultimi anni, ponendo maggiore attenzione sugli aspetti normativi anziché su quelli tariffari, come fatto in passato. Così nel febbraio 2023, in occasione della XIII conferenza ministeriale (CM13) tenutasi ad Abu Dhabi dal 26 febbraio al 1° marzo 2024, l'Unione europea ha proposto tre settori chiave per una deliberazione mirata, ovvero: la politica commerciale e l'intervento statale per sostenere l'industria; il commercio e le sfide ambientali globali; il commercio e l'inclusività[16].

Sotto il profilo che qui maggiormente interessa, la Commissione europea sta intensificando i propri sforzi per sostenere l'OMC nel negoziare un accordo plurilaterale sull'agevolazione degli investimenti per lo sviluppo. Questo accordo, se sarà approvato, ha l'obiettivo di facilitare gli

[14] Il dato è riportato su *www.consilium.europa.eu/it/infographics/critical-raw-materials/#0*.

[15] L'elenco degli accordi multilaterali e plurilaterali dell'OMC è disponibile su *eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/wto-agreement.html#:~:text=Gli%20accordi%20commerciali%20multilaterali%20e,che%20non%20li%20hanno%20accettati*.

[16] La notizia è riportata in Directorate-General for Trade, *EU calls for WTO to address current policy challenges through focused deliberation*, 22 February 2023, disponibile su *policy.trade.ec.europa.eu/news/eu-calls-wto-address-current-policy-challenges-through-focused-deliberation-2023-02-22_en?prefLang=it#:~:text=A%20fully%20functioning%20WTO%20dispute,ambitious%20outcomes%20in%20ongoing%20work*.

investimenti nei paesi in via di sviluppo, anche nel settore delle materie prime critiche, rendendo più semplice per gli investitori investire, gestire gli affari correnti ed espandere le attività commerciali. Ciò dovrebbe essere reso possibile grazie a un sistema che, da un lato, renda pubbliche e facilmente accessibili le informazioni sulle norme in materia di investimenti e, dall'altro, riduca le tempistiche per il rilascio delle autorizzazioni e delle approvazioni da parte della pubblica amministrazione locali.

Alcuni passi avanti in questa direzione sono stati già compiuti. Nel febbraio 2024, si sono conclusi con successo i negoziati sull'iniziativa di dichiarazione congiunta sull'agevolazione degli investimenti per lo sviluppo. La dichiarazione è stata sottoscritta da 120 sostenitori, inclusi paesi in via di sviluppo e paesi meno sviluppati. Per incorporare l'accordo in questione nel quadro normativo dell'OMC bisogno tuttavia ancora attendere. È infatti necessaria una decisione per consenso, ma alcuni paesi membri continuano a dichiararsi contrari[17].

Anche l'OCSE svolge attività che può assumere rilievo nel settore oggetto qui di interesse. L'Unione europea si sta adoperando per semplificare l'accesso ai finanziamenti commerciali per gli investimenti nelle catene di approvvigionamento delle c.d. terre rare a livello globale.

Alcuni Stati membri (come, ad esempio, Germania, Svezia, Finlandia e Francia)[18] già dispongono di agenzie di credito all'esportazione che offrono strumenti di riduzione dei rischi a sostegno degli investimenti all'estero. Esse garantiscono importazioni di minerali grezzi per gli acquirenti nell'ambito di accordi di *off-take* nel rispettivo Stato membro. Come noto, gli accordi di *off-take* sono dei contratti grazie ai quali il produttore di una risorsa si impegna a vendere a un acquirente determinate quantità di prodotti a prezzi stabiliti e per un determinato periodo di tempo.

Al fine di massimizzare l'influenza europea e l'efficacia del sostegno pubblico fornito dagli Stati membri, particolarmente nei casi in cui gli operatori economici europei competono con soggetti di paesi terzi, l'Unione europea si sta facendo promotrice di una strategia globale in materia di credito all'esportazione. L'obiettivo è quello di integrare con degli strumenti globali le operazioni delle agenzie di credito all'esportazione già esistenti a livello degli Stati membri. Così facendo, si rafforzerebbe l'uso del sostegno pubblico al credito all'esportazione a favore di politiche chiave dell'Unione europea, anche nel settore delle CRM.

È per questo motivo che, nell'ambito dell'attuale processo di revisione delle norme dell'accordo sui crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno pubblico, integrato nell'OCSE, l'Unione europea sostiene con fermezza la creazione di incentivi nel quadro internazionale che disciplina il sostegno pubblico al credito all'esportazione. Questi incentivi sarebbero importanti in quanto consentirebbero alle agenzie di credito all'esportazione di sostenere con condizioni più agevoli i traffici internazionali che hanno ad oggetto c.d. terre rare utilizzate in tecnologie necessarie per la mitigazione dei cambiamenti climatici.

In questa direzione, nell'ottobre 2024 la Commissione europea ha presentato una proposta di decisione del Consiglio relativa alla posizione da adottare a nome dell'Unione europea nelle riunioni dei partecipanti all'accordo OCSE sui crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno pubblico, in merito alle linee comuni per le prescrizioni sul pagamento in acconto minimo.

L'accordo in questione è un *Gentlemen's Agreement* che ha l'obiettivo di fornire un quadro comune per l'utilizzo disciplinato dei crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno

[17] La notizia è riportata su *www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/161/l-unione-europea-e-l-organizzazione-mondiale-del-commercio*.

[18] Per maggiori informazioni si rimanda direttamente ai siti istituzionali: Germania (*www.agaportal.de/en/ufk-garantien/grundlagen-ufk/grundzuege-ufk*); Svezia (*www.ekn.se/en/magazine/guarantees/sweden-secures-supply-of-strategic-raw-materials/*); Francia (*www.bpifrance.com/products/strategic-project-insurance/*); Finlandia (*www.finnvera.fi/eng/products/export-credit-guarantees/raw-material-guarantee*).

pubblico, mediante la creazione di condizioni di parità (ovvero, concorrenza basata sul prezzo e sulla qualità dei beni e dei servizi esportati e non sulle condizioni finanziarie offerte) e la contemporanea eliminazione di sovvenzioni e distorsioni commerciali legate ai crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno pubblico.

L'accordo, integrato nel quadro dell'OCSE, è entrato in vigore nell'aprile 1978 con durata indeterminata. L'Unione europea (e quindi non i singoli Stati membri) è un partecipante all'accordo, insieme ad Australia, Canada, Corea, Giappone, Norvegia, Nuova Zelanda, Regno Unito, Stati Uniti, Svizzera e Turchia. Il testo dell'accordo OCSE è stato recepito nell'ordinamento europeo in virtù del regolamento (UE) n. 1233/2011 ed è pertanto giuridicamente vincolante.

Con la proposta di decisione dell'ottobre 2024, la Commissione europea ha proposto che il Consiglio le consenta di definire una posizione da adottare a nome dell'Unione europea nelle riunioni dei partecipanti all'accordo OCSE sui crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno pubblico in relazione alle future linee comuni proposte dai partecipanti in merito alle prescrizioni sul pagamento in acconto minimo. In particolare, secondo la Commissione europea, la posizione da adottare consiste nel respingere qualsiasi futura linea comune sul pagamento in acconto minimo proposto da un partecipante all'accordo, qualora la linea comune abbia carattere orizzontale e pertanto si applichi a più di una operazione specifica[19].

4. *Il ricorso dell'Unione europea agli attori globali nella lotta contro le pratiche commerciali sleali: la banca dati sulle restrizioni all'esportazione dell'OCSE e il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC*. – Come anticipato nel paragrafo precedente, l'Unione europea non si limita a offrire il proprio sostegno all'OMC e all'OCSE, ma ricorre alle medesime in caso di difficoltà.

Le difficoltà maggiori si riscontrano nella tendenza di molti paesi ricchi di c.d. terre rare ad adottare politiche governative che limitano l'esportazione di materiali così strategici oggigiorno. Tale circostanza mette a rischio l'approvvigionamento degli stessi e crea condizioni di disparità che pregiudicano la competitività delle imprese nel mercato globale. Le restrizioni commerciali danneggiano non solo l'Unione europea, ma tutti i Paesi che dipendono dalle importazioni di c.d. terre rare. A ben vedere, essere possono comportare inefficienze anche nelle economie dei paesi che le applicano.

Alcuni governi decidono di limitare l'esportazione di materie prime non lavorate nella speranza che, così facendo, sia possibile promuovere le industrie locali a valle. Secondo uno studio condotto dall'OCSE, il ricorso alle restrizioni all'esportazione al fine di stimolare la trasformazione di minerali a livello locale non è tuttavia vantaggioso[20]. Lo studio è stato condotto su quattro paesi africani ricchi di minerali: il manganese in Gabon, il piombo in Sudafrica, il rame in Zambia e la cromite in Zimbabwe. Le misure studiate sono state le tasse sulle esportazioni, i requisiti per il rilascio di licenze di esportazione non automatiche e i divieti di esportazione veri e propri.

L'OCSE ha osservato come non ci sia stato alcun miglioramento nel vantaggio comparativo rivelato dei prodotti trasformati che beneficiano di limiti sulle esportazioni della materia prima. Inoltre, in alcuni casi, le misure avrebbero anche compromesso le prestazioni complessive delle

[19] Proposta di Decisione del Consiglio relativa alla posizione da adottare a nome dell'Unione nelle riunioni dei partecipanti all'accordo OCSE sui crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno pubblico in merito alle linee comuni per le prescrizioni sul pagamento in acconto minimo (COM (2024) 459 def.), reperibile su *www.parlamento.it/notes9/web/docuorc2004.nsf/Elencogenerale_Parlamento/6870C8C64EFD059DC1258BB700554237*.

[20] I risultati dello studio condotto dall'OCSE sono riportati in B. FLIESS, E. IDSARDI e R. ROSSOUW, *Export controls and competitiveness in African mining and minerals processing industries*, OECD Trade Policy Papers, n. 204, Parigi, OECD Publishing, 2017.

industrie locali, proprio a causa del deterioramento delle esportazioni relative dei minerali estratti.

Al fine di fare luce sulle politiche distorsive relative alle materie prime, la Commissione europea da alcuni anni finanzia la banca dati dell'OCSE sulle restrizioni all'esportazione[21]. Secondo gli ultimi dati disponibili, risalenti a settembre 2024, le restrizioni alle esportazioni di CRM sono aumentate di oltre cinque volte nell'ultimo decennio. Mentre le quote di importazione e le tasse sulle esportazioni sono le misure più comuni, i divieti di esportazione (dunque, le misure più severe) sono in aumento a partire dal 2022. I rifiuti, i rottami, i minerali e i prodotti di scarto sono quelli che subiscono la maggiore incidenza di restrizioni all'esportazione, a causa di considerazioni di politica industriale e ambientale. Infine, oltre il 20 per cento del commercio di alcuni minerali chiave per la transizione verde ha subito almeno una restrizione all'esportazione nel biennio 2020-2022.

La banca dati dell'OCSE sulle restrizioni all'esportazione costituisce un primo passo fondamentale per sensibilizzare a livello mondiale in merito alle preoccupazioni di natura strategica generate dalla questione. Il luogo più adatto dove affrontare le relative problematiche è senza dubbio l'OMC.

L'Unione europea si è avvalsa più di una volta del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC nel settore delle materie prime critiche. Nel 2012, insieme a Stati Uniti e Giappone, essa è risultata vittoriosa in un procedimento arbitrale contro la Cina, la quale ha quindi dovuto eliminare le proprie restrizioni all'esportazione di terre rare. In quel caso è stato accertato come i dazi cinesi sulle esportazioni di tungsteno e molibdeno, le quote di esportazione della Cina sulle c.d. terre rare e altri tipi di restrizioni (ad esempio, capitale minimo registrato, esperienza pregressa nelle esportazioni e performance nelle esportazioni) sui diritti commerciali delle imprese che esportano c.d. terre rare fossero contrarie al *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), oggi amministrato dall'OMC [22].

Più di recente l'Unione europea, sostenuta dagli Stati Uniti, è risultata vittoriosa in un procedimento di risoluzione delle controversie dell'OMC contro l'Indonesia in merito a una restrizione all'esportazione di nichel. Più nel dettaglio, all'esito del procedimento arbitrale è stato accertato come fossero incompatibili con il GATT le seguenti misure riguardanti alcune materie prime necessarie per la produzione di acciaio inossidabile: restrizioni alle esportazioni di nichel, compreso un vero e proprio divieto di esportazione; requisiti di lavorazione interna per il nichel, il minerale di ferro, il cromo e il carbone; obblighi di commercializzazione interna per i prodotti di nichel e carbone; requisiti di licenza di esportazione per il nichel; e un regime di sovvenzioni vietato[23] .

5. *I rapporti orizzontali tra Unione europea e paesi esportatori: gli accordi commerciali bilaterali e i partenariati strategici*. – Nella strategia portata avanti dall'Unione europea ricoprono un ruolo centrale non solo i rapporti circolari – sopra esaminati – con gli attori globali, quali l'OMC e l'OCSE, ma anche i rapporti orizzontali intrattenuti direttamente dalla stessa Unione europea con i paesi terzi esportatori. Questi rapporti assumono la forma degli accordi commerciali e di investimento bilaterali, degli accordi di seconda generazione sull'agevolazione degli investimenti sostenibili o dei partenariati strategici bilaterali.

---

[21] La banca dati dell'OCSE sulle restrizioni all'esportazione è disponibile in OECD, *OECD Inventory of Export Restrictions on Industrial Raw Materials 2024: Monitoring the use of export restrictions amid market and policy tensions*, Parigi, OECD Publishing, 2024.

[22] Si cfr. procedimento dell'OMC DS431 Cina – Misure relative all'esportazione di terre rare, tungsteno e molibdeno, consultabile su *www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds431_e.htm*.

[23] Si cfr. procedimento dell'OMC DS592 Indonesia – Misure relative a materie prime, consultabile su *www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds592_e.htm*.

Per quanto riguarda la prima tipologia, ovvero gli accordi commerciali e di investimento bilaterali, questi si basano sugli accordi multilaterali e plurilaterali l'OMC sopra esaminati e vengono stipulati dall'Unione europea direttamente con i singoli paesi terzi. Gli accordi bilaterali perseguono un duplice scopo. Da un lato, per il loro tramite l'Unione europea può diversificare le catene di approvvigionamento nel settore delle c.d. terre rare, rafforzando così l'economia europea. Dall'altro lato, gli accordi commerciali bilaterali vanno incontro agli operatori economici europei i quali, in ragione dell'elevata intensità di capitale che connota le attività estrattive e di raffinazione, richiedono nei paesi ricchi di minerali un contesto imprenditoriale prevedibile, stabile e favorevole agli investitori.

Attualmente sono in corso negoziati con l'Australia e l'Indonesia[24], ricche in generale di terre rare e, in particolare, di nichel, ma l'Unione europea dispone già di una vasta rete di accordi commerciali bilaterali che spesso contengono un capitolo dedicato proprio all'energia e alle materie prime. Nel 2018 l'Unione europea e il Messico hanno siglato un nuovo accordo commerciale che, tra le altre cose, contiene misure quali la rimozione dei dazi doganali rimanenti, una garanzia della sostenibilità e lotta alla corruzione, una riduzione delle formalità per gli scambi di prodotti industriali, una agevolazione delle procedure doganali e una garanzia di condizioni commerciali e di concorrenza eque[25].

Nel 2021 è entrato in vigore l'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito, siglato a seguito della Brexit. L'accordo in questione è importante perché non solo tocca molti settori chiave nell'interesse europeo (come, ad esempio, il trasporto aereo e stradale, l'energia e la sostenibilità, la pesca e il coordinamento della sicurezza sociale), ma sancisce anche che le norme in materia di commercio e investimenti sono sostenute da impegni globali in materia di parità di condizioni e sviluppo sostenibile[26].

Più di recente, nel 2023, l'Unione europea e il Cile hanno firmato un accordo quadro avanzato e un accordo commerciale interinale mirati a rafforzare la cooperazione politica e a promuovere gli scambi e gli investimenti. L'accordo in questione contiene un capitolo dedicato all'energia e alle materie prime, che migliora l'accesso degli operatori economici europei a investimenti sostenibili in materie prime critiche come il litio, di cui il Cile è ricco[27].

Nel 2024 è poi entrato in vigore l'accordo di libero scambio UE-Nuova Zelanda. Questo contiene uno specifico capitolo dedicato all'energia e alle materie prime, il quale vieta i monopoli all'esportazione per l'energia o le materie prime, vieta l'intervento pubblico ingiustificato nella fissazione dei prezzi dei prodotti energetici e delle materie prime, nonché vieta l'esportazione o la doppia fissazione dei prezzi qualora i prezzi all'esportazione siano fissati al di sopra dei prezzi interni[28].

La seconda tipologia di accordi orizzontale di cui si avvale l'Unione europea è quella dei c.d. accordi di seconda generazione sull'agevolazione degli investimenti sostenibili. Questi accordi hanno ad oggetto tutti i tipi di investimento in ogni fase dell'investimento medesimo, dall'avvio dunque alla piena operatività. Essi contengono di solito disposizioni sulla semplificazione delle procedure di autorizzazione, sull'istituzione di punti focali che fungano da primo punto di contatto tra gli investitori esteri e l'amministrazione locale, nonché sul

[24] La notizia è riportata nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche a sostegno della duplice transizione* (COM(2023) 165 final).

[25] Il testo dell'accordo è disponibile su *policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement_en*.

[26] Più ampiamente si veda F. FABBRINI (a cura di), *The law & politics of Brexit. Volume V, The Trade and Cooperation Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 2024.

[27] La notizia è riportata su *ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_23_6542*.

[28] Il testo dell'accordo è disponibile su *policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/new-zealand/eu-new-zealand-agreement/text-agreement_en*.

coinvolgimento di portatori di interessi (come, ad esempio, organizzazioni non governative, organizzazioni delle imprese e dei datori di lavoro e operatori commerciali).

Nel 2022 l'Unione europea ha concluso i negoziati per un accordo sull'agevolazione degli investimenti sostenibili con l'Angola[29]. L'accordo include disposizioni sullo sviluppo sostenibile e prescrizioni supplementari in materia di energia e materie prime. Al momento sono inoltre in corso contatti preliminari con la Nigeria circa un potenziale accordo del medesimo tipo[30].

La terza e ultima tipologia è la più innovativa ed è rappresentata dai partenariati strategici, siglati con i paesi con i quali l'Unione europea ha già negoziato o concluso un accordo commerciale e di investimento. Essi promuovono la crescita sostenibile e contribuiscono al rafforzamento delle catene del valore industriali e delle materie prime tra l'Unione europea e il Paese *partner*. Più nel dettaglio, al fine di creare valore all'interno dei confini del paese in via di sviluppo, ciascun partenariato si basa su una tabella di marcia con azioni mirate, concordate nell'ambito di ciascun pilastro, la cui attuazione è monitorata annualmente e, in caso di necessità, modificata.

Nel 2021 sono stati istituiti i primi due partenariati strategici, con il Canada e con l'Ucraina. Il primo si inserisce nel quadro dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) del 2017 tra l'Unione europea e il Canada. Il partenariato ha l'obiettivo di far progredire l'integrazione delle catene del valore delle CRM e rafforzare la collaborazione nel settore delle tecnologie e dell'innovazione. I risultati dell'accordo sono stati importanti[31]. L'Unione europea ha infatti già realizzato investimenti in Canada nei settori dei materiali catodici attivi e sono stati conclusi accordi di *off-take* per la produzione di litio, nichel e cobalto per le batterie. Il Canada, da parte sua, ha compiuto investimenti legati alle c.d. terre rare presenti nel territorio europeo[32].

Nello stesso anno è stato istituito un partenariato strategico con l'Ucraina, paese ricco di c.d. terre rare tra cui, in particolare, di titanio. L'accordo intende sviluppare tre settori chiave di attività: il ravvicinamento dei quadri strategici e normativi in materia di estrazione mineraria; l'integrazione delle catene del valore delle CRM e delle batterie al fine di sviluppare le risorse minerarie dell'Ucraina in modo sostenibile e socialmente responsabile; la collaborazione in materia di ricerca e innovazione, avente ad oggetto materie prime e batterie[33].

Nel novembre 2022 la Commissione ha infine istituito partenariati strategici sulle materie prime sostenibili, le batterie e le catene di valore dell'idrogeno rinnovabile con il Kazakhstan[34] e la Namibia[35].

6. *La regolazione unilaterale: il Regolamento (UE) 2024/1252 sull'approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche*. – Come terza via, percorsa in parallelo a quella del ricorso agli attori globali e alla sottoscrizione di accordi bilaterali con i Paesi *partener*,

[29] Il testo dell'accordo è disponibile su *ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_22_6136*.

[30] La notizia è riportata nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche a sostegno della duplice transizione* (COM(2023) 165 final).

[31] Sul contenuto del partenariato strategico con il Canada si veda Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, *EU and Canada set up a strategic partnership on raw materials*, 21 June 2021, disponbile su *single-market-economy.ec.europa.eu/news/eu-and-canada-set-strategic-partnership-raw-materials-2021-06-21_en#:~:text=The%20partnership%20will%20allow%20both,climate%2Dneutral%20and%20digitalised%20economies*.

[32] La notizia è riportata nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche a sostegno della duplice transizione* (COM(2023) 165 final).

[33] Per un approfondimento si rinvia al comunicato stampa *L'UE e l'Ucraina avviano un partenariato strategico sulle materie prime*, disponibile su *ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_3633*.

[34] La notizia è riportata su *www.eeas.europa.eu/kazakhstan/european-union-and-kazakhstan_en*.

[35] La notizia è riportata su *international-partnerships.ec.europa.eu/policies/global-gateway/implementation-partnership-raw-materials-value-chains-and-renewable-hydrogen-namibia_en.*

l'Unione europea ha più di recente avviato una nuova strategia, ovvero quella della regolazione unilaterale. Riprendendo una espressione ormai famosa, anche se usata in un contesto diverso (quello finanziario), l'Unione europea si conferma così «un gigante regolatorio»[36], ma un nano produttore di c.d. terre rare.

Così, anche nel settore più circoscritto delle c.d. terre rare, è stata adottata una apposita normativa europea. Nel 2024 è infatti entrato in vigore il Regolamento (UE) 2024/1252 sull'approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche, che si fonda su alcuni pilastri. Il primo è quello della definizione di priorità d'azione chiare: entro il 2030 almeno il 10 per cento del consumo annuo europeo per l'estrazione; almeno il 40 per cento del consumo annuo europeo per la trasformazione; almeno il 15 per cento del consumo annuo europeo per riciclaggio; un massimo del 65 per cento del consumo annuo europeo di ciascuna materia prima strategica in qualsiasi fase pertinente della trasformazione può provenire da un unico paese terzo.

Il secondo luogo, vi è l'intenzione di creare catene di approvvigionamento delle materie prime critiche dell'Unione europea che siano sicure e resilienti. A questo fine sono previste la riduzione degli oneri amministrativi e la semplificazione delle procedure di autorizzazione per i progetti relativi a materie prime critiche nel territorio europeo. Inoltre, il Regolamento prevede il monitoraggio delle catene di approvvigionamento delle c.d. terre rare e il coordinamento delle scorte di materie prime strategiche tra gli Stati membri.

Sono poi previsti investimenti in ricerca, innovazione e competenze, con l'istituzione di un partenariato su larga scala per le competenze in materia di CRM e di una accademia per le materie prime. Il pilastro centrale del Regolamento è però quello relativo alla circolarità e alla sostenibilità delle c.d. terre rare. È previsto che gli Stati membri debbano adottare misure nazionali per migliorare la raccolta di rifiuti ricchi di materie prime, nonché garantirne il riciclaggio in materie prime critiche secondarie. Sempre in questa direzione, gli Stati membri e gli operatori economici privati sono chiamati anche a esaminare il potenziale di recupero di materie prime dai rifiuti di estrazione nelle attuali attività minerarie e di trattamento dei rifiuti minerari[37].

7. *Le strategie nazionali: i casi italiano e francese*. – Parallelamente all'Unione europea, alcuni Stati membri, come la Francia e l'Italia, si sono mossi nella direzione di assicurarsi nei prossimi anni il maggiore approvvigionamento possibile di c.d. terre rare.

A seguito del Rapporto *sur la sécurisation de l'approvisionnement en matières premières minérales*, presentato al governo francese a gennaio 2022 dall'ex capo di PSA Peugeot-Citroën, Philippe Varin[38], nel 2023 l'allora ministro dell'industria Roland Lescure ha lanciato un fondo di investimento per i metalli critici con una durata iniziale di venticinque anni. Più nel dettaglio, il governo francese ha istituito un fondo gestito da InfraVia, una società di *private equity*, con l'obiettivo di raccogliere due miliardi di euro. Lo Stato ha contribuito al fondo con 500 milioni di euro attraverso l'agenzia di deposito statale *Caisse des Dépôts*.

---

[36] S. CASSESE, *Le contraddizioni dell'UE: è un gigante regolatorio ma un nano finanziario*, 20 ottobre 2023, disponibile su *www.fondazioneluigieinaudi.it/le-contraddizioni-dellue-e-un-gigante-regolatorio-ma-un-nano-finanziario/#:~:text=L'Unione%20%C3%A8%20un%20gigante,ha%20una%20propria%20politica%20redistributiva*.

[37] Sulle potenzialità del riciclaggio di CRM si vedano W.L. FILHO, R. KOTTER, P.G. ÖZUYAR, I.R. ABUBAKAR, J.H.P.P. EUSTACHIO e N.R. MATANDIROTYA, *Understanding Rare Earth Elements as Critical Raw Materials*, in 15 *Sustainability* (2023), 1919; A. HOOL ET AL., *How companies improve critical raw material circularity: 5 use cases*, in 35 *Mineral Economics* (2022), 325 ss.

[38] Il contenuto del Rapporto è riportato in *www.info.gouv.fr/actualite/investir-dans-la-france-de-2030-remise-au-gouvernement-du-rapport-varin-sur-la-securisation-de-l#:~:text=Le%20plan%20d'investissement%20France,cha%C3%AEnes%20d'approvisionnement%20en%20m%C3%A9taux*.

La parte restante è stata raccolta da InfraVia mettendo insieme il capitale degli operatori privati del settore più direttamente interessati, nonché di numerosi investitori istituzionali desiderosi di contribuire alla transizione energetica[39]. Il fondo in questione investe sia in Francia che a livello globale, puntando sulle catene di approvvigionamento di CRM come il litio, il nichel e il cobalto. Gli investimenti concernono progetti che abbracciano l'intera catena del valore, dall'estrazione alla lavorazione e al riciclaggio.

Per i suoi 500 milioni di euro lo Stato ha attino dal piano *France 2030*. Avviato nel 2021, il piano *France 2030* ha una dotazione di 54 miliardi di euro e ha lo scopo di accelerare la nascita, l'industrializzazione e la crescita delle imprese, in particolare attraverso fondi e fondi di fondi che si concentrano su settori prioritari, quali industrie e sviluppo sostenibile, che stimolano la crescita e creano posti di lavoro a livello nazionale[40].

Anche l'Italia ha avviato una propria strategia nazionale. Il recente d.l. 25 giugno 2024, n. 84 (*Disposizioni urgenti sulle materie prime critiche di interesse strategico*), ha l'obiettivo di definire – nelle more di una disciplina organica del settore delle materie prime critiche – misure urgenti per l'attuazione del regolamento (UE) 2024/1252. A questo fine, esso introduce disposizioni finalizzate all'attuazione di un sistema di governo per l'approvvigionamento sicuro e sostenibile delle materie prime critiche considerate «strategiche» ai sensi della normativa europea.

Il d.l. n. 84/2024 reca inoltre norme volte a stimolare la crescita e il rilancio delle attività di trasformazione ed estrazione delle materie prime critiche per il rafforzamento delle catene di approvvigionamento. A questo fine viene stabilito che il Fondo nazionale del *made in Italy* può essere utilizzato per sostenere anche le attività di estrazione e trasformazione di CRM. Inoltre, vengono modificate le disposizioni per la valorizzazione del patrimonio immobiliare previste dall'art. 33, d.l. n. 98/2011, consentendo a INVIMIT di costituire fondi per investire sia in *asset* immobiliari strumentali all'operatività delle società delle filiere strategiche, sia in strumenti finanziari emessi dalle società delle filiere strategiche il cui rendimento sia collegato ai medesimi asset immobiliari.

8. *Riflessioni conclusive: la difficile ricomposizione delle asimmetrie tra ordinamento europeo e mercato globale delle c.d. terre rare*. – A livello mondiale, oggi la caccia alle c.d. terre rare – ribattezzata *The War Below*[41] – è più aperta che mai. L'accaparramento di CRM è un fenomeno nuovo, sebbene condivida alcune caratteristiche del meno recente e ben noto fenomeno di *land grabbing*. Con questa espressione si intende l'appropriazione di terre in paesi in via di sviluppo da parte di operatori economici stranieri, appropriazione che ha una ricaduta negativa sulle condizioni economiche e sociopolitiche delle popolazioni locali, nonché sull'ambiente a causa di uno sfruttamento intensivo[42].

Queste operazioni commerciali sono finalizzate all'utilizzo agricolo delle terre oggetto degli atti di disposizione, ma spesso anche delle risorse naturali che si trovano al loro interno, come acqua, foreste o miniere. In questo può essere osservato un punto di contatto con il fenomeno qui studiato, sebbene nel caso delle c.d. terre non si assista a un atto di privazione o acquisizione del bene oggetto di *grabbing*.

---

[39] Maggiori informazioni possono essere reperite su *infraviacapital.com/infravia-launches-a-critical-metals-fund/*.

[40] Maggiori informazioni possono essere reperite su *www.economie.gouv.fr/france-2030*.

[41] E. SCHEYDER, *The war below: lithium, copper, and the global battle to power our lives*, London Ithaka, 2024.

[42] Sul fenomeno del *land grabbing* si vedano più ampiamente M. D'ALBERTI, *Commons and Land Grabbing*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, IX, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 25 ss.; M. D'ALBERTI, *L'accaparramento delle terre: tra diritto pubblico e privato*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2016, n. 7, 277 ss.; F. CAPORALE, Land grabbing *e diritto amministrativo. I diritti umani come rimedio all'accaparramento delle risorse naturali e il loro impatto sulle amministrazioni nazionali*, in *Munus*, n. 3, 2018, 849 ss.

Vi sono tuttavia delle eccezioni. Si pensi alla China Molybdenum, società cinese parastatale che nel 2017 ha acquistato la miniera di Tenke in Congo per 2,6 miliardi di dollari. Nella miniera, che contiene una delle più grandi concentrazioni di cobalto al mondo, lavorano anche bambini, spesso a mani nude, in condizioni di lavoro durissime e pericolose. Non solo, l'attività estrattiva sottopone le comunità locali ad elevati livelli di esposizione ai metalli tossici, con conseguente inquinamento dei terreni agricoli e delle falde acquifere[43].

L'analisi condotta nei paragrafi che precedono ha fatto emergere un dato. Nel settore delle CRM è possibile riscontrare una doppia asimmetria. La prima non è peculiare del settore analizzato, ma diretta conseguenza della globalizzazione dei mercati. L'Unione europea e, dunque, i suoi operatori economici si trovano a operare al di fuori dei propri confini, in un mercato che appunto non è regionale. La seconda asimmetria risiede nella intrinseca debolezza dell'attore europeo, debolezza che gli deriva dalla quasi assenza di propri giacimenti minerali, se si escludono quelli polacchi[44] e pochi altri[45].

L'Unione europea si trova dunque nella difficile condizione di dover operare in un mercato che è globale e nel quale assume di fatto il solo ruolo di importatore senza poter esportare. Questa condizione la dota evidentemente di un potere contrattuale molto limitato.

Come si è visto sopra, per superare questa doppia asimmetria vengono ad oggi percorse tre strade. La prima è quella del sostegno agli attori globali e del ricorso ai medesimi. Si è dimostrato sopra come tuttavia in questo frangente il funzionamento dei meccanismi propri dell'OMC e dell'OCSE vada incontro a una certa impasse in ragione della difficoltà di conciliare le posizioni dei principali paesi emergenti e quelle dei paesi industrializzati. Emblematico è il caso esaminato dell'accordo plurilaterale sull'agevolazione degli investimenti per lo sviluppo, la cui negoziazione in senso all'OMC è ferma per l'impossibilità di trovare un consenso unanime. Almeno in questo frangente storico, gli strumenti propri del c.d. *Global Administrative Law* (GAL) appaiono dunque insufficienti[46].

Per questa ragione l'Unione europea sta concentrando i propri sforzi maggiormente sugli altri due strumenti a propria disposizione. In primo luogo, la negoziazione di accordi bilaterali con i paesi partner, molti dei quali siglati proprio negli ultimi anni, tra il 2018 e il 2024. Dall'altro, la regolazione unilaterale e, quindi, l'adozione del recente Regolamento (UE) 2024/1252 sull'approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche. Quest'ultimo, di per sé, è sul piano giuridico inefficace nei traffici internazionali. Tuttavia, assume rilievo sotto due profili.

Da un lato, il meccanismo su cui fa leva l'ordinamento europeo in più settori di mercato è ormai noto ed è quello che Anu H. Bradford ha chiamato *The Brussels effect*[47]. Attraverso

---

[43] La notizia è riportata in R. BARLAAM, *Così la Cina guida la nuova «corsa all'oro» dei metalli rari in Africa*, in *Il Sole 24 ore*, 18 febbraio 2018.

[44] In Europa si segnala la Polonia che produce carbone, rame, argento e zolfo elementare. Sul ruolo della Polonia nelle politiche europee nel settore delle c.d. terre rare si veda K. GALOS, A. KOT-NIEWIADOMSKA e J. KAMYK, *The Role of Poland in the European Union Supply Chain of Raw Materials, Including Critical Raw Materials*, in *Mater. Proc.* 2021, 5, 14.

[45] Più ampiamente sulle CRM che possono essere raccolte entro i confini dell'Unione europea si vedano E. LEWICKA, K. GUZIK e K. GALOS, *On the Possibilities of Critical Raw Materials Production from the EU's Primary Sources*, in 20 *Resources* (2021), 50; K. GUZIK, K. GALOS, A. KOT-NIEWIADOMSKA, T. EEROLA, P. EILU, J. CARVALHO, F.J. FERNANDEZ-NARANJO, R. ARVIDSSON, N. ARVANITIDIS e A. RAANESS, *Potential Benefits and Constraints of Development of Critical Raw Materials' Production in the EU: Analysis of Selected Case Studies*, in 10 *Resources* (2021), 67.

[46] Senza pretesa di esaustività, sul c.d. *Global Administrative Law* (GAL) si vedano B. KINGSBURY, N. KRISCH e R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems* (2005), 15 ss.; S. CASSESE (a cura di), *Research handbook on global administrative law*, Cheltenham, Elgar, 2016; L. CASINI e B. KINGSBURY, *Global Administrative Law Dimensions of International Organizations*, in *International Organizations Law Review* (2009), 319 ss.; E. MORLINO, *Procurement by International Organizations. A Global Administrative Law Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

[47] A. BRADFORD, *The Brussels effect: how the European Union rules the world*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

meccanismi di mercato, l'Unione europea riesce ad esternalizzare le sue regole al di fuori dei propri confini, avviando così un processo di globalizzazione normativa unilaterale. Questo perché gli operatori economici sono portati a conformarsi alle norme europee anche quando operano al di fuori dell'Unione europea. D'altro, si è visto come il Regolamento (UE) 2024/1252 contenga numerose disposizioni sul riciclo di c.d. terre rare, come strategia per ridurre almeno in parte la dipendenza dalle importazioni delle medesime.

Posto che l'Unione europea non sarà mai autosufficiente per quanto riguarda l'approvvigionamento di CRM, la sfida si presenta dunque importante e si muove su più fronti: quello giuridico ed economico, ma soprattutto quello geopolitico perché chi sarà in grado di assicurarsi l'approvvigionamento di c.d. terre rare nei prossimi anni potrà guidare a livello globale la doppia transizione – *green* e digitale – in corso, nonché aumentare le proprie capacità di sicurezza nei settori della difesa e dello spazio[48].

[48] Sul ruolo chiave che le c.d. terre rare assumono nel processo in corso di *energy transition* si veda A. POMMERET ET AL., *Critical raw materials for the energy transition*, in 141 *European Economic Review* (2022).

LIVIA BALDINELLI

L'AMPLIAMENTO DEI CONFINI DELLE IMPRESE: IL CASO LOTTOMATICA-IGT

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le forme di regolazione del settore dei giochi e delle scommesse. – 2.1 Un quadro eterogeneo. – 2.1 L'assenza di armonizzazione a livello europeo. – 2.2 Tentativi di predisposizione di standard a livello internazionale. – 3. Arbitraggio regolamentare, gioco *online* e possibile pregiudizio per gli interessi pubblici. – 4. Quadro regolatorio frammentario e costi di *compliance* per le imprese: il caso Lottomatica-IGT. – 4.1 Il quadro regolatorio statunitense. – 4.2 Il quadro regolatorio italiano. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione.* – Se si guarda alla struttura del mercato del settore dei giochi e delle scommesse, risulta evidente la sua internazionalizzazione e la concentrazione delle imprese in esso operanti in estese multinazionali[1].

L'ampliamento dei confini delle imprese – e delle attività da esse svolte, specialmente in considerazione dell'espansione del settore *online* – non ha però portato con sé né la creazione una disciplina uniforme né l'emersione di significative forme di coordinamento tra Stati, lasciando al contrario intatto un quadro regolatorio piuttosto frammentato, composto dalle varie normative nazionali in materia, che rischia di rivelarsi inadeguato in un contesto in cui i confini dello Stato e quelli del settore che quest'ultimo vuole regolare non corrispondono più[2].

Il presente contributo, dopo aver delineato brevemente le soluzioni adottate nei vari ordinamenti per disciplinare il settore dei giochi e delle scommesse, mira a porre in luce le ripercussioni negative derivanti dalla mancanza di uniformità delle regole, non solo in termini di pregiudizio degli interessi pubblici tutelati dalle discipline nazionali, ma anche in termini di alti costi di *compliance* per le imprese attive nel settore.

In particolare, analizzando il caso di International Game Technologies PLC (IGT), particolare attenzione verrà prestata alla diversa prospettiva adottata nel regolare la materia da parte dei due Stati all'interno dei quali quest'ultima è attiva, ossia Italia e Stati Uniti, nel tentativo non solo di dare conto dei più recenti sviluppi ma anche di meglio comprendere se a modelli regolatori *prima facie* profondamente differenti corrisponda anche una diversità sostanziale degli obiettivi da essi perseguiti.

2. *Le forme di regolazione dei giochi e delle scommesse*

2.1. *Un quadro eterogeneo.* –

La regolazione dei giochi e delle scommesse risulta essere ad oggi nettamente prevalente rispetto tanto a divieti generalizzati quanto a mercati interamente liberalizzati, e questo per molteplici motivi, tra loro potenzialmente in contrasto. Troviamo infatti innanzitutto una serie di ragioni strettamente legate ad esigenze di tutela dell'ordine pubblico, che vedono nella regolazione uno strumento in grado di evitare una gestione illegale di tali attività, tramite la sottoposizione di queste ultime al controllo dello Stato. Vi sono anche finalità di tutela del consumatore e soprattutto ragioni di carattere prettamente fiscale, riconducibili alla grande remunerativà di un settore che tradizionalmente consente all'erario di trarre un cospicuo gettito fiscale.

A grandi linee, a livello operativo, l'intervento regolatorio dello Stato può assumere principalmente due forme: da un lato può sostanziarsi in un monopolio all'interno del quale le

[1] Sulla crescente rilevanza acquisita dalle multinazionali e, più in generale, sull'evoluzione del mercato dei giochi e delle scommesse, si rimanda, *ex multis*, a P. SULKUNEN ET AL., *Gambling control regimes*, in *Setting limits: Gambling, Science and Public Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

[2] In generale, sull'arretramento della sovranità dello Stato nei rapporti con l'economia, anche alla luce della diffusione delle multinazionali, si rimanda a S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002.

attività dei giochi e delle scommesse sono condotte da società interamente controllate dallo Stato, dall'altro può invece tradursi nella creazione di sistemi nei quali i privati possono operare all'interno del mercato previo ottenimento di concessioni e licenze[3].

Quale che sia la soluzione adottata, e lasciando da parte riflessioni più approfondite sulla maggiore adeguatezza dell'uno o dell'altro modello nel consentire il perseguimento degli obiettivi cui la regolazione è volta[4], appare opportuno sottolineare fin d'ora il possibile conflitto tra tali finalità. Tale conflitto discende dalla duplice natura dei giochi e delle scommesse. Se da una parte rappresentano un fenomeno da sottoporre ad un pervasivo controllo pubblico per i possibili effetti negativi correlati alla ludopatia, dall'altra costituiscono anche un'entrata a cui lo Stato non può rinunciare. Da qui anche l'anfibologico spirito che anima quest'ultimo nel regolare il settore. Lo Stato, da un lato, è spinto da un intento quasi pedagogico, che risente anche in una certa misura del disvalore etico tradizionalmente attribuito al gioco[5]; dall'altro, contraddittoriamente, è mosso dalla esigenza di non poter rinunciare agli introiti che derivano dalla tassazione dei giochi e delle scommesse.

2.2. *L'assenza di armonizzazione a livello europeo.* – La scelta del regime regolatorio da adottare, così come l'obiettivo da perseguire tramite esso e la scelta del livello di protezione appropriato, costituisce una prerogativa anche degli Stati membri dell'Unione europea, che dispongono di un ampio potere discrezionale in materia, e ciò alla luce dell'assenza di armonizzazione a livello europeo del settore, che ha portato a escludere quest'ultimo anche dall'ambito di applicazione della direttiva servizi[6] e della direttiva sul commercio elettronico[7]. Ciò ha indirettamente portato anche a escludere un obbligo da parte dello Stato di riconoscere rilievo a titoli abilitanti ottenuti da un operatore straniero nello Stato membro d'origine, in controtendenza con il principio del mutuo riconoscimento[8].

La ragioni sottese a tale fenomeno emergono chiaramente da una rapida analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Per quanto le attività di organizzazione e offerta di giochi

[3] Se si guarda al quadro europeo, comunque, il secondo modello appare attualmente più diffuso, in quanto considerato maggiormente in grado di soddisfare la richiesta dei giocatori di accedere ad un'offerta più ampia, garantendo al contempo un elevato grado di protezione per i giocatori stessi. Per questo motivo, il segretario generale della *European Gaming & Betting Association*, Maarten Haijer, ha invitato la Norvegia – ossia uno dei pochi Paesi europei con un regime di monopolio dei giochi e delle scommesse – a passare ad un modello competitivo basato sulle licenze, e ciò anche alla luce della diffusione del gioco *online* (sul punto la notizia pubblicata sul sito dell'EGBA, *Norway: EGBA Encourages Transition to A Licensing Model for Online Gambling*, 15/09/2023).

[4] Per un'analisi comparata dell'adeguatezza dei due modelli a perseguire i sopracitati obiettivi di salute pubblica si veda ad esempio S. PLANZER ET AL., *Associations Between National Gambling Policies and Disordered Gambling Prevalence Rates Within Europe*, in 37 *International Journal of Law and Psychiatry* (2014), 217 ss., mentre sui possibili effetti dei diversi modelli regolatori sulla capacità di rimpinguare l'erario si rimanda a V. MARIONNEAU ET AL., *Does the System Matter? Surplus Directed to Society in Monopolistic and License-Based Gambling Provision*, in 49 *Journal of Gambling Issues* (2022), 68.

[5] Sulle ripercussioni del disvalore morale attribuito al gioco sulla regolazione di esso si rimanda a P. SULKUNEN ET AL., *The history of gambling regulation and the rise of the industry*, in P. SULKUNEN, *Setting Limits*, cit.

[6] Direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, art. 2, comma 2, lett. h).

[7] Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

[8] In questo senso Corte giust. UE, 12 settembre 2013, causa C-660/11, *Biasci*, in cui i giudici di Lussemburgo hanno considerato compatibile con il diritto unionale la normativa italiana, che imponeva a società già debitamente autorizzate all'esercizio di attività di scommesse in altri Stati membri di ottenere un'ulteriore autorizzazione di polizia per esercitare le medesime attività sul territorio italiano. Si veda anche Corte giust. UE, 8 settembre 2009, *Liga Portuguesa*, causa C-42/97, in cui è stato escluso anche un obbligo in capo allo Stato ospitante a verificare l'eventuale equivalenza degli standard di tutela fissati dal diritto nazionale dello Stato d'origine (scelta questa criticata ad esempio da V. YACNCHEV, *Between the Hammer and the Hard Place: European Gambling Regulation in the Post-Santa Casa Era*, in *European Business Law Review*, 2012, 213 ss.).

e scommesse costituiscano pacificamente attività di servizi ai sensi dell'art. 57 TFUE[9] e per quanto, conseguentemente, ogni divieto per un operatore stabilito in un altro Stato membro di offrire il proprio servizio all'interno del mercato di un altro Stato possa essere considerato alla stregua di una restrizione della libertà di stabilimento *ex* art. 49 TFUE[10], i giudici di Lussemburgo hanno comunque ammesso la possibilità di giustificare le misure restrittive adottate dagli Stati sulla base dei motivi di interesse generale espressamente elencati dall'art. 52 o riconosciuti in via pretoria dalla Corte[11]. Ad ogni modo, appare opportuno ricordare come – per evitare indebite restrizioni della libertà di stabilimento – nella giurisprudenza della CGUE sia costante il richiamo alla necessità di verificare che le misure adottate dal singolo Stato membro siano, da un lato, proporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti, dall'altro, accompagnate da un quadro normativo generale anch'esso in linea con questi ultimi[12], garantendo inoltre un controllo efficace sul monopolista o sui concessionari.

Rimandando a un'altra sede la riflessione sulla possibilità di giustificare le discipline restrittive adottate a livello nazionale sulla scorta degli interessi generali di cui all'art. 52 TFUE nel momento in cui tali discipline sembrano essere invece animate principalmente dalla volontà da parte del legislatore di assicurare gettito fiscale all'erario[13] – e questo anche alla luce del fatto che la Corte di giustizia ha a più riprese considerato l'incremento degli introiti erariali quale conseguenza accessoria delle misure restrittive stesse[14], quindi non la ragione della loro presenza –, vale la pena sottolineare come l'assenza di armonizzazione possa ripercuotersi sulla possibilità di conseguire la tutela del consumatore pure prevista a livello europeo dalla Commissione, in una raccomandazione del 2014 sulla protezione dei giocatori nel gioco

[9] In questo senso Corte giust. UE, 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*, in particolare punto 25; Corte giust. UE, 21 ottobre 1999, causa C-67/98, *Zenatti*, in particolare punto 24; Corte giust. UE, 8 settembre 2010, causa C-316/07, *Stoß*, in particolare punti 56 e 57.

[10] Sulla possibilità di considerare l'attività di raccolta di scommesse da parte di un'impresa con sede in uno Stato membro tramite l'intermediazione di una organizzazione di agenzie situate in un altro Stato membro come rientrante all'interno dell'ambito di applicazione dell'art. 49 in materia di libertà di stabilimento si veda Corte giust. UE, 6 novembre 2003, causa C-243/01, *Gambelli*, in particolare il punto 45.

[11] Corte giust. UE, 22 gennaio 2015, causa C-463/13, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, in particolare al punto 47. Qui la Corte, al punto 29, con particolare riferimento ai monopoli pubblici, ha affermato che uno Stato, nel caso in cui voglia garantire un livello di protezione del giocatore particolarmente elevato, possa «legittimamente ritenere che soltanto la concessione di diritti esclusivi ad un organismo unico soggetto ad uno stretto controllo da parte delle autorità pubbliche sia idonea a consentire a queste ultime di governare i rischi connessi al settore dei giochi d'azzardo e di perseguire gli obiettivi della prevenzione dell'incitamento a spese eccessive legate al gioco e della lotta alla dipendenza dal gioco in modo sufficientemente efficace». Al di là della possibilità di giustificare le misure restrittive sulla base di interessi generali, è interessante peraltro notare come nelle proprie conclusioni nel caso *Liga Portuguesa*, l'Avvocato Generale Bot abbia sottolineato come la concorrenza tra operatori di servizi di gioco via internet non costituirebbe neppure una «fonte di progresso e di sviluppo» per la collettività europea: da qui l'ampia discrezionalità accordata agli Stati membri nel regolare il settore.

[12] Ad esempio, in Corte giust. UE, 8 settembre 2010, C-46/08, *Carmen Media Group*, punto 68, la Corte ha affermato che il fatto che «le autorità competenti conducano dunque politiche intese ad incoraggiare la partecipazione agli stessi piuttosto che a ridurre le occasioni di gioco e a limitare le attività in tale settore in modo coerente e sistematico, produce la conseguenza che l'obiettivo di prevenzione dell'incitamento a spese eccessive legate al gioco e di lotta contro la dipendenza da quest'ultimo, il quale era alla base dell'istituzione del citato monopolio, non può più essere efficacemente perseguito mediante quest'ultimo, sì che esso cessa di essere giustificabile in riferimento all'art. 49 CE», sottolineando così la necessità di inquadrare le misure concessorie o di istituzione di monopoli all'interno del contesto normativo complessivamente considerato.

[13] Sul punto si veda S.L. RUJU, *Spunti critici in tema di costituzionalità dei c.d. monopoli fiscali*, in *Riv. dir. fin.*, 1971, 249 ss. Con specifico riguardo alla duplice finalità perseguita dal legislatore italiano mediante la riserva statale (su cui meglio *infra*) si veda L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, 2012, 309 ss.

[14] In questo senso, *ex multis*, Corte giust. UE, *Schindler*, in particolare punti 57 e 60; Corte Giust., *Gambelli*, in particolare punti 61 e 62; Corte giust. UE, 15 settembre 2011, causa C-347/09, *Dickinger e Ömer*, in particolare punto 55; Corte giust. UE, 11 giugno 2005, causa C-98/14, *Berlington*, in particolare punti 60 e 61.

online[15]. Difatti, come è stato sottolineato in un recente *report*, pubblicato dalla City University di Londra[16], i giocatori *online* sarebbero esposti a forme di tutela inadeguate e profondamente differenziate a seconda dello Stato membro considerato nel caso specifico, frustrando così gli obiettivi della raccomandazione, che al contrario invita gli Stati a garantire un generalizzato elevato livello di protezione ai consumatori mediante, ad esempio, misure di identificazione del giocatore. Nello specifico, secondo la ricostruzione dei ricercatori, un solo Stato, ossia la Danimarca, avrebbe integralmente dato seguito alla raccomandazione, per il resto lasciando un quadro delle misure di protezione profondamente differenziato, mostrando così una significativa frizione tra il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri – che hanno paradossalmente reagito alle pressioni provenienti dall'Unione per un mercato unico digitale adottando misure sempre più restrittive, e questo per proteggere gli introiti dalle regole sul libero mercato transfrontaliero[17] – e la necessità di assicurare forme di tutela uniformi all'interno di un mercato sempre più interconnesso[18].

2.3.*Tentativi di predisposizione di standard a livello internazionale.* – Le profonde differenze tra i regimi regolatori – presenti, come appena sottolineato, anche all'interno dell'Unione europea – non hanno però impedito tentativi di predisposizione di standard uniformi a livello internazionale, e questo in considerazione dell'espansione del gioco *online* che – come si vedrà meglio in seguito – ha mostrato le debolezze di un approccio non più prettamente nazionale.

Tali tentativi, tuttavia, non sono stati perseguiti mediante accordi internazionali – e questo essenzialmente in considerazione delle natura tradizionalmente nazionale della regolazione dei giochi e delle scommesse[19] – bensì attraverso l'accreditamento su base volontaria da parte degli operatori privati presso organizzazioni indipendenti quali ad esempio la *World Lottery Association* (WLA) oppure, a livello europeo, la *European Lotteries* (EL), con l'obiettivo primario di dimostrare l'impegno dell'impresa per la responsabilità sociale e, conseguentemente, di ottenere legittimazione non solo presso i giocatori ma anche presso le autorità nazionali di regolazione[20]. Nello stesso senso appare opportuno ricordare anche

---

[15] Raccomandazione 2014/478/UE del 14 luglio 2014 sui principi per la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo *online* e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo *online*.

[16] *Consumer Protection in EU Online Gambling Regulation – Review of the implementation of selected provisions of European Union Commission Recommendation 2014/478/EU across EU States*, disponibile su: *www.egba.eu/uploads/2018/12/181206-Consumer-Protection-in-EU-Online-Gambling-EBGA-Report-December-2018.pdf*.

[17] In questo senso S. KINGMA, *The Liberalization and (Re)Regulation of Dutch Gambling Markets: National Consequences of the Changing European Context*, in 2 *Regulation and Governance* (2008), 445.

[18] Oltre alle considerazioni legate alla necessità di tutela uniforme dei consumatori, un recente studio del Parlamento europeo (disponibile su: *www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2019/09-02/Study_DSM_economic_benefits_EN.pdf*) ha anche sottolineato come l'inclusione del gioco *online* all'interno dell'ambito di applicazione della direttiva UE/2019/770 del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e servizi digitali, porterebbe circa 7 miliardi di risparmi per i consumatori e per le imprese attive nel settore (a dimostrazione di quanto, come verrà approfondito *infra*, una regolazione uniforme dei giochi e delle scommesse possa portare benefici notevoli anche agli operatori presenti sul mercato).

[19] Questo ha portato anche a un ruolo piuttosto marginale dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) nel disciplinare la materia. Tale soggetto, infatti, al momento sembra occuparsi solo di presunte violazioni del diritto commerciale internazionale commesse da parte di singoli Stati nell'adottare misure restrittive all'offerta transfrontaliera di servizi di giochi e scommesse. Un esempio in tal senso è dato da una risalente controversia tra Stati Uniti e Antigua e Barbuda, in cui se, da un lato, l'OMC ha censurato il divieto imposto dagli Stati Uniti al gioco *online* nei confronti di operatori aventi la propria sede in un paese terzo in quanto contrario al GATS, dall'altro ha anche ricordato comunque come l'art. 14, lett. a), del GATS consenta di limitare il libero commercio qualora le restrizioni si rendano necessarie per la salvaguardia della morale pubblica o dell'ordine pubblico (sul punto si veda M. TRIMBLE, *Extraterritorial Enforcement of National Laws in Connection with Online Commercial Activity*, in *Research Handbook on Electronic Commerce Law*, a cura di J.A. Rothschild, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, p. 15).

[20] Sulle finalità e le modalità dell'accreditamento si veda M. AUER e M.D. GRIFFITHS, *Behavioral tracking tools, regulation and corporate social responsibility in online gambling*, in 17 *Gambling Law Review and Economics* (2013), 579.

l'eCOGRA (*eCommerce Online Gaming Regulation and Assurance*), agenzia indipendente che si occupa di garantire la sicurezza e l'integrità del gioco *online*: negli anni quest'ultima è passata dal rappresentare un sistema di auto-regolazione dell'industria delle scommesse al costituire un punto di riferimento per gli enti regolatori[21], che ad esempio si affidano alle certificazioni eCOGRA per verificare gli standard di tutela del giocatore garantiti dalla singola impresa, mostrando così come degli standard elaborati da un soggetto indipendente, attivo a livello internazionale, possano indirettamente contribuire a creare un panorama maggiormente uniforme, e questo anche mediante la condivisione di *best practices*.

L'accreditamento cui si accennava in precedenza avviene tuttavia su base volontaria: non sono mancate pertanto proposte volte a fissare degli standard di tutela – ma anche ad introdurre strumenti volti a favorire lo scambio di informazioni tra autorità di regolazione nazionali riguardo le procedure per il rilascio di licenze, per rendere queste ultime più uniformi – mediante veri e propri accordi da concludere sotto l'egida dell'OMC[22]. In ogni caso, a prescindere dalla sede in cui concludere tali accordi, è stata più in generale richiamata la necessità di introdurre standard internazionali obbligatori. Questo non solo per porre un rimedio all'inevitabile minore portata dei codici di condotta volontari, ma anche per porre l'accento sulla responsabilità condivisa di governi e imprese nell'assicurare un'adeguata protezione dei consumatori[23]. Ciò senza dimenticare la rilevanza della co-regolazione, la quale si rivela di fondamentale importanza in un momento in cui, come anticipato, il mercato dei giochi e delle scommesse risulta concentrato in grandi multinazionali, rendendo la loro regolazione particolarmente difficile per autorità nazionali[24].

3. *Arbitraggio regolamentare, gioco* online *e possibile pregiudizio per gli interessi pubblici.* – L'espansione del gioco *online*, cresciuto esponenzialmente negli ultimi anni e – secondo alcuni studi[25] – destinato a crescere ancora, oltre a dare la spinta per i primi tentativi di regolazione a livello internazionale, ha mostrato l'intrinseca debolezza dei regimi regolatori nazionali, e ciò in ragione della natura sovranazionale del contesto *online*.

---

[21] Significativo è, ad esempio, l' accordo tra l'eCOGRA e il Dipartimento per la cultura, i media e lo sport britannico, con il quale l'agenzia ha messo a disposizione del secondo il proprio *expertise*. Come sottolineato in B. BEEM e J. MIKLER, *National regulations for a borderless industry: US versus UK approaches to online gambling*, in 30 *Policy and Society* (2011), peraltro, tale collaborazione permetterebbe inoltre al regolatore britannico – mediante un'opera di reciproca condivisione di *best practices* – di estendere indirettamente la portata territoriale del quadro regolatorio del Regno Unito.

[22] Si veda in tal senso M. TRIMBLE, *Proposal for an International Convention on Online Gambling*, in N. PINDELL, A. CABOT, *Regulating Internet Gaming: Challenges and Opportunities*, Las Vegas, UNLV Gaming Press, 2013.

[23] Sul punto si rimanda a S.M. GAINSBURY ET AL., *Recommendations for international gambling harm-minimisation guidelines: Comparison with effective public health policy*, in 30 *Journal of Gambling Studies* (2014), 771. In particolare, a p. 781 viene sottolineato che «The benefits of aligning regulation between jurisdictions include the promotion of international consumer protection standards and sharing resources such as research on best practice and the development of effective responsible gambling resources. Importantly, harm minimisation policies should be implemented as enforceable regulations, as opposed to voluntary codes of conduct. This is important to convey the responsibility of both governments and industry to ensure consumers are adequately protected».

[24] In questo senso M. EGERER e V. MARIONNEAU, *Blocking measures. Against offshore online gambling: a scoping review*, in 24 *International Gambling Studies* (2024), 36. In particolare, a p. 48, viene affermato: «National-level measures may nevertheless not be sufficient in the long run. The online gambling market is becoming increasingly concentrated in multi-national companies, following mergers and a geographical (cross-national) expansion. The regulation of these powerful corporations, as in the case of any multi-national actors, remains challenging for national regulators. Models of co-regulation have emerged as one solution to the limited possibilities of national governments to regulate transnational online environments and to involve corporations in their own regulation». A tal proposito, dagli autori viene richiamato anche lo schema di c.d. *governance triangle* (tra Stati, multinazionali e ONG), teorizzato in K. W. ABBOTT e D. SNIDAL, *Strengthening international regulation through transmittal new governance: Overcoming the orchestration deficit*, in 42*Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2021), 501.

[25] Per un'analisi in prospettiva si rimanda allo studio di MORDOR INTELLIGENCE, *Online Gambling Market Growth – Industry Analysis, Size & Forecast report*, disponibile su: *www.mordorintelligence.com/industry-reports/online-gambling-market.*

Difatti, quest'ultimo, oltre a richiedere di considerare una serie di questioni che invece non emergono – o emergono in misura minore – nel gioco c.d. terrestre[26], in termini più generali rischia di minare la sovranità degli Stati, i quali – in considerazione della natura sovranazionale dell'*online* – non riescono a regolare in modo adeguato quest'ultimo per via del suo ancoraggio nazionale[27].

Un ulteriore elemento di complessità, che si insinua proprio nelle aree grigie nelle quali lo Stato non riesce ad arrivare, è costituito dal c.d. *offshore gambling*, termine con il quale si definiscono i giochi e le scommesse *online* su siti che non sono regolati oppure che sono illegali nel paese in cui si trova il giocatore[28].

Questo fenomeno appare essere direttamente collegato all'espansione dell'*online*, che permette ai fornitori di servizi di giochi e scommesse di stabilirsi ovunque nel mondo e prestare poi i propri servizi altrove; più nello specifico, ricorrendo al c.d. arbitraggio regolatorio, gli operatori economici hanno la possibilità di stabilirsi in Paesi caratterizzati da una regolazione più permissiva[29], per poi operare in altri Stati, eludendo così i regimi regolatori da questi disposti. Emblematico in questo senso il caso delle Filippine, Paese scelto da un gran numero di società attive nel settore del *gambling*. Per reagire a tale fenomeno, nel luglio 2024 il presidente Ferdinand Marcos – recependo tra l'altro un invito in tal senso da parte dell'ambasciata cinese[30] e mostrando l'importanza di una stretta collaborazione tra autorità di regolazione, di primaria importanza in un'industria del gambling sempre più globalizzata[31] – ha messo al bando i c.d. POGO (*Philippines offshore gambling operators*), spesso operanti in Cina, paese in cui il gioco è vietato, e ciò sulla base dei collegamenti di tali soggetti con attività criminose e, più in generale, in considerazione delle ripercussioni negative delle attività da essi condotte in termini di pregiudizio alla stabilità sociale.

Per combattere le attività *offshore* – la cui rilevanza all'interno del singolo mercato sembra dipendere dalle scelte regolatorie effettuate dell'autorità nazionale, potendo essere osservata una diretta correlazione tra la diffusione di tale fenomeno e la presenza di regimi di monopolio[32] – gli Stati ricorrono principalmente a divieti *ad hoc*, che impediscono *in toto* l'accesso ai siti

[26] Sulle specificità del gioco *online*, come ad esempio le maggiori capacità di creare dipendenza, si veda, *ex multis*, I. FIEDLER, *Regulation of online gambling*, in 7 *Economics and Business Letters* (2018), 162. Conseguentemente, sulle particolari modalità di tutela del consumatore nel gioco *online*, si rimanda a V. MARIONNEAU ET AL., *Gambling harm prevention and harm reduction in online environments: a call for action*, in *Harm Reduction Journal* (2023).

[27] Si rende perciò necessaria quella che è stata definita *governance beyond the State* (sul punto si veda ad esempio M. FLYVERBOM e B. SVEN, *Internet regulation: Multi-stakeholder participation and authority*, in *Critical perspectives on private authority in global politics*, a cura di H.K. Hansen e D. Salskov-Iversen, London, Palgrave Macmillan, 2008, 72.

[28] In S. GAINSBURY ET AL., *Consumer engagement with and perceptions of offshore online gambling sites*, in 20 *New Media & Society* (2018), 2990, i siti di gioco *offshore* vengono definiti come «sites that do not have local licenses but accept gamblers in contravention to local regulations, in contrast to domestically licensed online gambling providers», a conferma di come il gioco illegale danneggi non solo i consumatori ma anche le imprese operanti (legalmente) nel mercato.

[29] Sull'arbitraggio regolatorio nel settore dei giochi e delle scommesse si veda anche M. GNES, *La scelta del diritto*, Milano, Giuffrè, 2004.

[30] Si veda l'estratto del comunicato dell'ambasciata reso disponibile in inglese ad esempio da SBC Eurasia, disponibile su: *sbceurasia.com/en/2024/06/19/chinese-embassy-clashes-with-philippines-on-pogo-measures/*.

[31] La rilevanza della collaborazione tra regolatori, ma anche tra essi e le società attive nel settore, è stata anche sottolineata nella conferenza annuale della *International Association of Gaming Regulators* (IAGR) e della *International Masters of Gaming Law* (IMGL) tenutasi a Roma nell'ottobre 2024. Per una panoramica dei temi trattati si veda *Highlights, insights and trends from IAGR and IMGL Rome 2024 conference* (disponibile su: iagr.org/conference/highlights-insights-and-trends-from-iagr-and-imgl-rome-2024-conference/).

[32] Con specifico riguardo ai paesi del Nord Europa, questa correlazione viene sottolineata in J. NIKKINEN e V. MARIONNEAU, *On the efficiency of Nordic state-controlled gambling monopolies*, in 38 *Nordic Studies on Alcohol and Drugs* (2020), 212.

offshore oppure il solo pagamento su questi effettuati, accompagnando spesso tali divieti a stringenti regole in materia di pubblicità[33].

Al di là delle soluzioni adottate a livello nazionale[34] e all'efficacia di esse[35], ciò che sembra opportuno sottolineare è la crescente globalizzazione del settore, accelerata dalle nuove tecnologie, che, unita alla mancanza di un approccio globale, ha portato ad affievolire l'efficacia dei regimi regolatori nazionali[36], mostrando al contempo la crescente centralità della collaborazione tra le varie autorità di regolazione.

4. *Quadro regolatorio frammentario e conseguenti costi di compliance per le imprese***. –** A prescindere dalla natura *online* dei giochi e delle scommesse, i mercati a questi relativi appaiono oggi tra loro fortemente interconnessi anche per un altro motivo, ossia per la crescente presenza all'interno di essi di grandi multinazionali.

Mentre gli interessi pubblici rischiano di essere pregiudicati, come sottolineato nel precedente paragrafo, dall'arbitraggio normativo consentito da un quadro regolatorio profondamente differenziato, che permette alle società attive nel settore di collocare la propria sede in Paesi aventi una normativa più favorevole, e da una maggiore facilità di accesso al mercato mondiale, resa possibile dal ricorso allo strumento telematico, le multinazionali – come anticipato in apertura – non solo subiscono l'indebita concorrenza degli operatori che gestiscono il gioco *offshore*, ma pagano il prezzo della frammentazione dei regimi regolatori in termini di crescenti costi di *compliance* nei paesi all'interno dei quali sono attive.

Esaminando i mercati nei quali è attiva International Game Technology PLC (IGT) – ossia uno dei maggiori attori nel settore dei giochi e delle scommesse a livello globale, nato dall'acquisizione dell'americana *Gtech corporation* da parte dell'italiana Lottomatica S.p.A. e dalla successiva fusione del gruppo con International Game Technology Inc. –, e più in particolare prendendo in considerazione le attività legate alle lotterie, questo paragrafo vuole dar conto delle profonde differenze intercorrenti tra i due maggiori regimi regolatori cui IGT è sottoposta, ossia quello italiano e quello statunitense: difatti, come anche sottolineato nell'ultimo *annual report* della multinazionale[37], quest'ultima si trova già ad affrontare i rischi legati ad una disciplina vasta e complessa, e le differenze tra regimi regolatori altro non fanno che contribuire a rendere più complicato il rispetto dei requisiti imposti dai singoli Paesi[38].

4.1. *Il quadro regolatorio statunitense.* – Negli Stati Uniti, il settore delle lotterie è stato oggetto di alterne vicende, che hanno portato i regolatori a cambiare radicalmente approccio

[33] Un esaustivo esame dei divieti imposti al gioco *offshore* negli Stati membri dell'Unione europea è offerto da J. HÖRNLE ET AL., *Evaluation of regulatory tools for enforcing online gambling rules and channeling demand towards controlled offers*, Publications Office of the European Union, 2019.

[34] Per un'interessante analisi comparata tra Regno Unito e Stati Uniti si rimanda a B. BEEM e J. MIKLER, *National regulations for a borderless industry: US versus UK approaches to online gambling*, cit.

[35] Per una panoramica degli studi condotti recentemente sull'efficacia dei divieti si rimanda a M. EGERER e V. MARIONNEAU, *Blocking measures. Against offshore online gambling: a scoping review*, cit.

[36] Come efficacemente affermato in E. SUTHERLAND, *Internet governance: Gambling on the Periphery*, 25th European Regional Conference on the International Telecommunications Society (ITS), 22-25 giugno 2014: «The Internet is characterised as open and generative, boosting social development and economic growth, yet unavoidably there are negative developments such as cybercrime and the distribution of prohibited goods and services. Gambling is one such service, with the Internet having been used by entrepreneurs and criminals to tear down or tunnel through long established restrictions and proscriptions, erected in order to protect societies and vulnerable individuals».

[37] United States Security and Exchange Commission, *Annual report pursuant to section 13 or 15(d) of the securities exchange act of 1934*, International Game Technology PLC, disponibile all'indirizzo: *www.sec.gov/Archives/edgar/data/1849867/000184986724000020/tmb-20231231x11k.htm.*

[38] *Ibidem*., p. 11: «The Company's activities are subject to extensive and complex governmental regulation, including restrictions on advertising, increases in or differing interpretations by authorities on taxation, limitations on the use of cash, and anti-money laundering compliance procedures. These regulatory requirements are constantly evolving and may vary from jurisdiction to jurisdiction».

negli ultimi sessant'anni. Considerate a lungo un vizio inaccettabile, le lotterie sono state proibite in ogni Stato dal 1894 al 1964[39] – anno della prima legalizzazione nel New Hampshire –, mentre oggi sono diffuse nella quasi totalità del Paese[40]. Questo cambiamento, dovuto principalmente alla volontà degli Stati federati di accrescere le entrate statali senza dover alzare le tasse, ha portato a presentare le lotterie come un vero e proprio servizio pubblico, in grado di generare benefici per la collettività complessivamente considerata mediante il finanziamento ad esempio di educazione e infrastrutture, radicalmente modificando la percezione di esse da parte degli americani e rendendo le lotterie un'irrinunciabile fonte di entrate per l'erario[41].

La riabilitazione non ha però portato a considerare le lotterie come una qualsiasi attività economica: la legalizzazione di queste – che di norma costituiscono un monopolio in mano allo Stato[42] – è sempre stata infatti accompagnata dalla predisposizione di un regime regolatorio, che è avvenuta al livello del singolo Stato, riproducendo ancora una volta la medesima frammentarietà che caratterizza il contesto internazionale. Difatti, a parte sporadici interventi del legislatore federale, volti principalmente a combattere frodi e infiltrazioni da parte criminalità organizzata[43], la regolazione delle lotterie è stata affidata ai legislatori statali che – a parte minime variazioni[44] – hanno subordinato le lotterie al controllo di funzionari statali, responsabili tra le altre cose del perseguimento delle finalità di queste ultime, prima fra tutte l'incremento (o almeno il mantenimento) delle entrate pubbliche.

A tal proposito, appare importante sottolineare come il *focus* del legislatore statale, in generale, sia stato principalmente sulla necessità di garantire entrate costanti per l'erario, e questo anche in considerazione delle importanti politiche pubbliche il cui finanziamento dipende esattamente dalla tassazione sulle lotterie. Se, da un lato, tale approccio appare in linea con le motivazioni che hanno portato a legalizzare queste ultime, dall'altro – secondo la prospettiva adottata da alcuni autori – questo potrebbe portare ad un conflitto di interessi tra incremento del gettito e protezione dei consumatori[45].

---

[39] Per una ricostruzione in prospettiva storica si veda C.T. CLOTFELTER e P.J. COOK, *Selling Hope: State Lotteries in America*, 1989.

[40] Ad oggi le lotterie sono ancora assenti in Alabama, Alaska, Hawaii, Utah e Nevada, dove l'assenza è volta ad evitare una concorrenza con i casinò.

[41] Per una panoramica aggiornata delle entrate nei singoli Stati si rimanda a STATISTA, *Sales of lotteries in the U.S. 2023, by State*, disponibile qui.

[42] Sulle ragioni dietro la scelta di stabilire un monopolio si veda K.C. MILLER, *State Lotteries and Their Customers*, in 9 *UNLV Gaming Law Journal*. (2019), p.183: «Lottery revenues differ from revenues derived from taxes on casino revenues. The latter is a tax on the adjusted gross revenues of a business entity that is typically subject to competition from similar businesses. In effect, lottery revenues are produced from a tax on the lottery players themselves. Additionally, state lotteries jealously guard their exclusivity, and brook no competition from other lotteries within the state». Più in generale, si rimanda anche a A. FINK, *The Political Economy of State-Owned Lotteries,* in 41 *Journal of Consumer Policy* (2018), 257 ss.

[43] Si pensi in tal senso al *Wire Act* (18 USC §1084) sul divieto scommesse telefoniche; al *Travel Act* (18 USC §1952), che proibisce l'utilizzo della posta per effettuare scommesse; al divieto di trasporto interstatale di materiale per scommesse (18 USC §1953); oppure anche alle leggi contro l'infiltrazione della criminalità organizzata nelle attività transfrontaliere legali, tra cui anche le scommesse (*Racketeering Influenced and Corrupt Organizations statutes*).

[44] Infatti, le lotterie statali possono alternativamente essere inquadrate all'interno di un'agenzia statale oppure costituire organizzazioni separate, caratterizzate da un maggiore o minore grado di indipendenza rispetto al governo del singolo stato.

[45] In questo senso si veda il *National Gambling Impact Study Commission Final Report*, elaborato nel 1999 da una commissione indipendente su incarico del Congresso. In particolare, a p. 3 del terzo capitolo, viene affermato che: «For example, lottery directors are under constant pressure from state political authorities to at least maintain the level of revenues and, if possible, to increase them. Some observers have alleged that, as a result, considerations of public welfare at best take second place. This has often been cast as an inherent conflict of interest: How can a state government ensure that its pursuit of revenues does not conflict with its responsibility to protect the public? For some, state governments have exceeded their stated objective of using the lottery to modestly enhance public services, and instead have irresponsibly intruded gambling into society on a massive scale through such measures as incessant advertising and the ubiquitous placement of lottery machines in neighborhood stores. In this view, states have become active agents for the expansion of gambling, setting the stage for the introduction of commercial gambling in all its forms. The question arises: Is this a proper function of government?».

In particolare, in dottrina l'accento è stato posto sui presunti profili problematici legati alla pubblicità delle lotterie, anch'essa disciplinata dai singoli Stati dopo un primo periodo di regolazione a livello federale[46]. Più segnatamente, a essere messa in dubbio è stata la capacità delle normative statali in materia di *advertising* di tutelare efficacemente il consumatore: difatti, secondo alcuni autori, ad un astratta previsione normativa di limiti non sarebbe corrisposta un'adeguata opera di attuazione, e questo per le possibili ripercussioni negative sulle entrate[47].

Peraltro, appare anche opportuno ricordare come la necessità di salvaguardare queste ultime abbia negli anni portato alcuni Stati a privatizzare le lotterie[48] (stante che, comunque, anche in assenza di una privatizzazione formale, gli Stati molto spesso ricorrono a operatori economici privati per attività di supporto nell'organizzazione dei giochi). Processi di privatizzazione – in cui generalmente il privato assume le funzioni di vendita, *marketing* e gestione della lotteria in cambio di un pagamento anticipato e della promessa di generare un predeterminato reddito netto minimo per lo Stato – sono stati portati avanti anche in Indiana e New Jersey, ossia i due Stati all'interno dei quali IGT è attiva, aggiungendo un ulteriore elemento di complessità con il quale quest'ultima è chiamata a confrontarsi. Infatti, se la privatizzazione porta ovviamente con sé un maggiore margine di azione per gli operatori privati, che non si trovano solo a fornire servizi accessori – come ad esempio supporto nelle attività di *marketing* – ma che al contrario finiscono per gestire la lotteria, non trascurabili dubbi sembrano circondare la possibilità per le società private di assumere decisioni strategiche nella gestione – stante anche i confini poco definiti che separano decisioni strategiche e non strategiche –, e questo anche alla luce di una *advisory opinion* fornita nel 2008 dal *Department of Justice*. In tale parere quest'ultimo ha infatti sottolineato il necessario controllo dello Stato su tutte le decisioni di particolare rilievo, anche nei casi di collaborazione con i privati[49]: tale vincolo si tradurrebbe – è stato sostenuto[50] – in un

[46] Inoltre, occorre sottolineare che le lotterie statali sono escluse dalla regolazione della *Federal Trade Commission* in materia di pubblicità ingannevole (esclusione questa aspramente criticata in dottrina, ad esempio in R.J. RYCHLACK, *Lotteries, Revenues and Social Cost: A Historical Examination of State-Sponsored Gambling*, in 34 *Boston College Law Review* (1992), 11 ss. Lo stesso autore sottolinea inoltre come una privatizzazione – che porterebbe a non applicare più tale esenzione – andrebbe paradossalmente a vantaggio della collettività).

[47] In questo senso A. CLOTT, *The Predatory Nature of State Lotteries,* in 28 *Loyola Consumer Law Review* (2015), 137 ss. («Many of the public policy concerns surrounding lotteries could be lessened if states effectively reined in advertising abuses. Lottery advertising should not be able to make blatantly deceptive claims, and advertisements should come with more than just a cursory warning that lottery games should only be played for fun. Most lottery states have some statutory or administrative limitations on advertising, but are unwilling to enforce them. In Minnesota, for instance, lottery advertising is prohibited from targeting specific economic classes or implying that the lottery is a financial investment. However, states are unwilling to effectively enforce these regulations when they are seen as cutting into profits». Indicativo in questo senso è il recente caso del divieto alla pubblicità proposto in South Dakota, che non è stato approvato alla luce delle non trascurabili ricadute che una riduzione del numero di giocatori avrebbe avuto sul finanziamento dell'istruzione (notizia questa riportata all'interno dell'articolo *State lottery advertising tells players half of the story*, pubblicato sul sito dell'Howard Center for Investigative Journalism (disponibile all'indirizzo *www.cnsmaryland.org/2022/07/01/state-lottery-advertising-tells-players-half-of-the-story/*).

[48] Per una ricostruzione del processo di privatizzazione e un esame critico di esso si rimanda a K.R. GROTE e V.A. MATHESON, *Should gambling markets be privatized? An examination of state lotteries in the United States*, in *The Economics of Sports Betting*, a cura di P. RODRÍGUEZ ET AL., Cheltenham, Edward Elgar, 2017.

[49] U.S. Deparment of Justice, *Scope of exemption under federal lottery statutes for lotteries conducted by a state acting under the authority of State law*, 16 ottobre 2008 («We conclude that the statutory exemption for lotteries "conducted by a State" requires that the State exercise actual control over all significant business decisions made by the lottery enterprise and retain all but a de minimis share of the equity interest in the profits and losses of the business, as well as the rights to the trademarks and other unique intellectual property or essential assets of the State's lottery. It is permissible under the exemption for a State to contract with private firms to provide goods and services necessary to enable the State to conduct its lottery, including management services, as discussed herein»).

[50] Si tratta dell'opinione di Leonard Gilroy, vicepresidente della *Reason Foundation*, centro studi statunitense che negli anni si è spesso occupato di processi di privatizzazione, riportata all'interno dell'articolo *State lotteries are increasingly ceding control to multinational firms*, pubblicato sul sito dell'Howard Center for Investigative Journalism (disponibile all'indirizzo: *cnsmaryland.org/2022/07/01/state-lotteries-are-increasingly-ceding-control-to-companies/*).

limite ad un'effettiva privatizzazione *tout court*, potendosi al massimo parlare di partenariati pubblico-privati.

4.2. *Il quadro regolatorio italiano.* – In Italia, le lotterie – al pari di ogni attività consentita riconducibile all'alveo dei giochi e delle scommesse – sono direttamente controllate dallo Stato attraverso un sistema di concessioni, che si affiancano a una riserva statale istituita nel 1948[51]. Difatti, nonostante la titolarità esclusiva dei giochi pubblici in capo allo Stato, il legislatore ha consentito a quest'ultimo di non gestirli direttamente, prevedendo invece la possibilità di affidarne la gestione a concessionari privati, selezionati tramite procedure ad evidenza pubblica[52].

Il regime di riserva statale, unito alla presenza nel settore di privati soggetti al controllo dello Stato, potrebbe portare a considerare il quadro normativo italiano sovrapponibile a quello statunitense; il primo, tuttavia, sembra distinguersi significativamente dal secondo per la presenza di una disciplina uniforme volta a contenere le possibili esternalità negative derivanti dal gioco, assente invece negli Stati Uniti, in cui, come visto, la regolazione è rimessa ai singoli Stati.

Più in particolare, in Italia i potenziali problemi connessi al gioco hanno assunto una rilevanza prominente negli ultimi quindici anni[53], in quello che la dottrina – nel tentativo di tracciare l'evoluzione della disciplina normativa dei giochi – ha indicato come quarto periodo[54]. In particolare, punto di svolta può essere considerato il c.d. decreto Balduzzi[55], con il quale non solo sono stati aggiornati i livelli essenziali di assistenza (LEA) con riferimento alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia, ma è stata anche notevolmente limitata la pubblicità del gioco con vincite in denaro, vietandola nelle trasmissioni televisive e radiofoniche, nelle rappresentazioni teatrali e cinematografiche rivolte prevalentemente ai minori, ma anche introducendo un obbligo di riportare, anche sulle schedine di gioco, tanto formule di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro quanto indicazioni sulle probabilità di vincita[56]. Tali limiti alla pubblicità sono stati poi rafforzati nel 2018 dal c.d. decreto dignità, che ha vietato qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite in denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su qualunque mezzo, ad eccezione delle lotterie nazionali ad estrazione differita e delle lotterie locali[57].

La normativa in materia di contrasto, prevenzione e contenimento di un approccio problematico al gioco – di cui il decreto Balduzzi e il decreto dignità sono elementi essenziali

[51] Art. 1, d.lg. 14 aprile 1948, n. 496, ai sensi del quale «l'organizzazione e l'esercizio di giuochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato». Nella prospettiva di T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 3141, il controllo dello Stato costituisce il minimo comune denominatore delle varie categorie di giochi pubblici, questi ultimi soggetti a normative settoriali tra loro anche molto differenti

[52] *Ibidem*, art. 2: «L'organizzazione e l'esercizio delle attività di cui al precedente articolo sono affidate al Ministero delle finanze il quale può effettuarne la gestione o direttamente, o per mezzo di persone fisiche o giuridiche, che diano adeguata garanzia di idoneità»

[53] Per una panoramica dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di contrasto alla ludopatia, M. LIPARI, *Gioco d'azzardo, poteri amministrativi e tutela della salute: l'evoluzione della normativa e della giurisprudenza*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 273.

[54] Per questa scansione in quattro periodi si rimanda a M. GNES, voce *Giochi e scommesse*, in *Enc. dir. - Tematici*, 2022, 542.

[55] D.l. 12 settembre 2012, n.158, convertito con modificazioni nella l. 8 novembre 2012, n.189.

[56] *Ibidem*, art. 7.

[57] Art. 9, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2018, n. 96, che comunque si premura di precisare come resti ferma la disciplina del decreto Balduzzi, a conferma di come questo continui a rappresentare il nucleo della normativa in materia di contrasto alla ludopatia.

– ha indubbiamente un impatto considerevole sul comparto dei giochi pubblici. In aggiunta a ciò, appare utile anche rilevare come – al di là delle regole in sé – il lavoro di *compliance* portato avanti dagli attori attivi all'interno del settore risulti complicato da un quadro normativo estremamente frammentario e caotico, da una disciplina multilivello[58] della quale da tempo si auspica il riordino all'interno di un testo unico, e questo a garanzia di trasparenza e certezza del diritto[59]. In questo senso è andata ad esempio la recente c.d. delega fiscale[60], che ha delegato al governo appunto il riordino normativo del gioco pubblico, attraverso uno o più decreti legislativi: sulla base di tale delega, è stato emanato il d.lg. 25 marzo 2024, n.41 che, oltre a previsioni di dettaglio, elenca anche i principi fondamentali per l'esercizio del gioco pubblico in Italia[61].

Accanto alla centralità riconosciuta alla prevenzione della ludopatia, il legislatore italiano ha comunque anche valorizzato la natura fiscale dei giochi. In questo senso si pensi ad esempio al c.d. decreto Ferragosto, emanato nel 2011, quindi negli stessi anni del decreto Balduzzi, tramite il quale sono stati ampliati i poteri dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS), ossia il soggetto competente in materia di giochi e scommesse, consentendole di adottare «tutte le disposizioni in matteria di giochi pubblici utili al fine di assicurare maggiori entrate, potendo tra l'altro introdurre nuovi giochi, indire nuove lotterie, anche a estrazione istantanea, adottare nuove modalità del gioco del Lotto, nonché dei giochi numerici a totalizzazione nazionale […]»[62].

Questa specificazione risulta utile per porre l'accento su come neanche il contesto italiano, all'interno del quale la stringente disciplina statale appare essere particolarmente attenta a perseguire finalità di tutela di salute e ordine pubblico, sia immune da considerazioni di natura fiscale. La portata di queste ultime, infatti, stante la loro presenza nella mente del legislatore fin da quello che – secondo la scansione temporale cui si accennava in precedenza – può essere considerato secondo periodo[63], è cresciuta negli anni, come diretta conseguenza dell'esigenza di assicurare risorse finanziarie alle casse dell'erario[64].

---

[58] Per una panoramica dell'intreccio di legislazione statale, legislazione regionale, e regolamentazione comunale, si rimanda a M. COSULICH, *"Fatti più in là / così vicino mi fai turbar". La distanza delle sale scommesse dai luoghi sensibili in alcune recenti pronunzie del Consiglio di Stato*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 1, e a E. TAGLIASECCHI, *La disciplina delle misure dirette a contrastare il fenomeno della ludopatia dopo il Decreto Dignità: sistema a tutele crescenti o occasione perduta?*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n.2.

[59] In questo senso ad esempio B.G. MATTARELLA, *Introduzione*, in *Le regole dei giochi. La disciplina dei giochi e delle scommesse in Italia*, a cura di A. Battaglia e B.G. Mattarella, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 13, nella prospettiva del quale all'interno del settore dei giochi sia riscontrabile «un serio problema di inflazione normativa, di rapporti tra fonti, di contraddittorietà tra norme e quindi di arbitrarietà nella loro applicazione, di eccesso di discipline derogatorie e transitorie».

[60] L. 9 agosto 2023, n. 111.

[61] Più in particolare, l'art. 2 del decreto prevede che l'esercizio del gioco pubblico sia consentito nel rispetto dei principi di tutela dei minori, legalità del gioco, sviluppo del gioco sicuro, promozione del gioco responsabile, trasparenza dell'offerta di gioco, prevenzione e contrasto del gioco illegale e delle attività di riciclaggio, tracciabilità dei flussi economici e finanziari.

[62] Art. 2, comma 3, d.l. 13 agosto 2011, n.138, convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

[63] Il riferimento è in particolare al periodo dal 1992 al 2003 che, secondo M. GNES, *Giochi e scommesse*, cit., risulta caratterizzato dalla politica di fiscalizzazione dei giochi, questi ultimi sfruttati come strumento per aumentare le entrate fiscali e ridurre il debito pubblico. Come notato dall'Autore, conseguenza di tale politica è stata sì l'incremento delle entrate erariali, tuttavia, nello stesso periodo si è registrata anche l'emersione nel dibattito pubblico del tema della ludopatia.

[64] Si pensi in tal senso da ultimo alla proposta, all'interno della Manovra di bilancio 2025, di rendere strutturale la quarta estrazione del Lotto e del Superenalotto, introdotta nel 2023 per sostenere le popolazioni dell'Emilia-Romagna all'indomani dell'alluvione. Tale estrazione aggiuntiva potrebbe portare ad un incremento di almeno cento milioni di euro per le finanze pubbliche. Se si guarda alla compatibilità della normativa italiana con il quadro unionale, la centralità dell'elemento fiscale porta ad interrogarsi sulla possibilità di giustificare la riserva statale nel settore – e la conseguente restrizione delle libertà riconosciute dagli artt. 49 e 57 TFUE – sulla base dei motivi di interesse generale di cui all'art. 52 TFUE, e questo in considerazione della natura meramente accessoria riconosciuta dalla Corte di giustizia all'incremento di introiti erariali, che da solo non può consentire una restrizione alla libera circolazione di servizi e alla libertà di stabilimento.

5. *Riflessioni conclusive.* – Nei precedenti paragrafi si è cercato di porre in luce come un quadro regolatorio frammentato presenti dei profili di problematicità tanto per gli Stati – che rischiano di vedere frustrati gli interessi pubblici salvaguardati dalle loro normative nazionali a causa del c.d. *offshore gambling* – quanto per le multinazionali attive nel settore – che devono invece affrontare costi di *compliance* significativi, legati alla necessità di adeguarsi ai diversi regimi regolatori vigenti nei paesi all'interno dei quali queste sono attive. Emblematico in questo senso appare essere il caso di IGT, che si trova ad operare in contesti caratterizzati da un diverso livello di pervasività della regolazione, per quanto – come sembra emergere dallo scenario italiano – neanche ad un quadro regolatorio particolarmente stringente possano essere considerate estranee valutazioni legate alla necessità di garantire risorse finanziarie all'erario.

Tuttavia, proprio con riguardo alle multinazionali, appare di primaria importanza sottolineare, a scanso di equivoci, come per esse la regolazione non rappresenti di per sé un ostacolo al conseguimento di profitti. Al contrario, come è stato sottolineato, l'industria del gioco si serve della regolazione per acquisire legittimazione e, conseguentemente, fiducia da parte dei giocatori, i quali appaiono tendenzialmente incentivati a rivolgersi a soggetti regolati e dunque considerati affidabili[65]. Per questo motivo risulta fondamentale rifuggire la retorica che presenta l'arbitraggio normativo come la regola e la sottoposizione ad una regolazione stringente come un *anathema to business*[66], dovendosi al contrario sottolineare come quest'ultima possa direttamente contribuire al conseguimento di risultati soddisfacenti da parte delle società, conferendo ad esse maggiore affidabilità e, dunque, attirando un maggior numero di giocatori[67].

In considerazione di ciò, è stato sottolineato come le multinazionali dovrebbero adeguarsi agli standard fissati dai Paesi più avanzati dal punto di vista regolatorio (o prevederne di più elevati), e questo alla luce non solo della conseguente maggiore legittimazione che ne deriverebbe agli occhi dei consumatori, ma anche in virtù del fatto che proprio tali Paesi potrebbero costituire il punto di riferimento delle regolazioni adottate da altri Stati[68].

Tale prospettiva costituisce innanzitutto una possibile soluzione (per quanto indubbiamente costosa nel breve periodo in termini di *compliance*) alla frammentarietà della disciplina per le multinazionali attive nel settore, per le quali sarebbe forse auspicabile - a prescindere dai mercati coperti – parametrarsi sulle regolazioni dei c.d. *regulatory leaders*, e ciò anche in previsione di una possibile, futura convergenza.

Proprio tale possibile sinergia tra sottoposizione a un regime regolatorio e interessi perseguiti dalle multinazionali porta a porre in luce il ruolo di queste ultime nel processo di elaborazione di regole e standard di tutela uniformi.

Difatti, gli strumenti di *self-regulation* elaborati dalle società attive nel settore, nonostante costituiscano anche uno strumento per limitare la portata della disciplina imposta dall'esterno[69], possono diventare un'utile base di partenza per l'elaborazione di una strategia regolatoria

---

[65] Si veda a tal proposito C. BRADLEY, *Competitive deregulation of financial services activity in Europe after 1992*, in 11 *Oxford Journal of Legal Studies* (1991), 545, che a p. 563, per quanto non con specifico riguardo al settore dei giochi, sottolinea come «the […] confidence which would result from regulation under a strict system could outweigh the competitive advantage provided by regulation under a relaxed system».

[66] In questi termini B. BEEM e J. MIKLER, *National regulations for a borderless industry: US versus UK approaches to online gambling*, cit.

[67] La possibile funzionalizzazione della sottoposizione a discipline stringenti al conseguimento di profitti può anche contribuire a spiegare la non trascurabile crescita degli investimenti, da parte delle società statunitensi attive nel settore, nella promozione del gioco responsabile (si veda in tal senso il recente report redatto dalla *American Gaming Association*, secondo il quale nel 2023 tali investimenti sarebbero cresciuti del 72 per cento rispetto al 2017).

[68] È questo l'angolo prospettico adottato da M. PORTER, *The competitive advantage of nations*, London, Londra, Palgrave Macmillan, 1990.

[69] Si veda sul punto, per quanto con riguardo al solo regime finlandese, J. SELIN, *From self-regulation to regulation – An analysis of gambling policy reform in Finland*, in 24 *Addiction Research & Theory* (2015), 199.

uniforme: più in particolare, a fronte della significativa frammentarietà delle discipline nazionali – generata dalla profonda gelosia dei singoli Stati verso la regolazione dei giochi e delle scommesse –, la presenza della medesima società all'interno di più Paesi potrebbe indirettamente contribuire – e questo in considerazione della auspicabile co-regolazione del settore menzionata in precedenza[70] – ad un'armonizzazione delle regole vigenti all'interno di questi ultimi.

In altre parole, tra Stati e multinazionali si potrebbe configurare una sorta di reciproca influenza: da un lato, i primi – mediante forme di regolazione particolarmente pervasive – potrebbero spingere le seconde a adeguarsi ad esse nella prospettiva appunto di un'eventuale convergenza regolatoria, dall'altro, le multinazionali, alla luce della loro presenza all'interno di più mercati, potrebbero indirettamente favorire forme di armonizzazione della disciplina, e ciò in considerazione del loro non trascurabile ruolo all'interno dei processi di co-regolazione ma anche delle forme di cooperazione regolatoria tra attori attivi all'interno del settore[71].

Come anticipato in apertura, una maggiore uniformità potrebbe tradursi non solo in minori costi di *compliance* per le multinazionali, che si troverebbero ad operare in un contesto meno frammentato, ma anche in un ostacolo alla diffusione del gioco *offshore* che, sfruttando le asimmetrie regolatorie, finisce per danneggiare gli interessi tanto degli Stati quanto delle società che invece operano secondo la disciplina predisposta dai legislatori nazionali, talvolta anche anticipando le forme di tutela dei consumatori da questi approntate[72] e finendo con il costituire un argine importante alla diffusione del gioco non regolamentato esattamente mediante l'offerta di forme di gioco strettamente regolate[73].

Proprio con riguardo all'*offshore*, può essere inoltre utile interrogarsi sulla possibile correlazione tra la crescita di quest'ultimo e regolazioni particolarmente stringenti. Questo tema è stato di recente affrontato dalla associazione tedesca delle scommesse sportive (*Deutscher Sportwettenverband* – DSWV) che, nel corso della conferenza stampa annuale del 2023, dopo aver rimarcato la crescita del gioco illegale nel Paese (+65 per cento rispetto al 2022), ha tracciato un collegamento tra questa e la rigida regolazione del settore, facendo particolare riferimento ai divieti di pubblicità introdotti dal legislatore tedesco[74]. Quest'ultima, infatti, secondo la prospettiva della DSWV, giocherebbe un ruolo fondamentale nell'indirizzare coloro che sono interessati alle scommesse sportive verso il mercato controllato dal governo, e per questo motivo ostacolarla equivarrebbe a favorire il mercato *offshore*[75].

---

[70] Difatti, il concetto la co-regolazione rappresenta esattamente una combinazione di *self-regulation* e intervento regolatorio pubblico (in questo senso ad esempio T.R. WOTRUBA, *Industry Self-Regulation: A Review and Extension to a Global Setting*, in 16 *Journal of Public Policy and Marketing* (1997), 38, p. 41.

[71] Ad esempio, IGT Lottery partecipa attivamente alla sopracitata *World Lottery Association*, ossia un'associazione di riferimento per la diffusione di standard tecnici, di gioco responsabile, ma anche per lo scambio di *best practices* tra operatori di lotterie e giochi regolamentati in più di cento Paesi.

[72] Esemplificativo in tal senso è ancora il caso di IGT, che dal 2007 – quindi ben prima della sopracitata raccomandazione della Commissione europea del 2014 e dei primi interventi a tutela del consumatore a livello nazionale – ha iniziato ad adoperarsi attivamente per il c.d. gioco responsabile, promuovendo iniziative per la tutela del giocatore, articolate in promozione del gioco consapevole, prevenzione del gioco minorile, supporto ai giocatori problematici, ancora una volta collaborando con associazioni di categoria attive a livello internazionale.

[73] La possibilità di considerare l'offerta di gioco pubblico (legale) alla stregua di un alleato essenziale nella lotta al gioco illegale è stata ad esempio sottolineata nel rapporto EURISPES del dicembre 2023 *Il riordino del gioco pubblico e il ruolo dell'offerta territoriale.*

[74] In questo senso DSWV, *Fehlentwicklung deutlich: DSWV fordert Umdenken bei Regulierung und Schwarzmarkt-Bekämpfung*, disponibile all'indirizzo *www.dswv.de/fehlentwicklung-des-sportwettenmarktes-deutlich/*.

[75] *Ibidem* («Werbeverbote begünstigen Schwarzmärkte, wirken sich negativ auf den Sport aus und sind schädlich für den Spielerschutz. DSWV-Hauptgeschäftsführer Luka Andric führt dazu aus: „Werbung dient dazu, all diejenigen, die sich ohnehin bereits für Sportwetten interessieren, in den staatlich beaufsichtigten und damit sicheren Markt zu lenken. Um in Deutschland eine Sportwettenerlaubnis zu bekommen, müssen Anbieter zahlreiche Spielerschutz-Kriterien erfüllen. Den illegalen Anbietern aus Drittstaaten sind die deutschen Regelungen völlig egal. Viele werben sogar im Internet gezielt damit, auch gesperrte Spieler spielen zu lassen. Diese Art der Werbung muss dringend unterbunden, die Werbemöglichkeiten der

Tale prospettiva non è stata ritenuta condivisibile dall'autorità tedesca di regolazione dei giochi (*Gemeinsamen Glücksspielbehörde der Länder* – GGL) – che ha infatti confutato l'analisi della DSWV sottolineando l'impossibilità di prescindere dallo strumento regolatorio nel contrasto all'espansione dell'*offshore* e richiamando la rilevanza della cooperazione[76] –, tuttavia mostra come l'allentamento del quadro regolatorio – di norma ricollegato alla volontà dello Stato di attirare operatori economici, in una *race to the bottom* volta a incentivare l'arbitraggio regolatorio[77] – venga anche considerato in alcune ricostruzioni (come quella offerta dalla DSWV) alla stregua di uno strumento in grado di salvaguardare anche gli interessi pubblici sottesi alla regolazione[78].

In ogni caso, a prescindere dalle strategie adottate a livello nazionale e dal loro livello di pervasività, risulta ormai imprescindibile, per un'efficace regolazione del settore, un approccio transnazionale e – come ricordato anche dalla GGL stessa – partecipato. Difatti, per ridurre il divario con gli attori economici che, come si è visto, hanno dimostrato di sapersi adattare – pur incontrando talvolta ostacoli derivanti da un quadro frammentario – ai vari contesti nazionali, gli Stati dovranno, da un lato, collaborare tra loro[79] – come mostrato dal caso del gioco *offshore* nelle Filippine – dall'altro, dialogare proprio con gli attori la cui azione vogliono disciplinare, nel tentativo di portare avanti virtuosi processi di *co-regulation*, valorizzando così anche il ruolo delle società che, mediante l'offerta di servizi in linea con i più elevati standard di tutela del consumatore, contribuiscono significativamente a contenere la diffusione del gioco illegale.

---

legalen Anbieter gestärkt werden*"* Entgegen den Behauptungen einzelner Akteure gibt es keine Korrelation zwischen dem Volumen von Glücksspielwerbung und Spielsucht. Dies zeigen insbesondere Länder wie Großbritannien und Dänemark, in denen anders als in Deutschland regelmäßig verlässliche Daten über den Glücksspielmarkt erhoben werden»).

[76] Sul punto GGL, *GGL fordert bessere Zuarbeiten der Online-Glücksspielanbieter in den Erlaubnisverfahren und konsequente Umsetzung der Spielerschutzmaßnahmen*, disponibile all'indirizzo *www.gluecksspiel-behoerde.de/de/news/246-ggl-fordert-bessere-zuarbeiten-der-online-gluecksspielanbieter-in-den-erlaubnisverfahren-und-konsequente-umsetzung-der-spielerschutzmassnahmen.*

[77] Per inquadrare il fenomeno della c.d. *race to the bottom* si rimanda, *ex multis*, a O. MALETS, *Globalization, governance and the nation-state: an overview*, in *Economic sociology_the European electronic newsletter*, 2017, 16, che ricorda come accanto alla tendenza degli Stati a predisporre regolazioni meno stringenti per evitare fenomeni di delocalizzazione sia comunque anche ravvisabile quello che viene definito *California effect*, che porta le società operanti all'interno di contesti molto regolamentati non a fuggire da essi bensì a spingere i governi delle giurisdizioni meno regolamentate ad innalzare gli standard normativi (per la teorizzazione del *California effect* si rimanda a D. VOGEL, *Trading Up: Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1995).

[78] In questo senso anche il rapporto EURISPES sopracitato, secondo cui «Nel riordino dell'offerta del gioco pubblico […] è essenziale che non si determinino ulteriori squilibri che andrebbero a vantaggio di chi opera senza controllo e senza regole. Ogni restrizione apportata al gioco legale si traduce in un vantaggio concorrenziale per il gioco illegale che trova così nuovi spazi di azione» (p.16).

[79] Con particolare riferimento al quadro statunitense, la necessità di una cooperazione tra stati federati viene sottolineata da J. ETZEL, *The House of Cards is Falling: Why States Should Cooperate on Legal Gambling*, in 15 *New York University Journal of Legislation & Public Policy*, 2012, 200: in particolare, l'autore, dopo aver rintracciato nella concorrenza tra stati una delle maggiori cause della legalizzazione del gioco negli Stati Uniti e dopo aver esaminato gli elementi sui quali la *regulatory competition* ancora oggi si gioca, richiama l'attenzione sulla necessità che proprio tali stati collaborino tra loro («Rather than surrending to pressure from neighbors, states should look for common ground»), auspicando anche un intervento regolatorio a livello federale in caso di inerzia da parte degli Stati.

ANNA PIRRI VALENTINI

DALLA CONCORRENZA TRA IMPRESE ALLA CONCORRENZA TRA STATI: IL CASO *STELLANTIS*

SOMMARIO: 1. Interessi e interventi dello Stato nelle politiche industriali (cenni) – 2. FIAT, Chrysler, Stellantis: «verso l'infinito e oltre» – 2.1 Sulle origini della Fabbrica Italiana Automobili Torino e sul ruolo strategico dell'*automotive* – 3. L'impresa «in dialogo» con le istituzioni pubbliche – 3.1 Gli incentivi ricevuti da Stellantis – 3.2 Alcuni limiti ai sussidi statali – 4. La concorrenza fiscale tra Stati – 5. Asimmetrie interpretative e asimmetrie regolatorie.

1. *Interessi e interventi dello Stato nelle politiche industriali (cenni).* - «Non è certo dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro pranzo, ma dal fatto che essi hanno cura del proprio interesse. Noi non ci rivolgiamo alla loro umanità, ma al loro egoismo e con loro non parliamo mai delle nostre necessità, ma dei loro vantaggi[1]», così scriveva Adam Smith nel 1776 nel saggio *La Ricchezza delle Nazioni*. La tesi ivi sostenuta e sottesa all'estratto riportato in apertura, è quella per cui la concorrenza che naturalmente spingerebbe i produttori (o le imprese) a offrire i loro beni e servizi a condizioni vantaggiose (in termini di qualità e di prezzo) in virtù di un interesse individuale e utilitaristico possa, indirettamente, portare anche a benefici di portata più ampia e generale. L'attività privata del birraio o del fornaio, tesa ad assicurare e a massimizzare i propri profitti, può quindi risultare di interesse anche per il regolatore pubblico in quanto questi attori privati, nonostante ciò non rappresenti il loro scopo principale - «*Noi non ci rivolgiamo alla loro umanità, ma al loro egoismo*» -, partecipano al raggiungimento di obiettivi sociali di volta in volta individuati «*e con loro non parliamo mai delle nostre necessità, ma dei loro vantaggi*».

Ed è proprio questo interesse per la possibilità di contribuire al raggiungimento di obiettivi di portata sociale e generale che ha indotto e tuttora induce il regolatore (o meglio, i regolatori, come si vedrà più avanti) ad adottare una serie di strumenti per influire -facilitando o ponendo delle restrizioni- sull'andamento dell'attività di impresa[2].

Le modalità con le quali lo Stato può intervenire in tal senso sono numerose e di diversa natura, constatando «un "ventaglio funzionale praticamente illimitato" che comprende il sostegno all'integrazione sociale, la garanzia dell'avanzamento culturale e lo sviluppo del progresso economico[3]». Nel cercare di comprendere in cosa possa sostanziarsi tale intervento pubblico e volendo quindi fornire una definizione di "politica industriale", è stato rilevato in dottrina come non sia possibile far riferimento a una «qualche nozione di diritto positivo[4]». Si identifica quindi il concetto di politica industriale con «tutte quelle azioni di un governo realizzate con lo scopo di generare un livello di sviluppo maggiore di quello che permetterebbe il sistema di libero mercato[5]». In tal modo lo Stato interviene nel gioco concorrenziale tra attori economici garantendo vantaggi di carattere tributario (bonus fiscali, detrazioni e rimborsi), contributi a fondo perduto, sovvenzioni o agevolazioni per ottenere crediti e garanzie per rendere

[1] A. SMITH, *La ricchezza delle Nazioni*, prima pubblicazione nel 1776. Qui nella versione a cura di Anna e Tullio Bagiotti, Torino, UTET 2013 (III ed.).

[2] Sul tema si veda A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, Jovene, 2018.

[3] M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano, Giuffré, 1993, 693, così come riportato da A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, cit., 45.

Sul rapporto tra Stato ed economia si rimanda, tra tutti, a J. STIGLITZ, *The economic role of the State, Oxford, Basil Blackell*, 1989.

[4] A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, cit., 26.

[5] S. LALL, *The East Asian miracle: does the bell tool for industrial strategy?*, in World development, n. 4, 1994, 651.

più facile l'accesso a finanziamenti bancari da parte delle imprese[6]. Questi incentivi, a loro volta, possono essere emessi con misure orizzontali o verticali, dove le prime indicano quelle che si rivolgono a una pluralità di settori produttivi, mentre le seconde sono emesse nei confronti di alcuni settori o soggetti specifici e individuati a monte[7].

Quella tra Stato e impresa privata parrebbe quindi una relazione caratterizzata da una dipendenza reciproca. Da un lato, infatti, lo Stato ha interesse affinché le imprese localizzate sul proprio territorio sviluppino tra di loro una dinamica concorrenziale affinché aumentino le proprie dimensioni e la propria produttività, generando delle esternalità positive (le 'necessità' di cui parlava Adam Smith). Dall'altro, per far sì che ciò accada, è lo stesso settore pubblico che potrebbe trovarsi nella necessità di intervenire adottando politiche in grado di «creare le condizioni perché i privati producano beni pubblici[8]».

In un siffatto contesto, le imprese si sono quindi trovate storicamente in competizione tra di loro, rivali tanto nell'assicurarsi la maggiore percentuale di mercato, quanto nell'aggiudicarsi il *favor* degli organi di governo o dell'amministrazione.

A questo primo tipo di competizione tra imprese se n'è andata ad affiancarsi sul finire del XX secolo una seconda tipologia dovuta *in primis* al fenomeno della globalizzazione che, tra le altre cose, ha inciso profondamente anche sull'integrazione dei mercati e sulla definizione delle condizioni strutturali a fondamento della stabilità dei sistemi economici[9]. Lo scenario a cui si assiste oggi è quello che vede contrapporsi imprese globali e Stati nazionali, in una rapporto in cui «le prime [sono] alla ricerca dei modi per sottarsi ai secondi; questi [sono] alla ricerca di dimensioni più vaste che consentano di tenere le prime sotto controllo ma finiscono per porre sotto controllo anche gli Stati; i quali a loro volta sono sempre più interessati al progresso economico non per soddisfare bisogni della popolazione ma per rafforzare la base della loro potenza nazionale[10]».

L'affermarsi di imprese globali, che travalicano i confini statali per estensione e appartenenza, richiede un parallelo ripensamento del ruolo che gli Stati possono giocare nei loro confronti, tanto nelle strategie quanto negli strumenti effettivamente posti in essere. Perché e come (in virtù di cosa) un paese potrebbe rivendicare la localizzazione degli investimenti di un'impresa all'interno dei propri confini? E ancora, vi sono degli strumenti giuridici che possano concretamente rendere cogenti degli interventi pubblici nei confronti delle imprese, affinché queste ultime, messe nelle condizioni dagli aiuti erogati, producano effettivamente quei 'beni pubblici' in virtù dei quali hanno ricevuto degli incentivi? Quali sono, in definitiva, le sedi, le modalità e gli attori in grado di influenzare l'attrazione tanto degli investimenti statali da parte delle imprese, quanto l'attrazione delle imprese da parte degli Stati?

Nell'analizzare queste 'nuove' relazioni tra poteri pubblici e imprese il presente contributo intende fornire alcune risposte a questi interrogativi approfondendo il caso *Stellantis*, azienda

---

[6] Cfr. G. MOCAVINI, V. TURCHINI (a cura di), *Il sostegno pubblico alle imprese, oggi*, IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 42021.

[7] Si veda A. NINNI, F. SILVA, *Politiche pubbliche e politica industriale,* in A. NINNI, F. SILVA (a cura di), *La politica industriale*, Bari-Roma, Laterza, 1997, 1 ss.

[8] Così F. ONIDA, G. VIESTI, *Una nuova politica industriale in Italia. Investimenti, innovazione, trasferimento tecnologico,* Bagni a Ripoli, Passigli 2016, 95, come riportato da G. MOCAVINI, V. TURCHINI (a cura di), *Il sostegno pubblico alle imprese, oggi,* cit.

[9] F. CAPRIGLIONE, *Introduzione allo studio del diritto dell'economia*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia,* Padova, CEDAM, II ed., 2023, 10.

Sul rapporto tra globalizzazione ed economia si veda**:** N. ACOCELLA, *La globalizzazione e l'equilibrio economico mondiale*, Roma, Carocci, 2020; J. STIGLITZ**,** *Globalization and the economic role of the state in the new millennium*, in Industrial and Corporate Change, n. 1, 2003, 3–26; D. RODRIK, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*, Princeton University Press, 2007, sp 195 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008.

[10] S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, 2012 (V ed.), 326.

multinazionale nata nel 2021 dalla fusione tra FIAT-Chrysler (FCA) e il Groupe PSA (noto anche come PSA o Peugeot S.A.). L'analisi delle vicende del terzo grande gruppo automobilistico al mondo per fatturato[11] all'interno di questa ricerca risulta paradigmatica per diverse ragioni, prima fra tutte l'(apparente) notevole asimmetria che si può riscontrare tra vantaggi emessi e benefici ricevuti da parte dell'Italia. Stellantis (che nasce come FIAT per poi diventare FIAT-Chrysler e, infine, Stellantis) infatti, risulta essere l'azienda che è stata aiutata più di tutte in Italia, ma è anche quella che sta investendo di meno nel paese. È stato calcolato come, tra il 1990 e il 2019, almeno il 40 per cento degli investimenti Fiat siano stati erogati dallo Stato italiano, ammontando i contributi di quest'ultimo a 4 miliardi di euro (contro un totale di 10 miliardi di investimenti dichiarati dall'azienda)[12]. Come si vedrà meglio nel prosieguo, anche i dati relativi alla produzione, al tasso di occupazione e agli investimenti in sviluppo e ricerca confermano i profili di questa asimmetria.

I motivi che hanno portato e stanno acuendo tale disallineamento tra interesse pubblico al mantenimento di un'azienda considerata di primaria importanza nel panorama industriale italiano e lo scarso investimento di quest'ultima sullo stesso territorio sono diversi e di differente natura: tanto politica, quanto giuridica e organizzativa. Entrambi gli attori coinvolti si mostrano consapevoli dell'esistenza di questa asimmetria, si pensi a tal proposito alle accuse di tradimento che diversi rappresentanti del Governo rivolgono alla multinazionale[13]. Ma l'interesse verso Stellantis non è da rintracciare soltanto nel valore simbolico che ha l'azienda per il nostro paese, quanto per il suo ruolo strategico dal punto di vista dell'occupazione e dell'impatto sull'economia del paese, di cui beneficerebbe -di rimando- tutto il sistema economico nazionale.

Date queste premesse, l'indagine prosegue con una ricostruzione della storia industriale di Stellantis, per comprenderne le origini nonché il suo legame con l'Italia, anche da un punto di vista strategico. A tale ricognizione segue un inquadramento degli strumenti con i quali lo Stato può intervenire, ed è effettivamente intervenuto, nella sua attività di funzionalizzazione delle imprese che hanno sede sul proprio territorio nazionale. Tra questi, particolare attenzione è dedicata agli incentivi economici sotto forma di ausili pubblici e garanzie statali per l'accesso al credito, tenendo conto (anche) delle restrizioni normative dettate a livello comunitario. Nel cercare di illustrare in che modo gli Stati entrano in competizione tra di loro in ambito imprenditoriale, alcuni rimandi sono volti a mettere in luce quella che è stata definita come concorrenza fiscale tra Stati. Nelle conclusioni si evidenzia, infine, come questo caso riesce a mettere in luce due tipologie di asimmetrie diverse, definite informative e regolatorie. Le prime fanno riferimento alle difficoltà riscontrate dagli organi governativi di comprendere la realtà industriale e le seconde evidenziano l'inadeguatezza di alcune regole che dovrebbero controllare il mercato.

2. *FIAT, Chrysler, Stellantis: «verso l'infinito e oltre».* - La sezione 'Chi siamo' del sito web del gruppo *Stellantis* descrive quest'ultimo come: «una costellazione di 14 iconici brand automobilistici e di due rami dedicati alla mobilità[14]». Per poi continuare riportando: «Possiamo contare sull'entusiasmo di professionisti provenienti da oltre 160 nazioni, con attività industriali

[11] Secondo i dati riportati nella classifica Global 500 di Fortune, disponibile all'indirizzo fortune.com/ranking/global500/?sector=Motor+Vehicles+%26+Parts, il fatturato di Stellantis nel 2024 ammonta a 204, 908.3 miliardi di dollari statunitensi, dietro solo a Volkswagen (348, 408.1 miliardi) e Toyota Motor (312,018.2$).

[12] Analisi effettuata da Davide Bubbico sui contratti di programma siglati tra la Fiat e il Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Cipe) così come riportata a giugno 2024 dalla rubrica *Dataroom*, a cura di Milena Gabanelli.

[13] Il 24 gennaio 2024, il Presidente del consiglio Giorgia Meloni durante un *question time* alla Camera rispondendo a un'interrogazione su Stellantis ha affermato: «Se si vuole vendere un'auto sul mercato mondiale pubblicizzandola come gioiello italiano, allora quell'auto deve essere prodotta in Italia».

[14] https://www.stellantis.com/it/il-gruppo/chi-siamo.

in oltre 30 Paesi e clienti in più di 130 mercati. Siamo una delle aziende con il più alto tasso di diversità al mondo, capaci di unire idee e persone di culture differenti. (…) Quotati alla Borsa di New York (NYSE), a Euronext Milan (STLAM) ed Euronext Paris (STLAP), creiamo valore e opportunità per i nostri azionisti, i dipendenti e le comunità nelle quali operiamo[15]».

Già queste prime informazioni permettono di comprendere come trattasi di un'azienda che segue una logica globale propria delle grandi imprese multinazionali piuttosto che quella dei mercati regolati all'interno di determinati confini nazionali[16], in una traiettoria orientata «verso l'infinito e oltre[17]».

Le ragioni e i motivi che hanno spinto FIAT prima, e Fiat-Chrysler Automobiles poi, a raggiungere degli accordi di fusione con un gruppo aziendale proveniente da un paese terzo, così come gli esiti e l'impatto di tale unione, permettono di apprezzare le asimmetrie tra Stato ed economia quando queste realtà si raffrontano con delle dinamiche globali. Nel corso degli anni si è infatti verificato un crescente disallineamento tra i luoghi in cui avviene la produzione, le sedi amministrative, quelle fiscali e il contesto identitario di appartenenza delle imprese. Questo fenomeno ha innescato una dinamica di competizione tra gli Stati, che si confrontano nella propria capacità di attrarre investimenti industriali, offrendo condizioni più favorevoli in termini normativi, fiscali e infrastrutturali per conquistare un vantaggio competitivo a livello internazionale.

Il fenomeno dell'integrazione dei mercati su scala globale non è una novità assoluta; ciò che appare inedito sono però le dimensioni crescenti delle asimmetrie tra Stato e mercato che tali processi stanno producendo[18]. La vicenda *Stellantis* è infatti ben esemplificativa della sproporzione esistente tra una logica territoriale riscontrabile nelle politiche e negli interessi nazionali e la logica globale del gruppo automobilistico in virtù della quale, come evocato già nel 2012 da Sergio Marchionne - l'allora amministratore delegato del gruppo: «Non ha più senso parlare di FIAT come un'azienda italiana o europea: FIAT è una multinazionale[19]».

Come si vedrà meglio nel seguito dell'analisi, tali tensioni tra sfera nazionale e sfera globale sono causa e origine di ulteriori conflitti, come quelli tra soggetti pubblici e privati, tra capacità di indirizzo e controllo, oltre ad essere esemplificativi del potere effettivo che lo Stato può esercitare nei confronti di soggetti economici, e viceversa.

A livello generale, studi di settore hanno riscontrato come negli ultimi decenni l'industria automobilistica ha attraversato una trasformazione radicale in risposta, principalmente, a tre principali fattori rivelatisi strettamente connessi tra di loro. Questi sono: la progressiva saturazione dei mercati automobilistici nei paesi industriali tradizionali, la (conseguente) intensificazione della concorrenza statale su scala globale, e la crisi del modello classico fordista-taylorista di organizzazione del lavoro[20]. Tali dinamiche sono a loro volta all'origine di alcuni cambiamenti radicali, come il fatto che le aziende automobilistiche hanno spostato il loro

---

[15] *Id.*

[16] D. RODRIK, *Dirla tutta sul mercato globale. Idee per un'economia mondiale assennata*, trad. it., Torino, Einaudi, 2019.

[17] Frase attribuita al personaggio di finzione *Buzz Lightyear*, protagonista dei film d'animazione della serie *Toy Story*.

[18] Si pensi a tal proposito a multinazionali di rilevanza mondiale, come la Apple, che stima un fatturato di 881.98 miliardi di dollari e può vantare di una rete produttiva estesa su diversi continenti. I prodotti Apple sono infatti progettati negli Stati Uniti, la componentistica è prodotta in altri paesi, come la Cina, la Corea del Sud e Giappone, e l'assemblaggio è portato avanti principalmente in Cina.

[19] Così come riportato in *Marchionne: ci va riconosciuta la libertà di agire nel sistema globale. Target 2012 confermati*, Il Sole 24 Ore, 12 aprile 2012.

Il discorso di Marchionne in tale occasione faceva eco alle affermazioni dell'allora Presidente del consiglio Mario Monti che in occasione del convegno «Cambia l'Italia» di marzo 2012 aveva sostenuto: «Chi gestisce la Fiat ha il diritto e il dovere di scegliere per i suoi investimenti e per le localizzazioni più convenienti».

[20] Cfr. P. CAPUTO, A. CAMPENNÌ, E. DELLA CORTE, *Fiat Auto: Industrial Relations Lost in Globalization*, in *tripleC: Communication, Capitalism & Critique. Journal for a Global Sustainable Information Society*, vol. 10, n. 2, 2012, 672 – 682.

orizzonte dai mercati nazionali a quelli globali. Tale fenomeno ha implicato un mutamento nella portata stessa del mercato, ha innescato nuovi regimi di concorrenza e ha portato, infine, a nuove forme di organizzazione della produzione a livello globale.

Oltre a tutto ciò, tra i fattori che stanno fortemente condizionando il settore dell'*automotive*, richiedendo un ingente cambiamento nelle modalità produttive e nelle strategie aziendali, vi rientrano sicuramente gli obblighi di riduzione delle emissioni di CO2 prodotte (anche) dalle automobili, così come richiesto dalle politiche comunitarie. Il Regolamento (UE) n. 2023/851 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 aprile 2023[21], nel perseguire la strada verso una società climaticamente neutra entro il 2050[22], ha previsto che le emissioni medie annuali di CO2 per le nuove automobili e i nuovi furgoni siano ridotte:

- del 15 per cento per il periodo 2025–2029;
- del 55 per cento per le nuove automobili e del 50 per cento per i nuovi furgoni per il periodo 2030–2034;
- del 100 per cento a partire dal 1° gennaio 2035.

2.1 *Sulle origini della Fabbrica Italiana Automobili Torino e sul ruolo strategico dell'automotive*

Da dove inizia, dunque, la storia del gruppo *Stellantis* e perché, soprattutto, risulta essere così paradigmatica per l'Italia? Tracciare, seppure brevemente, i confini di quella che è stata una delle imprese più iconiche e più rilevanti, anche da un punto di vista economico, del panorama industriale nazionale risulta utile per comprendere la sua rilevanza strategica per il paese.

Quella della FIAT è la storia di un'impresa che si contraddistingue per una forte caratterizzazione nazionale ma che, al contempo, è stata sin da subito accompagnata da una forte spinta all'internazionalizzazione, come si può evincere dalle diverse fasi che ha attraversato, ognuna delle quali ha contribuito all'evoluzione del gruppo e al consolidamento della sua influenza globale[23].

La prima fase, che va dall'anno della sua costituzione avvenuta nel 1899 sino al 1915, coincide con la fondazione dell'azienda e i primi anni di attività sotto la guida di Giovanni Agnelli. Fin dagli inizi, Agnelli colse il potenziale innovativo dell'automobile, intuendo come questo nuovo 'mezzo' avrebbe rivoluzionato il trasporto e offerto enormi opportunità di sviluppo industriale. Tale periodo vide una rapida espansione della produzione, favorita dalla strategia di imporsi nei mercati internazionali anche attraverso la partecipazione a competizioni di velocità. La fortuna in questo settore ha fatto sì che la FIAT sia riuscita ad affermarsi sul mercato internazionale, tanto che già al 1910 risale l'apertura di uno stabilimento negli Stati Uniti.

La seconda fase nella storia della Fabbrica Italiana Automobili Torino si estende dal periodo che va dalla Prima Guerra Mondiale fino agli anni '30. Durante il conflitto la produzione aziendale aumentò di dieci volte, tanto che nel 1923 fu in grado di costruire la più grande fabbrica automobilistica dell'epoca: lo stabilimento del Lingotto di Torino.

La possibilità di una fusione internazionale si fece avanti già negli anni '80 del 1900, quando la FIAT prese in considerazione l'ipotesi di unirsi a Ford Europa, il che le avrebbe permesso di

[21] Regolamento (UE) 2023/851 del Parlamento europeo 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.

[22] Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020 sul *Green Deal* europeo.

[23] Per una ricognizione della storia industriale della FIAT si rimanda a P. BAIRATI, *Valletta*, Torino, UTET, 1983; F. AMATORI, *Gli uomini del professore. Strategia, organizzazioni, management dalla FIAT fra anni Venti e anni Sessanta*, in C. ANNIBALDI, G. BERTA (a cura di), *Grande impresa e sviluppo italiano. Studi per i cento anni della FIAT*, Bologna, il Mulino, 1999; G. BERTA, *La FIAT. Storia di una crisi 2000-2005*, Milano, Mondadori, 2006; ID. *FIAT Chrysler e la deriva dell'Italia industriale*, Bologna, il Mulino, 2011; G. BARBA NAVARETTI, G. OTTAVIANO, *Made in Torino, Fiat Chrysler Automobiles e il futuro dell'industria*, Bologna, il Mulino, 2014.

dar vita a un gruppo industriale dominante a livello europeo. Tale fusione, però, non ci concretizzò ed è questo il momento in cui l'azienda inizia a perdere la propria posizione di *leadership* nel settore.

Nel 2004 Sergio Marchionne viene nominato amministratore delegato e, perseguendo le spinte all'internazionalizzazione, nel 2014 riesce a completare l'acquisizione totale della Chrysler Group dando vita alla Fiat Chrysler Automobiles (FCA), una società di diritto olandese con sede fiscale a Londra e quotata nelle borse di New York e Milano.

La seconda fusione di rilievo è, infine, quella avvenuta nel 2021 con il gruppo francese PSA Peugeot Citroën che ha dato vita a *Stellantis*, ad oggi una delle più grandi aziende automobilistiche a livello mondiale[24].

Per quanto riguarda le motivazioni alla base della fusione tra FCA e Peugeot, queste risiedono *in primis* nella necessità di riorganizzazione e rafforzamento aziendale in un momento di trasformazione strategica per l'industria automobilistica, ove fenomeni come la transizione energetica e l'incremento della digitalizzazione iniziavano a imporre dei cambiamenti radicali. Questa fusione ha rappresentato dunque per entrambe le aziende una scelta strategica dettata dalla necessità di sopravvivere a un mercato sempre più competitivo in cui i confini nazionali risultano ormai superati.

In tale contesto si comprende quindi come questa fusione abbia rappresentato per i due gruppi un'opportunità per andare incontro a esigenze reciproche, quali la compenetrazione di un settore di mercato rilevante come quello nordamericano (per SPA) o l'acquisizione di competenze tecnologiche, specialmente nell'elettrificazione dei veicoli (per FCA). Tale fenomeno può ben rappresentare quindi una strategia che caratterizzerà sempre più i comportamenti economici di grandi aziende propense a risolvere problematiche interne grazie alla conclusione di accordi con altri soggetti che operano in territori e in contesti diversi.

Le differenti fasi che negli anni hanno portato la FIAT alla costituzione del gruppo *Stellantis* riescono quindi a dimostrare come le imprese multinazionali operano oggi su un mercato globale, senza confini, e optano per concentrare la produzione industriale dove ritengono sia più conveniente e dove prevedono di massimizzare i profitti. Gli Stati, al contrario, entrano in concorrenza tra loro per attirare gli investimenti delle multinazionali stesse in quanto tali investimenti sono in grado di generare valore e occupazione[25].

Il settore dell'*automotive* è infatti un pilastro strategico per l'industria italiana, con un fatturato superiore ai 90 miliardi di euro, pari al 5,2 per cento del prodotto interno lordo. A ciò si aggiunga poi che in questo settore lavorano complessivamente 167mila addetti, che diventano 1,2 milioni se si considera anche l'indotto diretto e indiretto, cioè tutta la rete di aziende e professionisti coinvolti[26].

Tuttavia, questo comparto è minacciato da una contrazione nella produzione, a causa della decrescita registrata negli ultimi anni. Nel 2023, stando ai dati diffusi dalla stessa azienda,

[24] Stellantis è proprietaria dei seguenti marchi automobilistici, europei e nordamericani: Fiat, Alfa Romeo, Lancia, Abarth, Peugeot, Citroën, DS Automobiles, Opel, Vauxhall, Chrysler, Dodge, Jeep, Ram, Maserati.

[25] Come ha ricordato il 28 febbraio 2024 il Ministro delle imprese e del made in Italy Adolfo Urso nel corso dell'audizione sulla situazione della filiera industriale dell'automotive, nel settore automobilistico lavorano complessivamente 167mila addetti, che diventano 1,2 milioni se si considerano anche l'indotto diretto e indiretto, cioè tutta la rete di aziende e professionisti coinvolti. Tutto il comparto genera nel complesso 90 miliardi di euro di fatturato all'anno e incide sul PIL, il prodotto interno lordo, per il 5,2 per cento. Ha insomma un impatto enorme sull'economia del paese.

Il resoconto stenografico della seduta è disponibile online all'indirizzo documenti.camera.it/leg19/resoconti/commissioni/stenografici/html/10/audiz2/audizione/2024/02/28/indice_stenografico.0006.html.

[26] Circa i tre quarti delle imprese di tutto il settore automobilistico in Italia sono relazionati, in maniera più o meno diretta e più o meno esclusiva, con Stellantis.

Stellantis ha prodotto in Italia 752mila veicoli[27]. È una cifra ancora lontana dagli ambiziosi obiettivi indicati dal governo, visto che nel primo trimestre del 2024 la produzione negli stabilimenti italiani ha avuto un forte calo, di quasi il 10 per cento rispetto allo stesso periodo del 2023.

Per il Governo italiano, tra le cause che possono motivare questa crisi vi rientrano sicuramente anche le politiche comunitarie, che «obbliga[no] le industrie a produrre e vendere meno auto endotermiche. Proprio per questo stanno chiudendo gli stabilimenti, mandando in cassa integrazione e licenziando operai. Questa è la follia del *Green Deal*[28]». Questa posizione non sembra però essere condivisa dagli operatori del settore, i quali sostengono che «attribuire la crisi al *Green Deal* è una narrazione fuorviante[29]», mentre a mancare sarebbe proprio una «visione strategica per accompagnare una transizione sostenibile, definita dagli obiettivi, economicamente e socialmente responsabile[30]».

La centralità del settore automobilistico è avvertita ovviamente non solo in Italia, ma in tutto il territorio dell'Unione europea, entro i cui confini le imprese non solo sono libere di spostarsi da uno Stato all'altro ma registrano tassi di produzione molto diversi tra di loro. Si pensi, a tal proposito che il numero di veicoli prodotti all'anno si attesta a 3,5 milioni in Germania, a 1,7 milioni in Spagna e a 1 milione in Francia[31].

Dalla lettura di questi dati si comprende, quindi, come la capacità per gli Stati membri di garantire le condizioni ottimali per mantenere la produzione all'interno dei propri territori diventa una condizione ancora più necessaria e stringente, capace di avviare una competizione interna che -in ogni caso- deve fare i conti con le regole imposte dal diritto comunitario.

3. *L'impresa «in dialogo» con le istituzioni pubbliche.* - Analizzare i fattori che riescono ad influenzare (e a determinare) le condizioni per il mantenimento della produzione industriale all'interno dei confini di uno Stato (riuscendo, quindi, non solo a garantire la sopravvivenza delle imprese nazionali ma anche l'attrazione di quelle straniere) risulta necessario per poter comprendere quali sono i meccanismi virtuosi da adottare nell'attuale scenario di concorrenza globale tra Stati.

Guardare alle storie delle imprese, al loro dispiegarsi ed evolversi nel tempo, dovrebbe riuscire a «spiegare perché, quando, come e in quali contesti queste si evolvono e si sviluppano, come hanno successo e perché falliscono, chi le guida e quale esito hanno le scelte strategiche intraprese, nel breve e nel lungo termine[32]». Il contesto in cui le imprese agiscono, infatti, non è solo quello proprio del tessuto economico, in quanto dirimenti risultano anche le regole sia nazionali che internazionali entro le quali si trovano ad operare, così come le scelte di natura politica, strategica e manageriale[33].

Dal punto di vista del diritto amministrativo, il fenomeno dell'impresa va dunque inquadrato nel novero delle disposizioni di diritto pubblico che sono in grado di influire sulla

---

[27] Tale dato indica un aumento del 9,6 per cento rispetto al 2022, quando la produzione si è attestata sulle 460 mila vetture, in diminuzione rispetto alle 743 mila del 2019.

[28] Dichiarazioni di Adolfo Urso, Ministro delle Imprese e del Made in Italy, rilasciate durante l'Assemblea Pubblica dell'Associazione Nazionale Filiera Industria Automobilistica (ANFIA) 2024 "Ritrovare la strada. Insieme per affrontare la transizione", svoltasi a Roma l'11 dicembre 2024.

[29] Michele Crisci, Presidente UNRAE - Unione Nazionale Rappresentanti Autoveicoli Esteri, intervento all'Assemblea Pubblica dell'ANFIA 2024.

[30] *Id.*

[31] La produzione automobilistica sta subendo una crisi profonda anche in Francia dove, secondo i sindacati, dal 2012 si sono persi all'incirca 70mila posti di lavoro a causa della delocalizzazione all'estero in cerca di manodopera più economica di aziende chiave (come Stellantis).

[32] F. AMATORI, M. D'ALBERTI (a cura di), *L'impresa italiana*, Enciclopedia Italiana, Istituto dell'enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 2020, vol. 1 "Le Storie", *Prefazione.*

[33] L. GALLINO, *La scomparsa dell'Italia industriale*, Torino, Einaudi, 2003.

sua attività, se non sulla sua esistenza stessa. È in quest'ottica, dunque, che si può guardare all'impresa come a un soggetto «in dialogo» con le istituzioni pubbliche, un soggetto sul quale possono senz'altro influire tanto la consistenza della finanza pubblica, quanto le infrastrutture e la legislazione[34].

È stato ribadito in dottrina come il ruolo delle istituzioni pubbliche di influenzare e indirizzare le modalità operative e la localizzazione delle imprese sia di centrale importanza, l'economia di mercato è stata proprio per questo definita «*locus artificialis* e non *locus naturalis*[35]». Questa artificialità deriverebbe proprio «da una tecnica del diritto, la quale, in dipendenza di decisioni politiche, conferisce forma all'economia[36]». Tale rapporto può essere analizzato sicuramente a partire dal diritto positivo, da quella «costituzione economica» intesa innanzitutto come l'insieme delle norme di rango primario relative ai rapporti economici e, quindi, per quanto concerne la Costituzione italiana, agli articoli 41 e 43 relativi all'impresa[37]. A ciò si aggiungano anche quelle norme che -pur essendo contenute in leggi ordinarie, risultano avere valenza costituzionale[38]. Ma vi è, infine, un'altra accezione di «costituzione economica», ed è quella che, facendola risalire al costituzionalista inglese, Albert Venn Dicey, «dimostra come l'analisi dei rapporti tra Stato ed economia non può fondarsi solo sulle norme, ma deve andare oltre verso quello che i francesi chiamerebbero il 'mutare dello spirito pubblico'. Non solo quindi analisi delle norme costituzionali e delle leggi ma anche analisi dei mutamenti dell'opinione pubblica[39]».

Partendo, quindi, dalle norme di rango costituzionale, è possibile osservare come dallo Stato, ai sensi dell'art. 41, si esigeva una triplice funzione: determinare i programmi e i controlli relativi al settore economico (nella sua funzione di legislatore); gestire l'attività economica pubblica (in qualità di imprenditore); e implementare i programmi e controlli previsti (in qualità di apparato amministrativo)[40]. Nell'espletare queste tre funzioni lo Stato agiva quindi come 'regolatore'. È con la scelta dei fini (dei «fini sociali» richiamati dal terzo comma dell'art. 41 della Costituzione) che si ha il passaggio allo 'Stato imprenditore[41]', ovvero allo Stato che sceglie verso dove indirizzare l'attività economica (anche) privata, esprimendo una preferenza per certi fini e non per altri[42].

Come già anticipato, in questo contesto gli strumenti giuridici di cui dispone il potere pubblico sono molti e possono essere ricompresi in alcune categorie come: l'approntamento delle infrastrutture, l'attività metrologica e registratoria, la definizione del regime d'impresa e,

---

[34] F. AMATORI, M. D'ALBERTI (a cura di), *L'impresa italiana*, cit.

Sul ruolo dello Stato in qualità di 'promotore' delle politiche in materia di crescita economica si rimanda a: G. GITTI, A. Montanino, *Dallo Stato erogatore allo Stato promotore e contraente: verso una nuova politica economica*, in osservatorio del diritto civile e commerciale, n. 1, 2012, 41 ss.; S. TRENTO, E. ZANINOTTO, *Una politica industriale utile e sostenibile*, in il Mulino, n. 2, 2013, 228 ss.; P. CIOCCA, *Politica industriale come investimento pubblico*, in Quaderni rassegna sindacale, n. 3, 2016, 65 ss.; A. TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in Giornale di Diritto Amministrativo, n. 5, 2016, 573 ss.

[35] Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, IV ed., Bari-Roma, Laterza, 2008, V.

[36] *Id*.

[37] Per un commento all'art. 41 Cost. si rinvia su tutti a F. GALGANO, *Rapporti economici. Tomo II, Art. 41 Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, Zanichelli, 1982, 8 e ss.

[38] Si può menzionare in proposito la legge 10 ottobre 1990, n. 287 (c.d. legge «antitrust»), e il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (convertito con legge 8 agosto 1992, n. 359), che ha disposto la privatizzazione delle maggiori imprese pubbliche.

[39] Cfr. S. CASSESE, *I tre significati di costituzione economica*, in Id. *La nuova costituzione economica*, cit., 5.

[40] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, op. ult. cit., 31.

[41] Sulla letteratura in materia di Stato imprenditore si rimanda a: S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit.; A. PISANESCHI, G. MUSSARI, A. SANTONI, S. DALLE MURA, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, Torino, Giappichelli, 2009.

[42] Rispetto alla selezione dei fini nel rapporto tra Stato e industria si veda anche G. AMATO (a cura di), *Il governo dell'industria in Italia,* Bologna, il Mulino, 1976.

non ultimi per importanza, le incentivazioni[43]. Il ruolo dello Stato non dovrebbe quindi limitarsi all'erogazione di garanzie finanziarie, quanto piuttosto promuovere condizioni normative, burocratiche e strategiche favorevoli all'innovazione e al rafforzamento tecnologico, in modo tale da mantenere il tessuto industriale competitivo e attrattivo nel panorama globale[44]. Ma rispetto alle dinamiche che hanno interessato nello specifico il rapporto tra Stato italiano e Stellantis, sono soprattutto gli aiuti pubblici sotto forma di incentivazioni economiche gli strumenti ad essere stati maggiormente utilizzati.

Le tipologie di ausilio possono essere diverse, potendo questi configurarsi come ausili a fine di sostentamento, ausili di attività, o ausili di risultato: la distinzione tiene conto la natura delle relazioni che intercorrono tra interesse pubblico e interesse privato. Ma, al di là di queste differenze, l'aspetto forse più importante che accomuna tutte le tipologie di ausilio finanziario pubblico è proprio la «dislocazione reciproca di interessi pubblici e di interessi privati[45]», ed è questo l'aspetto fondamentale da indagare anche per quanto riguarda il caso oggetto di analisi.

3.1 *Gli incentivi ricevuti da Stellantis*. - Le tensioni che si sono venute a creare tra il governo italiano e il gruppo *Stellantis* e che riguardano la strategia produttiva della società sul territorio nazionale vanno esaminate, anche, alla luce delle profonde trasformazioni in atto nel settore automobilistico. La competizione tra sistemi giuridici e fiscali nazionali è resa infatti particolarmente acuta dalle sfide tecnologiche e ambientali che stanno ridisegnando il panorama di riferimento: l'elettrificazione dei veicoli, l'innovazione digitale e i requisiti sempre più stringenti in tema di sostenibilità spingono le aziende a riconsiderare le proprie sedi produttive e strategiche. Pertanto, le divergenze tra il governo italiano e il gruppo *Stellantis* non riflettono solo un disaccordo sulle singole scelte aziendali, ma fanno parte di un più ampio quadro competitivo globale, in cui gli Stati mirano a configurarsi come *hub* in grado di attrarre investimenti nel settore tecnologico, manifatturiero e dell'innovazione.

A tal fine anche in Italia sono state introdotte forme di direzione dell'economia mediante, anche, atti di ausilio finanziario, tra cui si possono menzionare meccanismi di sostegno nell'accesso al credito, ad esempio, sotto forma di finanziamenti agevolati coperti dal rilascio di garanzie pubbliche[46]. Negli ultimi anni, tra le nuove misure a sostegno delle imprese si può menzionare il decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 (noto come «decreto liquidità[47]»), con il quale è stato ampliato il funzionamento del Fondo centrale di garanzia, già modificato dal precedente decreto «Cura Italia». Ai sensi di queste misure fino al 31 dicembre 2020 le garanzie sono state rese gratuite, l'importo massimo garantito per ogni impresa è stato incrementato e la percentuale di copertura della garanzia diretta è stata innalzata fino al 90 per cento dell'ammontare di ciascuna operazione (rispetto al limite ordinario dell'80 per cento[48]). Rileva menzionare anche il rinnovato ruolo riconosciuto a SACE S.p.A., la quale è stata autorizzata a concedere garanzie (contro-garantite dallo Stato) a favore di banche e altri istituti di credito per nuovi finanziamenti destinati alle imprese, per un valore complessivo fino a 200 miliardi di euro[49]. È in questo

[43] Questa classificazione è di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977.

[44] A tal proposito, si veda anche M. DRAGHI, *Strategic Report on the Future of European Competitiveness*, European Parliament, 2024.

[45] Cfr. D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, Franco Angeli, 1971, Introduzione.

[46] Si vedano in proposito le voci di: M. ANNESI, *Finanziamento* (dir. pubbl.), in Enciclopedia del Diritto, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 627 ss.; M. CARABBA, *Incentivi finanziari*, in Enciclopedia del Diritto, XX, Milano, Giuffrè, 1970, 963 ss.; G. COSSU, *Finanziamenti* (dir. pubbl.), in Enciclopedia Giuridica, XIV, Roma, Treccani, 1984; E. CROCI E G. PERICU, *Sovvenzioni* (diritto amministrativo), in Enciclopedia del Diritto, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 243 ss.; A. TONETTI, *Ausili finanziari*, in Dizionario di diritto pubblico, I, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 550 ss.

[47] Convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, art. 1, c. 1.

[48] L'articolo 49 del decreto «cura Italia», che disciplinava l'ampliata operatività del Fondo, è stato abrogato dall'art. 13, comma 12, del d.l. n. 23/2020.

[49] d.l. n. 23/2020, articolo 1 («Misure temporanee per il sostegno alla liquidità delle imprese»).

contesto che nel maggio 2020 FCA Italy, società controllata dal gruppo *Fiat Chrysler Automobiles* (FCA), ha ottenuto comunicato di aver chiesto che il governo italiano garantisse (tramite il gruppo SACE) un prestito triennale pari a 6,3 miliardi di euro.

Il coinvolgimento dello Stato in tale operazione ha sollevato degli interrogativi sulle ragioni e sulle condizioni alla base di un sostegno finanziario pubblico a imprese private. A tal proposito, un dossier della Camera dei deputati dell'aprile 2020[50] mirava specificatamente a fornire delucidazioni rispetto a quali fossero i requisiti necessari per ottenere la garanzia pubblica. Tra questi vi rientravano dei vincoli volti a preservare l'occupazione e a sostenere il tessuto industriale italiano, come l'impegno dell'azienda a mantenere i livelli occupazionali tramite accordi sindacali e la destinazione del prestito per i costi del personale.

Per quanto riguarda Stellantis, in aggiunta a questa garanzia statale agevolata per accedere al credito, negli anni sono stati ricevuti importanti ausili economici diretti. Dal 2016, anno in cui inizia a essere operativo il registro nazionale degli aiuti di Stato[51], a inizio 2024 è stato calcolato come FCA prima e Stellantis dopo abbia ricevuto cento milioni di euro in aiuti da parte dell'Italia[52], ai quali vanno aggiunte le somme per la cassa integrazione (che ammonterebbero a 700 milioni di euro solo nei tre anni che vanno dal 2021 al 2024[53]).

Ma il sostegno del governo italiano al settore automobilistico sembra oggi spostare l'attenzione dai sostegni alla domanda (e, quindi, dagli incentivi) agli aiuti all'offerta. A fronte di una riduzione prevista nella manovra di bilancio per il 2025 di 4,6 miliardi alle risorse destinate all'adozione di misure a sostegno della riconversione del settore automobilistico (confluite in un fondo *ad hoc* presso il Ministero dello sviluppo economico[54]), sono stati promessi investimento produttivi «con particolare attenzione alla componentistica, che è la vera forza del Made in Italy[55]».

In siffatta situazione la performance di Stellantis non può dirsi positiva, sia in termini di produttività sia per quanto riguarda la salvaguardia dell'occupazione. Se nel 2017 il volume produttivo superava il milione di unità, nel 2023 la produzione è scesa a 751.000 unità, registrando una riduzione dell'occupazione del 30 per cento. Nei primi sei mesi del 2024, considerando sia autovetture sia veicoli commerciali, la produzione di *Stellantis* Italia ha segnato un calo di oltre il 25 per cento rispetto al primo semestre 2023. Per il resto dell'anno si prevede che la produzione annuale possa scendere a circa cinquecentomila unità, una riduzione superiore al 33 per cento rispetto al 2023 e solo la metà dell'obiettivo di un milione di veicoli annui fissato dal Governo italiano con *Stellantis* per il 2030.

A ciò si aggiunga il fatto che l'impegno del gruppo nel settore della ricerca e sviluppo in Italia è apparso limitato rispetto a quello in altri Paesi. Nel 2021, la divisione italiana di ricerca e sviluppo di *Stellantis* ha depositato un decimo dei brevetti rispetto alla sua controparte francese. Nel 2023, il gruppo ha depositato 1.542 brevetti in Francia, affermandosi come leader nazionale nelle richieste di brevetti presso l'*Institut National de la Propriété Industrielle* (triplicando le domande depositate da Renault), mentre in Italia ha registrato appena 166 brevetti. La capacità di innovare e di brevettare nuove tecnologie è essenziale non solo per

[50] Trattasi del dossier n. 208, del 29 aprile 2020, n. A.C. 2461, "Accesso al credito e adempimenti fiscali per le imprese, nonché poteri speciali nei settori strategici".

[51] Rinvenibile in *www.rna.gov.it/*.

[52] Come calcolato dall'analisi riportata da *Dataroom* nel gennaio 2024, cit.

[53] E questi fondi sembrano poter aumentare, anche a seguito delle dimissioni di Carlos Tavares, amministratore delegato di Stellantis fino a inizio dicembre 2024.

[54] Fondo istituito ai sensi dell'articolo 22, comma 1, del decreto-legge 1 ° marzo 2022, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 aprile 2022, n. 34, recante "Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali".

[55] Così come riportato dal Sole24Ore, in un articolo del 28 ottobre 2024, intitolato *Anfia denuncia: tagliati 4,6 miliardi di euro al Fondo automotive*.

incrementare i ricavi e generare occupazione, ma anche per contribuire allo sviluppo tecnologico in settori strategici come la mobilità sostenibile.

Tutto ciò ha determinato un generale senso di insoddisfazione da parte del governo italiano nei confronti della multinazionale, in quanto quest'ultima sembra aver trascurato l'obiettivo di salvaguardare concretamente la presenza produttiva del gruppo in Italia.

3.2. *Alcuni limiti ai sussidi statali* - A valle dell'analisi di questi dati, appare dunque necessario riprendere il discorso sulla «dislocazione reciproca di interessi pubblici e privati nell'atto di ausilio[56]». Soprattutto negli 'ausili di attività', come quelli ricevuti in via principale da Stellantis, il comportamento del privato in risposta al recepimento dei finanziamenti risulta di primaria importanza. In questi casi, infatti, «l'interesse pubblico non si soddisfa con il puro e semplice incremento patrimoniale del beneficiario [cosa che avviene, invece negli ausili a fine di sostentamento ove l'interesse pubblico è in secondo piano rispetto a quello privato], ma solamente con il realizzarsi del comportamento stesso nei confronti del quale comportamento l'erogazione pecuniaria è strumentale[57]». In siffatte circostanze, dunque, l'interesse del privato all'incremento patrimoniale ovviamente rimane una parte fondamentale del rapporto che si instaura con il potere pubblico, ma è proprio l'interesse pubblico che dovrebbe prevalere.

Ma è solo con gli ausili c.d. 'di risultato' che la realizzazione dell'interesse pubblico può essere verificata attraverso un controllo su tutta l'attività del privato, tenuto all'ottenimento di certi risultati, in un meccanismo di funzionalizzazione dell'impresa in cui lo scopo delle istituzioni è quello di «individuare tra le "utilizzazioni" possibili quelle che, in un certo momento, sono conformi agli interessi della collettività[58]». In un'ottica ideale i finanziamenti pubblici a imprese private potrebbero rispondere in modo virtuoso al contemporaneo soddisfacimento dei due attori coinvolti, realizzando al contempo l'ottenimento degli interessi d'impresa e facendo sì che quest'ultima collabori alla realizzazione dell'interesse pubblico con uno specifico comportamento. La debolezza di questo sistema risiede però nella effettiva capacità dello Stato di controllare l'uso che del denaro pubblico viene fatto, in quanto se le leggi o i provvedimenti amministrativi con i quali vengono erogati i finanziamenti non disciplinano il modo del controllo o non parlano affatto di controlli, è tutta l'impalcatura dell'incentivazione a rischiare di crollare.

Per quanto riguarda i sussidi e le agevolazioni del credito, infine, specifiche limitazioni alla loro erogazione possono derivare anche dal quadro giuridico europeo laddove definisce obiettivi e condizioni di ammissibilità in materia di aiuti di Stato[59]. Ai sensi degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) è vietato qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche a favore di alcune imprese o produzioni che, attribuendo un vantaggio economico selettivo, sia tale da falsare o minacciare di falsare la concorrenza.

Come si evince, quindi, gli aiuti di Stato in base alla normativa europea sul mercato interno non sono vietati in modo assoluto ma possono ritenersi legittimi soltanto laddove rispettano la concorrenza. Sono infatti considerati compatibili solo in circostanze particolari, ossia quando

---

[56] Così come ricostruito nell'analisi di D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, cit.

[57] *Id*., 24.

[58] *Id*., 209.

[59] Sulla natura e la disciplina degli aiuti di Stato: A. ALEMANNO, *Aiuti di Stato* (dir. com.), *ad vocem*, in S. CASSESE (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 2006, 192 ss.; I. BORRELLO, E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione Europea*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., 87 ss.; E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato* (diritto dell'Unione europea), *ad vocem,* in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 2013, 19 ss.

Si veda inoltre: E. BALDI, *La disciplina degli aiuti di Stato. Manuale critico ad uso delle amministrazioni e delle imprese*, Rimini, Maggioli, 2017; Id. *Così è... (se vi pare). Gli aiuti di Stato tra concorrenza e competitività*, Napoli, 2022.

Sull'evoluzione storica delle regole in materia di aiuti di Stato si rimanda a: G.L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, Giappichelli, 2011.

sono orientati al conseguimento di obiettivi di interesse comune chiaramente definiti. Tale compatibilità si giustifica, infatti, laddove tali aiuti promuovano finalità collettive che rivestono una rilevanza strategica per l'Unione europea. Tra questi obiettivi rientrano, ad esempio, il supporto a servizi di interesse economico generale, il rafforzamento della coesione sociale e regionale, l'incentivazione dell'occupazione, il sostegno alla ricerca e all'innovazione, la promozione di pratiche sostenibili e la tutela della diversità culturale.

La normativa comunitaria specifica inoltre che, per essere considerati ammissibili, tali aiuti devono risultare proporzionati rispetto agli scopi perseguiti e mirati a correggere specifiche inefficienze di mercato. Questi sussidi devono così rappresentare una risposta calibrata, capace di risolvere i fallimenti di mercato senza introdurre distorsioni eccessive della concorrenza.

La proporzionalità è dunque un criterio chiave: essa implica che l'intervento pubblico deve essere limitato a quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo, senza risultare eccessivo rispetto agli effetti negativi potenziali sulla competizione.

Un allentamento di questi vincoli si è avuto all'indomani dello scoppio della crisi pandemica di COVID-19, allorché agli Stati è stato permesso – in deroga alla disciplina comunitaria- di utilizzare un importante volume di risorse per *soccorrere* le imprese in crisi. La Commissione europea nel marzo 2020 ha adottato un quadro normativo temporaneo[60] con l'obiettivo di enunciare quali fossero le misure economiche che potevano adottare gli Stati membri per far fronte all'emergenza e cercare di contenere gli effetti della pandemia sul tessuto economico e industriale.

4. *La concorrenza fiscale tra Stati.* - Sono state analizzate, nei paragrafi precedenti, alcune delle modalità che gli Stati possono utilizzare nel condurre le proprie politiche industriali, oltre alle ragioni sottese a quest'ultime. L'obiettivo, come più volte evidenziato, è quello di sostenere il tessuto produttivo e industriale all'interno del territorio nazionale nell'ottica di una sua funzionalizzazione e, quindi, dell'ottenimento di un interesse pubblico.

In questo scenario di globalizzazione dell'economia anche la concorrenza fiscale tra Stati assume rilevanza, non solo sotto il profilo giuridico-tributario, ma anche per le implicazioni politico-diplomatiche che essa comporta.

L'espressione 'concorrenza fiscale tra Stati' si riferisce a un insieme di norme, strategie e meccanismi messi in atto dalle autorità pubbliche con l'obiettivo di ridurre il carico fiscale e, conseguentemente, di attrarre capitali, imprese e, talvolta, individui fisici provenienti da altre giurisdizioni[61]. Questa competizione, dunque, non è solo una dinamica tra attori economici privati, ma vede in competizione le diverse sovranità fiscali nazionali che, come i mercati, cercano di offrire condizioni vantaggiose per massimizzare i propri vantaggi economici. Tra i fattori che influenzano le scelte di localizzazione delle imprese e delle persone la fiscalità ha assunto un ruolo sempre più rilevante, diventando uno strumento riconosciuto per promuovere la competitività dei rispettivi sistemi produttivi nazionali.

Nell'ambito dell'Unione Europea, la concorrenza fiscale tra Stati, quando si manifesta in modalità che possano ritenersi 'fisiologiche' non è di per sé incompatibile con il diritto comunitario. Tuttavia, alcune giurisdizioni, come Irlanda, Lussemburgo e Paesi Bassi, hanno adottato pratiche di concorrenza fiscale aggressiva e selettiva, mirate a erodere la base imponibile di altri Stati membri a proprio vantaggio[62]. Questo tipo di concorrenza può creare

[60] *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, COM (2020)1863. S.

[61] Cfr, P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati: atti del convegno tenuto a Roma presso la Sapienza Università di Roma il 9 febbraio 2017*, Padova, CEDAM, 2019.

[62] LUCA ENRIQUES, *Migrazioni societarie in Olanda e voto maggiorato. Parte prima: il fenomeno e gli interessi in gioco*.

tensioni tra gli Stati membri, sollevando questioni riguardo alla lealtà delle pratiche di attrazione degli investimenti.

Si assiste così a una vera e propria inversione del rapporto tradizionale tra Stato e mercato o, in altri termini, a un «ribaltamento della relazione tra potere politico ed economico». Le decisioni degli Stati, infatti, risultano spesso subordinate all'influenza esercitata dalla finanza internazionale e dalle dinamiche dell'economia sovranazionale. Di conseguenza, il controllo del cambiamento sociale tende a sfuggire alla sfera d'azione dei governi nazionali, trasferendosi invece verso centri di potere economico che, più o meno consapevolmente, regolano e plasmano le relazioni economiche globali all'interno del mercato, che evolve attraverso cicli di collaborazione e competizione.

5. *Asimmetrie interpretative e asimmetrie regolatorie.* - «Globalizzazione, crisi, ripresa, sviluppo, equità[63]» sono termini utilizzati per rappresentare la complessa situazione socioeconomica caratteristica del periodo storico attuale, vissuta non solo nel nostro contesto nazionale ma in tutto il mondo. Sono anche termini che, a valle dell'analisi condotta, risultano idonei per descrivere la complessa relazione che intercorre tra il gruppo Stellantis e lo Stato italiano.

Questo contributo ha messo in evidenza come alcuni dei meccanismi che potevano essere considerati degli assiomi dell'intervento dello Stato nell'economia (come il presupposto per cui dell'aiuto statale in favore delle imprese ne avrebbe beneficiato lo stesso soggetto che aveva erogato l'aiuto) non risultano più attuali. Le cause che hanno portato a tale disallineamento tra i due soggetti interessati in questo rapporto (lo Stato o altro pubblico potere da una parte, e l'impresa dall'altra) sono diverse. Alcune sono di stampo generale (ovverosia riscontrabili in diversi settori produttivi) e possono rintracciarsi sicuramente nelle dinamiche della globalizzazione che ha visto cadere i confini statali nell'esercizio dell'attività industriale. Altre sono invece di carattere specifico e attengono ai diversi comparti industriali di volta in volta considerati: nel caso del settore automobilistico, ad esempio, questi possono ravvisarsi nell'elettrificazione dei veicoli, nell'incremento della loro digitalizzazione, nell'attenzione maggiore alla sostenibilità e, infine, nell'introduzione della guida autonoma.

Il caso Stellantis, se messo a raffronto con il contesto teorico di riferimento in materia di politiche industriali, ha mostrato come oggi si assista a un superamento di alcuni approcci che potremmo definire 'classici' e alla necessità di porre rimedio ad alcuni meccanismi adottati dallo Stato nei confronti delle imprese private, in quanto non più efficaci.

Per quanto riguarda la prima categoria, quella del superamento, un primo aspetto che si può rilevare è sicuramente quello dell'utilizzo di una terminologia (e quindi di un modo di leggere la realtà) desueta per far riferimento a fenomeni contemporanei. Ne sono un esempio gli appelli al 'tradimento' che in diverse occasioni e da più parti sono stati rivolti a Stellantis da politici e operatori del settore italiani. A questa visione se ne contrappone un'altra, sicuramente parziale ma comunque attinente alla realtà, che può essere sintetizzata con le parole dell'allora amministratore delegato Sergio Marchionne, per il quale «Chi gestisce la FIAT ha il diritto e il dovere di scegliere per i suoi investimenti e per le localizzazioni più convenienti[64]».

Il riferimento al superamento consisterebbe proprio nel comprendere se abbia ancora senso rivolgersi a queste grandi multinazionali in termini così spiccatamente nazionalistici, oppure se nel panorama industriale contemporaneo (almeno per quanto riguarda le imprese con una rilevante presenza internazionale e un considerevole volume d'affari) non sia più possibile ricondurre un'azienda a un determinato paese d'origine.

---

[63] F. CAPRIGLIONE, *Introduzione allo studio del diritto dell'economia*, cit.
[64] I riferimenti sono richiamati *supra*, nota 19.

Si può parlare, in questo caso, di una 'asimmetria interpretativa' che vede la realtà del mercato superare il modo (politico) di comprendere questa la realtà stessa.

Rispetto al secondo punto -attinente alla necessità di apportare dei correttivi agli strumenti utilizzati dallo Stato nei suoi rapporti con le imprese private, il riferimento è alla tipologia di relazione che caratterizza il rapporto tra questi due soggetti. Quest'ultimo storicamente è stato definito, anche, come un rapporto di dipendenza reciproca in quanto rispondente a due necessità diverse e pure funzionali e dipendenti l'una dall'altra (incremento di risorse economiche per l'impresa e produzione di beni pubblici e finalità sociali per lo Stato). Ci si deve chiedere se ciò oggi sia ancora valido o piuttosto se il rapporto tra Stato e imprese, tenuto conto anche della globalizzazione dei mercati, è andato a configurarsi come un rapporto di dipendenza del primo nei confronti delle seconde. Se la competizione tra più imprese all'interno di una nazione non alterava questo equilibrio tra potere pubblico e potere privato, la competizione tra Stati per aggiudicarsi il *favor* delle imprese invece altera l'equilibrio e sovverte il rapporto.

Si evidenzia, quindi, un secondo tipo di asimmetria che potrebbe definirsi regolatoria, la quale vede la realtà del mercato superare le regole poste a regolare il mercato stesso.

Esempio di questa 'asimmetria regolatoria' è quella che è stata messa in evidenza per quanto riguarda l'effettiva capacità dello Stato di controllare l'uso che del denaro pubblico viene fatto quando si erogano sussidi a favore delle imprese. Si è visto nel testo come essenziali risultino essere nell'erogazione dei finanziamenti tanto i controlli quanto le modalità di esercitare questi controlli nei confronti delle imprese che ne beneficiano. In assenza di strumenti, di natura non soltanto giuridica ma anche politica, in grado di porre delle efficaci misure di monitoraggio e controllo agli ausili emessi, gli investimenti pubblici non riusciranno a ottenere lo scopo e a raggiungere l'obiettivo per il quale sono stati previsti ed erogati.

Un allineamento delle due tipologie diverse di asimmetrie rilevate presupporrebbe, in conclusione, una capacità di intervento da parte dello Stato che non miri ad alterare la realtà del tessuto industriale così come storicamente determinato, quanto piuttosto ad apprestare modalità corrette per comprenderla e confrontarla.

GIORGIO MOCAVINI

GLI STABILIMENTI INDUSTRIALI STRATEGICI TRA CRISI E TENTATIVI DI RILANCIO: IL CASO DELL'EX ILVA

SOMMARIO: 1. Il caso ILVA e le mutevoli asimmetrie tra Stato ed economia. – 2. L'impianto siderurgico di Taranto nel contesto delle partecipazioni pubbliche: aumentare la produzione industriale e l'occupazione al Sud. – 3. La privatizzazione dell'ILVA e i necessari profili di tutela dell'ambiente e della salute. – 4. L'amministrazione straordinaria e la vendita dell'ILVA a una multinazionale. – 5. La gestione della multinazionale e la seconda amministrazione straordinaria. – 6. L'alternativa tra pubblicizzazione ed esternalizzazione: spunti dai casi Florange e *US Steel Group*. – 7. Le funzioni pubbliche e la politica industriale.

1. *Il caso ILVA e le mutevoli asimmetrie tra Stato ed economia.* – Il concetto di asimmetria implica uno sbilanciamento: un rapporto asimmetrico, infatti, è tale quando vantaggi e benefici ricadono su una parte, mentre gli oneri gravano sull'altra. Raramente i rapporti tra poteri pubblici e poteri economici sono stati simmetrici nel corso della storia e nelle diverse aree del mondo. Basti considerare, in questa prospettiva, i due modelli teorici estremi e opposti impiegati per regolare le relazioni tra Stato ed economia, ossia il liberismo e il socialismo. Il primo serve a impedire le ingerenze delle autorità pubbliche nel mercato, ostacolandone il presunto perfetto funzionamento. Il secondo, al contrario, ha l'ambizione di controllare il mercato, gestendone tutti i più minuti meccanismi. Tra questi due estremi esistono vari punti intermedi di equilibrio verso i quali la sfera privata e quella pubblica convergono e oscillano continuamente, combinandosi in modi diversi.

Non vi è dubbio, comunque, che Stato ed economia sono da sempre concettualmente inscindibili, tanto che è stato chiarito che, a rigore, non è nemmeno corretto parlare in termini di «intervento dello Stato in economia», dato che qualsiasi azione dello Stato si riverbera sull'economia, come qualunque attività economica è rilevante per lo Stato[1].

Di conseguenza, lo Stato si è sempre occupato di economia e quest'ultima non ha mai potuto prescindere dalle istituzioni. Tale binomio, inoltre, si è spesso retto su relazioni asimmetriche. Ci si può chiedere, dunque, quale sia il senso di un'analisi dedicata in questa sede alle asimmetrie tra Stato ed economia. Una riflessione sul tema, in verità, risulta rilevante alla luce delle trasformazioni economiche che, iniziate nel ventesimo secolo, non mancano di produrre effetti ulteriori e più ampi nel ventunesimo secolo. Tali trasformazioni attengono alla progressivamente più stretta connessione dei mercati internazionali e all'irrompere di società multinazionali che operano al di là dei confini degli Stati. Fino a tutto l'Ottocento, i rapporti tra Stato ed economia potevano essere ricondotti a quelli tra i governi e le imprese nazionali. Nel corso del Novecento, l'emergere di società multinazionali, in parallelo all'apertura e alla liberalizzazione dei mercati in tutto il mondo, ha posto sfide inedite per gli Stati[2]. Le multinazionali, infatti, non solo operano al di là delle frontiere statali, ma non hanno sede in alcuno Stato: esse, pertanto, non hanno una base territoriale a cui rendere conto, a differenza sia di uno Stato, in cui una delle più importanti componenti è certamente il territorio, sia delle imprese nazionali, che devono tenere conto degli interessi delle comunità territoriali in cui

[1] Sul punto è sufficiente rinviare a M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia,* in *Riv. dir. comm.,* 1959, n. 9-10, 313 ss. e a S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e* deregulation, in *Stato mer.*, 1991, 378 ss.

[2] In effetti, si è chiarito che «la globalizzazione aumenta, al punto che non si può più parlare, in senso stretto, di «Stato ed economia». L'economia si è globalizzata molto velocemente. Gli Stati e il diritto tentano, meno velocemente, di stare dietro ad essa, per tenerne gli sviluppi sotto controllo» (così S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato,* Bologna, il Mulino, 2014, 243).

operano. Le multinazionali, dunque, non hanno il vincolo della territorialità e questo assicura loro un vantaggio asimmetrico rispetto agli Stati[3].

D'altro canto, l'attenzione rivolta dagli Stati alla dimensione territoriale non è venuta meno, anzi sembra essersi arricchita la prospettiva giuridica con cui si può esaminare la rilevanza del territorio per gli Stati. Per chiarire il punto è utile richiamare brevemente le principali posizioni tradizionali della scienza giuridica pubblicistica sul rapporto tra Stato e territorio: Santi Romano considerava il territorio quale elemento costitutivo della nozione di Stato[4]; Ugo Forti sosteneva che il territorio fosse oggetto di un diritto reale dello Stato[5]; Donanto Donati riteneva che il territorio fosse oggetto di un «diritto di dominio in senso stretto» dello Stato[6]. Queste prospettive, come si può notare, considerano il territorio come oggetto di un diritto dello Stato. La realtà giuridica odierna dimostra che il territorio è anche oggetto di un «dovere» dello Stato: quest'ultimo è tenuto a garantire non solo lo sfruttamento, ma anche la tutela, la promozione e lo sviluppo del territorio, nonché delle comunità che lo abitano. Mentre l'economia può ignorare il territorio, lo Stato non può in alcun modo prescindervi, perché vi insistono diritti e doveri.

Questo tipo di asimmetria è bene visibile nel caso dell'ex ILVA di Taranto, che è particolarmente rilevante dato che l'Italia è il secondo produttore europeo e l'undicesimo mondiale di acciaio, con 21 milioni di tonnellate di acciaio grezzo prodotto nel 2023, un fatturato netto che si attesta a 41 miliardi di euro e un totale di 44 mila addetti nel 2022[7].

In questa vicenda, infatti, si intrecciano numerosi interessi pubblici, quali la tutela dell'ambiente e della salute, l'interesse economico al rilancio della produzione siderurgica e l'obiettivo del mantenimento dei livelli occupazionali. Il problema del bilanciamento deriva da vari fattori: la crisi iniziale delle partecipazioni statali e la transizione a modelli privati di gestione; l'emersione di una disciplina ambientale sempre più stringente e in via di perfezionamento; le difficoltà dei soggetti privati a bilanciare le esigenze di produttività di un'impresa quasi in *default* con la necessità di investimenti per l'innovazione.

Gli interessi in gioco nella fattispecie in esame, poi, sono astrattamente perseguibili in modi diversi. Gli interessi di tutela ambientale e della salute sono generalmente assicurati nel quadro di una regolamentazione pubblicistica, con strumenti autorizzatori e controlli delle autorità. Gli interessi economici, relativi a obiettivi produttivi e ai livelli di occupazione, al contrario, possono essere efficacemente perseguiti tramite ordinari strumenti imprenditoriali. Di conseguenza, per perseguire interessi di tutela ambientale e della salute, l'intervento pubblico è ineliminabile; invece, per soddisfare gli interessi economici, si può fare affidamento eventualmente su soggetti privati in grado di concludere investimenti per rilanciare gli impianti industriali e conseguire ulteriori obiettivi produttivi.

In questa prospettiva, dunque, si esaminano le modalità impiegate nel caso ILVA per perseguire entrambe le categorie di interessi, distinguendo tra il periodo del controllo pubblico degli stabilimenti ILVA, quello della prima privatizzazione in favore di un gruppo imprenditoriale privato italiano e quello della seconda privatizzazione in favore di una multinazionale. In particolare, si osserva come siano mutate le asimmetrie tra Stato ed economia

---

[3] Tale asimmetria può forse spiegare perché lo sviluppo della globalizzazione è simile al movimento di un «pendolo», essendo «stato scandito da fasi alterne, in cui si sono avvicendati momenti di grande euforia con altri di difficoltà e scetticismo e in cui si sono venuti formando, a fianco di una maggioranza di osservatori neutri, anche folti gruppi tanto di sostenitori, quanto di oppositori» (così L. CASINI, *Il diritto amministrativo oltre lo Stato*, in *Giorn. dir. amm.,* 2024, n. 6, 807).

[4] S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato* (1902), in Id., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1990, 203 ss.

[5] U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio* (1902), in Id., *Studi di diritto pubblico,* I, Roma, Foro italiano, 1937, 197 ss.

[6] D. DONATI, *Stato e territorio* (1924), Macerata, Quodlibet, 2023, 113.

[7] I dati sono tratti da Ministero delle imprese e del *made in Italy*, *Made in Italy 2030. Libro verde sulla politica industriale,* Roma, 121, disponibile *online* al seguente *link*: *www.mimit.gov.it/it/libro-verde*.

e quali sfide siano poste dall'ultima crisi dell'ILVA certificata dalla nuova amministrazione straordinaria avviata nel 2024.

2. *L'impianto siderurgico di Taranto nel contesto delle partecipazioni pubbliche: aumentare la produzione industriale e l'occupazione al Sud.* – L'impianto siderurgico di Taranto fu ufficialmente inaugurato il 10 aprile 1965 dall'allora Presidente della Repubblica Giuseppe Saragat[8]. La realizzazione dello stabilimento non era frutto di un'iniziativa isolata, ma l'effetto di una precisa strategia di industrializzazione del Mezzogiorno, sostenuto dalla logica dello Stato imprenditore. In particolare, si muoveva dalla premessa generale per cui, per promuovere lo sviluppo di un territorio, non si dovrebbe agire esclusivamente sul lato della domanda, quindi attraverso politiche monetarie e fiscali, ma piuttosto sostenendo l'offerta, con interventi come la creazione di imprese pubbliche, l'approntamento di infrastrutture e la promozione di stabilimenti industrializzazione[9].

Sostenere la domanda, facendo aumentare i consumi, infatti, favorisce quelle regioni che hanno già raggiunto un alto livello di specializzazione industriale e che sono in grado di soddisfare l'incremento della domanda medesima. L'industrializzazione del Meridione italiano, dunque, doveva necessariamente partire dal supporto all'offerta. Subito dopo la seconda guerra mondiale, pertanto, seppur in modo sporadico, si è cominciato a sviluppare l'industrializzazione pubblica nel Sud. L'obiettivo non era semplicemente creare singoli stabilimenti, ma avviare un processo di industrializzazione in una regione con diciotto milioni di abitanti, ancora lontana dalle trasformazioni indotte dalla rivoluzione industriale, soprattutto tramite due strumenti operativi: da una parte, la Cassa per il Mezzogiorno; dall'altra, l'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI).

Con la creazione della Cassa per il Mezzogiorno, si cercò di innovare l'azione pubblica seguendo tre linee di condotta principali: garantire un flusso di risorse adeguato e costante nel tempo per gli interventi straordinari; rendere autonoma la gestione di tali risorse; e accelerare e semplificare le procedure amministrative. L'obiettivo della Cassa, infatti, era quello di stimolare la realizzazione di progetti nel Sud, combinando tecniche e capitali pubblici e privati. La preparazione dei programmi era una delle principali responsabilità istituzionali della Cassa, espressamente prevista dall'art. 2 della legge istitutiva del 10 agosto 1950, n. 646. La disposizione collegava la predisposizione dei programmi alla stessa finalità dell'ente e la programmazione, quindi, rappresentava l'aspetto più innovativo e avanzato della politica di sviluppo del Paese, in quanto i programmi erano chiamati a definire e selezionare le opere da realizzare, stabilendo un ordine di priorità in base alle necessità di coordinamento. Per la realizzazione dei progetti e delle opere, poi, la Cassa si avvaleva di tre meccanismi: gli affidamenti ad aziende autonome statali; le concessioni agli enti locali; il ricorso ad appalti in favore di soggetti privati[10].

L'attività della Cassa si è poi arricchita nel tempo grazie all'operato di un insieme di enti, noti come «enti collegati» alla Cassa medesima, che sono stati attivi nei settori della promozione, dell'assistenza, della partecipazione al capitale di rischio e della formazione. Si trattava soprattutto dei seguenti soggetti: la Società finanziaria meridionale (FIME), la Società finanziaria per nuove iniziative sud (INSUD), la Società finanziaria agricola meridionale

[8] La prima pietra dell'impianto siderurgico fu posta il 9 luglio 1960, mentre la prima colata si ebbe il 20 novembre 1964, alla presenza del Presidente del Consiglio dei ministri Aldo Moro, come si legge in S. ROMEO, *L'acciaio in fumo. L'Ilva di Taranto dal 1945 a oggi,* Roma, Donzelli, 2019, 108.

[9] L'importanza del sostegno all'offerta in una strategia più ampia di industrializzazione del Mezzogiorno è stata descritta da P. SARACENO, *Nuovo meridionalismo e intervento straordinario,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1980, n. 1, 3 ss.

[10] Sulla genesi, sull'organizzazione e sulle linee d'azione della Cassa per il Mezzogiorno si legga G. PESCATORE, *L'attuazione degli interventi straordinari per il Mezzogiorno,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, n. 3, 541 ss.

(FINAM), l'Istituto per l'assistenza allo sviluppo nel Mezzogiorno (IASM) e il Centro di formazione studi (FORMEZ)[11].

Mentre la Cassa per il Mezzogiorno era un vero e proprio ente di scopo, istituito con la missione di industrializzare il Sud Italia, l'IRI si presentava come ente pubblico economico sorto all'indomani della crisi economica del 1929 per salvare il sistema bancario e il complesso industriale italiano. Il suo patrimonio comprendeva partecipazioni in numerose società appartenenti a vari settori economici. In origine, l'Istituto agiva come azionista-finanziatore, ma presto assunse anche la gestione delle partecipazioni, esercitando poteri di direzione e controllo sulle società partecipate tramite le finanziarie di settore istituite nel corso degli anni[12]. Nel 1933 venne fondata la Società torinese per l'esercizio telefonico (STET), alla quale vennero trasferite tutte le partecipazioni nel settore telefonico; nel 1936 fu creata FINMARE, cui vennero assegnate le partecipazioni armatoriali; nel 1937 nacque FINSIDER, destinata a raccogliere le partecipazioni nel settore siderurgico; nel 1947 fu istituita FINMECCANICA, che gestiva le partecipazioni nel settore meccanico; nel 1952 venne costituita FINELETTRICA, a cui furono assegnate le partecipazioni nel campo dell'energia elettrica; infine, nel 1960, nacque FINCANTIERI, per gestire le partecipazioni nel settore della cantieristica[13].

È chiaro, quindi, che l'IRI divenne il punto di riferimento per numerose società, a seguito di un processo progressivo di accumulazione di partecipazioni. All'inizio, tale acquisizione era il risultato non di un piano strategico definito, ma della necessità di salvaguardare il sistema bancario, che rischiava il collasso a causa della crisi economica del 1929. Da questa situazione derivò anche il carattere «polisettoriale» dell'IRI[14]. Per mettere ordine nel proliferare delle partecipazioni societarie, l'IRI creò le finanziarie citate come vere e proprie *sub-holding* costituite come società per azioni. Queste agivano come intermediarie tra l'ente capogruppo di gestione e le numerose società appartenenti al gruppo IRI, suddivise in settori il più possibile omogenei[15].

L'ILVA, dal canto proprio, era stata fondata molti anni prima dell'IRI, precisamente nel 1904, in attuazione della legge per Napoli voluta da Francesco Saverio Nitti, e successivamente avrebbe realizzato gli impianti di Bagnoli e di Piombino. È utile osservare che per l'esistenza dell'ILVA essenziale è stata la figura di Oscar Sinigaglia, che ne divenne presidente nel 1932. Allontanatosi dal fascismo e dall'ILVA, Sinigaglia divenne presidente della FINSIDER nell'immediato secondo dopoguerra, rilanciandola grazie al finanziamento di 32 milioni di dollari ottenuto dalla *European Cooperation Administration* (ECA), ossia l'organismo che valutava i progetti ed erogava i fondi del Piano Marshall[16].

È dunque in questo clima di sostegno pubblico all'industrializzazione del Mezzogiorno e di azione diffusa dell'impresa pubblica che venne creato lo stabilimento industriale siderurgico di Taranto, per decisione dell'IRI e della FINSIDER. In particolare, bisognava aumentare la produzione di acciaio per sostenere la crescita economica italiana, dato che, in alternativa, il Paese sarebbe stato troppo dipendente dall'estero, creando squilibri sul piano finanziario e

[11] Per una rassegna di tali enti e per una disamina dei loro rapporti con la Cassa si vedano M. ANNESI, *Il testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1980, n. 1, 67 ss. e M. CARABBA, *Annesi e la storia istituzionale del Mezzogiorno,* in AA.VV., *Giornata in ricordi di Massimo Annesi. Atti della manifestazione tenutasi il 1° marzo 2017 al Consiglio di Stato in Roma,* Roma, Quaderno SVIMEZ n. 56, febbraio 2018.

[12] Così S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione,* Milano, Edizioni di Comunità, 1962, 15.

[13] Un elenco dettagliato delle finanziarie dell'IRI si rinviene sempre in S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione,* cit., 16.

[14] Come chiarito da A. MASSERA, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico,* Bologna, il Mulino, 1978, 49.

[15] Questo tipo di struttura, tra l'altro, rimase un *unicum* nel panorama amministrativo italiano almeno fino all'istituzione dell'ENI, come osservato da S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali,* Milano, Giuffrè, 1960, 73.

[16] Sulla centralità dell'impegno di Sinigaglia per la siderurgia italiana si cfr. G.P. MANZELLA, *Italiani di ieri, per ricostruire l'Italia di domani. Oscar Sinigaglia: una vita per la siderurgia*, in *Riv. giur. Mezzogiorno,* 2021, n. 2-3, 819 ss.

monetario[17]. L'obiettivo era quindi duplice: da una parte, si intendeva garantire alle industrie del Nord l'approvvigionamento di materiale necessario per la realizzazione dei beni di consumo durevoli; dall'altra, sulla scia dello sviluppo settentrionale, si intendevano ridurre i divari territoriali concentrando nel Sud la produzione di acciaio[18].

Occorre chiarire, tuttavia, perché si scelse la città di Taranto, e non altri centri del Mezzogiorno, per insediare quello che sarebbe diventato il più grande polo dell'acciaio d'Europa. La localizzazione di un impianto siderurgico a Taranto è dovuta a particolari ragioni storiche e geografiche, essendo stata la sede sia dell'arsenale militare, dalla fine dell'Ottocento, sia di importanti cantieri navali, dai primi del Novecento, che occupavano decine di migliaia di lavoratori. Con la sconfitta italiana nella seconda guerra mondiale e il ridimensionamento della flotta militare imposta dai Trattati di Parigi, le attività tarantine entrarono in crisi. Vi era però la volontà politica di rilanciare l'economia dell'area, anche in considerazione dell'ingresso dell'Italia nella Comunità europea del carbone e dell'acciaio[19]. D'altro canto, Taranto si prestava particolarmente bene a ospitare un impianto siderurgico per via dei vantaggi della sua ubicazione: il grande e attrezzato porto naturale avrebbe contribuito ad abbattere i costi di trasporto dell'acciaio; i nodi stradali e ferroviari già esistenti avrebbe favorito lo smistamento dei prodotti; maestranze qualificate per i lavori industriali sarebbero state già disponibili in città[20]. Nel nuovo stabilimento trovarono subito impiego circa 5 mila persone, un numero destinato a crescere nel tempo fino a superare le 21 mila unità nel 1980. La produzione di acciaio raggiunse inizialmente 3 milioni di tonnellate fino a toccare quota di 10 milioni di tonnellate alla fine degli anni Sessanta. Al contempo, la popolazione di Taranto, nel giro di quarant'anni, passava da 150 mila a oltre 240 mila abitanti[21].

L'attuale emergenza dell'ILVA, dunque, è figlia di una duplice crisi: quella delle politiche di industrializzazione del Meridione, che furono ripensate a partire dagli anni Ottanta, per poi cessare negli anni Novanta del ventesimo secolo; quella delle partecipazioni statali e dell'impresa pubblica. All'ILVA, dunque, non furono risparmiati i problemi tipici del modello dell'impresa pubblica: si iniziò a privilegiare obiettivi politici e sociali, come la salvaguardia dei livelli occupazionali e dei redditi, a discapito dell'efficienza imprenditoriale e di un uso oculato delle risorse pubbliche[22]. Questo accadde perché la distinzione tra politica e impresa divenne sempre più sfumata, con una crescente ingerenza politica nell'industria pubblica.

È opportuno mettere in evidenza, dunque, come agli albori della storia dell'ILVA i rapporti tra Stato ed economia fossero tutti sbilanciati nel perseguire obiettivi economici e sociali, la produzione industriale siderurgica anche in perdita e la garanzia di elevati livelli occupazionali, a scapito di molti altri interessi, come l'ambiente e la salute. Non si intende affermare che questi due valori siano stati volutamente e scientemente sacrificati nella stagione della gestione pubblica dell'ILVA, ma semplicemente essi non sono stati al centro delle preoccupazioni e delle

[17] Si deve a Pasquale Saraceno l'idea di collocare nel Mezzogiorno un grande polo siderurgico in grado di sostenere l'industrializzazione nazionale nel secondo dopoguerra, nonostante l'iniziale contrarietà della dirigenza della FINSIDER, come descritto da S. ROMEO, *L'acciaio in fumo. L'Ilva di Taranto dal 1945 a oggi,* cit., 68-70.

[18] Si è osservato, tuttavia, che il perseguimento di tali obiettivi avrebbe creato nuovi divari territoriali, perché «l'industrializzazione del Mezzogiorno [...] divenne una «variabile dipendente» dello sviluppo in atto nella parte più avanzata del paese» (così S. ROMEO, *L'acciaio in fumo. L'Ilva di Taranto dal 1945 a oggi,* cit., 87).

[19] Su questo si veda S. LAFORGIA, *«Se Taranto è l'Italia»: il caso Ilva,* in *Lav. dir.,* 2022, n. 1, 31-32.

[20] In tema si rinvia ancora a S. LAFORGIA, *«Se Taranto è l'Italia»: il caso Ilva,* cit., 32.

[21] Con tutti i problemi di inurbamento e di governo del territorio che questo aumento poteva recare con sé. Anche a livello sociale, peraltro, si assisteva a profonde trasformazioni, con l'affermazione della figura dei «metalmezzadri», ossia operai dell'ILVA che trovavano comunque anche il tempo di lavorare nelle campagne circostanti. Il termine è stato coniato da Walter Tobagi in un articolo per il *Corriere della Sera* del 15 ottobre 1979, citato da S. LAFORGIA, *«Se Taranto è l'Italia»: il caso Ilva,* cit., 35.

[22] Nell'ILVA, tuttavia, la situazione prima della privatizzazione era così fuori controllo che un capo della criminalità organizzata pugliese aveva allestito un ufficio, all'interno dello stabilimento, per commerciare rottami. La vicenda è raccontata da P. BRICCO, *Ilva, Taranto. Un caso paradigmatico*, in *Il Mulino,* 2016, n. 1, 72.

politiche imprenditoriali, perché gli obiettivi principali erano quelli di promuovere l'industrializzazione e assicurare la presenza di manodopera locale. Lo Stato imprenditore, da un lato, e lo Stato datore di lavoro, dall'altro, sono alle origini dell'iniziale asimmetria in favore della dimensione esclusivamente economica della gestione dell'ILVA.

3. *La privatizzazione dell'ILVA e i necessari profili di tutela dell'ambiente e della salute.* – Come tutte le altre imprese pubbliche, anche l'ILVA è stata oggetto di un ripensamento ed è andata incontro a un processo di privatizzazione, che l'ha portata nelle mani di un gruppo imprenditoriale privato italiano nel 1995. In particolare, già negli anni Ottanta del ventesimo secolo la FINSIDER era finita in una grave crisi: basti pensare che nel 1980 le perdite avevano toccato i mille miliardi di lire e che, alla fine del decennio, le risorse pubbliche complessivamente riversate nella FINSIDER, pari a 9 mila miliardi di lire, erano state appena sufficienti a coprire il disavanzo[23]. Per questo, oltre che per effetto del nuovo quadro di regolazione comunitario, che vietava gli aiuti di Stato, tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta la FINSIDER fu sottoposta prima a ristrutturazione, poi a privatizzazione, nel quadro dello scioglimento e della privatizzazione dell'IRI.

Analogamente a quanto avvenuto in altre imprese, nell'ILVA possono essere visti in controluce tutti i problemi che, in generale, hanno caratterizzato la stagione delle privatizzazioni italiane. In particolare, lo Stato, passando da imprenditore a regolatore, si è interessato ad aspetti che, in passato, aveva trattato come secondari nel settore industriale. Anche per effetto dell'influenza dell'ordinamento dell'Unione europea, lo Stato ha adottato una disciplina ambientale che si è andata formando più o meno negli stessi anni della prima privatizzazione dell'ILVA. Gli investimenti fatti durante la gestione pubblica dell'ILVA erano stati quasi tutti funzionali alle esigenze produttive, non a quelle di tutela ambientale. Il soggetto privato, dunque, si è trovato nella necessità di compiere una serie di investimenti finalizzati alla protezione ambientale e alla tutela della salute. Peraltro, la cornice normativa era tutt'altro che chiara e basata sull'autorizzazione integrata ambientale, che contiene le prescrizioni che il privato deve attuare per avviare o proseguire un'attività economica. In un certo senso, con le nuove normative ambientali, lo Stato cercava di ridurre l'asimmetria in favore delle esigenze produttive e occupazionali che si era consolidata in passato.

È in questo contesto, che, nel luglio 2012, il GIP di Taranto ordinava il sequestro di ampie aree dello stabilimento dell'ILVA, senza facoltà d'uso, nominando un gruppo di custodi per gestire la chiusura dell'impianto. Tuttavia, il tribunale del riesame limitava la sospensione delle attività solo alle zone a caldo. A novembre dello stesso anno si effettuava un riesame dell'AIA. L'ILVA, nel frattempo, chiedeva il dissequestro degli impianti, ma la richiesta era respinta dal GIP. Anzi, si disponeva un ulteriore sequestro, questa volta riguardante i prodotti finiti, considerati come profitti derivanti da attività penalmente illecita. La vicenda giudiziaria faceva emergere un problema di grave inquinamento legato non solo alla produzione in senso stretto, ma a tutta l'organizzazione imprenditoriale, dato che profili di illiceità si rinvenivano anche nell'ingresso delle merci nel porto o nel sistema di raccolta di sostanze in parchi minerali non interrati[24].

L'adozione delle citate misure cautelari è stata motivata dalla necessità di fornire una risposta rapida a un problema che avrebbe potuto perdurare nel tempo, poiché derivante da gravi

[23] S. ROMEO, *L'acciaio in fumo. L'Ilva di Taranto dal 1945 a oggi,* cit., 183 e 192.

[24] L'intervento della magistratura, dunque, mirava a risolvere un evidente conflitto tra tutela della salute e diritto all'occupazione. Sul punto si veda M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 5, 1017 ss., spec. 1018-1019.

reati permanenti contro l'ambiente, la salute pubblica e la sicurezza sul lavoro[25]. Tuttavia, è stato osservato come gli strumenti del diritto penale fossero strutturalmente inadeguati a consentire un bilanciamento dei diversi interessi in gioco, essenzialmente per due ragioni: la prima riguardava i tempi lunghi necessari per l'accertamento definitivo delle responsabilità penali, mentre la vicenda ILVA, al contrario, imponeva soluzioni bilanciate immediate; la seconda concerneva il fatto che il procedimento penale, per sua natura, è funzionale a vagliare eventi o condotte che si sono conclusi nel passato, mentre nel caso in esame il diritto penale era impiegato in funzione di prevenzione, cioè per evitare maggiori danni in futuro[26]. Il sequestro preventivo, dunque, rendeva concreto il pericolo che l'autorità giudiziaria potesse eccedere dalle sue funzioni, esercitando un'attività di mera prevenzione *ante delictum* o, addirittura, di *praeter delictum*, ossia di prevenzione di futuri reati non collegati al procedimento in corso[27]. Ne conseguiva, pertanto, un *vulnus* al principio della separazione dei poteri, entrando il giudice in un terreno di bilanciamento squisitamente politico-amministrativo[28]. La situazione, inoltre, era aggravata dalla rilevanza che lo stabilimento siderurgico continuava a rivestire per l'economia locale e nazionale: l'ILVA aveva dodicimila dipendenti, produceva il settantacinque per cento del prodotto interno lordo della città di Taranto, con un fatturato complessivo di circa undici miliardi di euro[29].

A fine 2012, dunque, il governo interveniva con il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, convertito con modificazioni dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231[30]. Con tale normativa il governo consentiva allo stabilimento ILVA di Taranto di continuare a produrre e vendere i propri prodotti, rivedendo l'autorizzazione integrata ambientale e rendendola applicabile anche rispetto ai provvedimenti cautelari come il sequestro degli impianti. Tramite l'autorizzazione si stabilivano limiti alle emissioni inquinanti e si promuoveva una generale riqualificazione industriale, prevedendo sanzioni per il mancato rispetto delle misure in essa contenute[31].

In questo quadro, la continuità dell'attività produttiva dell'ILVA era considerata una priorità strategica di interesse nazionale, tanto che è stato osservato che tra tutela del lavoro, libertà di iniziativa economica privata, tutela ambientale e protezione della salute pubblica, il decreto finiva per privilegiare i primi due interessi a scapito degli altri[32]. Era dunque chiara la contrapposizione: da un lato, il giudice penale, guardiano degli interessi legati alla protezione dell'ambiente e della salute; dall'altro, il governo, custode, invece, della continuità della

---

[25] In tema si rinvia ad A. PICILLO, *Tra le ragioni della vita e le esigenze della produzione: l'intervento penale e il caso Ilva di Taranto,* in *Archiviopenale.it,* 2013, n. 2.

[26] Sull'inadeguatezza del procedimento penale a risolvere i vari intricati nodi della vicenda ILVA si rinvia a G. MORGANTE, *Il diritto penale nel caso Ilva tra ospite d'onore e convitato di pietra,* in *Federalismi.it*, 2013, n. 15, spec. 2.

[27] Così P. TONINI, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo,* in *Dir. pen. proc.,* 2014, n. 10, 1153 ss., secondo il quale, in generale, le attività di prevenzione «in un sistema di separazione dei poteri, dovrebbero restare di competenza dell'esecutivo, e cioè degli organi che, sotto il controllo del parlamento, svolgono la funzione di prevenzione dei reati» (p. 1154).

[28] È quanto osservato da S. STAIANO, *In tema di teoria e di ideologia del giudice legislatore,* in *Federalismi.it,* 2018, n. 17.

[29] Per questi dati si veda A. MARCHETTI, *Il caso Ilva tra giurisdizioni, pubblica amministrazione e legislatore: un* hard case *per il bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Munus,* 2016, n. 1, 193.

[30] Si trattava evidentemente di una legge-provvedimento per il caso ILVA pensata in chiave emergenziale. Sul punto si rinvia ad A. MARCHETTI, *Il "decreto Ilva": profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 15 e a M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013),* in *Federalismi.it,* 2014, n. 3.

[31] Per una breve disamina dei contenuti del d.l. n. 207/2012 si legga F. DI CRISTINA, *Il decreto "salva Ilva". Gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e i poteri del governo,* in *Giorn. dir. amm.,* 2013, 369 ss.

[32] In questi termini F. DI CRISTINA, *Il decreto "salva Ilva". Gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e i poteri del governo,* cit., secondo il quale, con il d.l. n. 207/2012, «il principio di continuità prevale sulla tutela immediata della tutela dell'ambiente e della salute . È privilegiata la produzione, seppur condizionata, rispetto all'immediata cessazione delle emissioni inquinanti» (p. 377).

produzione e del mantenimento dei livelli occupazionali[33]. Non è un caso, quindi, che nei confronti del decreto c.d. «salva Ilva» sia stato sollevato, dalla procura della Repubblica di Taranto, un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale, e contestualmente promosso, nel gennaio 2013, dal tribunale d'appello e dal giudice per le indagini preliminari, sempre su proposta della procura tarantina, un giudizio in via incidentale di costituzionalità[34].

Il GIP, in particolare, nell'ordinanza di rinvio lamentava che, con il decreto, il legislatore: avrebbe di fatto espropriato la funzione giurisdizionale, annullando l'efficacia delle misure cautelari già adottate e impedendo l'adozione di ulteriori misure cautelari, nonostante la prosecuzione dell'attività illecita; avrebbe poi modificato un provvedimento dell'autorità giudiziaria; infine, avrebbe ostacolato il perseguimento dei reati, sottraendo i fatti illeciti alla competenza del loro giudice naturale[35].

La Corte costituzionale rigettava la questione di costituzionalità con la sentenza 9 maggio 2013, n. 85. I principali profili esaminati dalla Corte attengono ai rapporti tra giudice e governo e al bilanciamento tra interessi pubblici contrapposti[36]. Per quanto riguarda l'*actio finium regundorum* dei compiti tra il potere giudiziario e quello esecutivo, la Corte osservava che il «nucleo» di questa relazione risiede nel fatto che è compito del potere politico-amministrativo stabilire, in accordo con i principi di cui all'art. 41 Cost., le regole, i limiti e le restrizioni relative ad attività che, sebbene generalmente legittime e socialmente utili, come la produzione industriale, possano essere considerate «pericolose», come nel caso dell'industria siderurgica, con le sue implicazioni per l'occupazione e lo sviluppo economico del Paese. Allo stesso modo, è responsabilità del potere giudiziario perseguire e punire comportamenti che violano le norme e ledono i diritti fondamentali, utilizzando i poteri cautelari e preventivi che gli sono attribuiti. Tuttavia, pensare che in situazioni come queste l'autorità giudiziaria sia l'unico o il definitivo giudice della «pericolosità» di un'attività futura che, di per sé, è lecita, e che possa decidere se autorizzarla o vietarla concretamente, porterebbe a un evidente squilibrio[37].

In particolare, nell'opinione della Corte costituzionale, qualsiasi giudice può essere tenuto a pronunciarsi su accadimenti futuri, talvolta emanando provvedimenti anticipatori della successiva decisione di merito, legati ad essa da uno stretto nesso strumentale, talaltra dovendo provvedere per cristallizzare uno *status quo* di interessi che rischia di essere alterato. I provvedimenti cautelari che precedono l'esercizio dell'azione penale, però, rientrano con certezza nella funzione giurisdizionale solo se e in quanto siano collegabili con il reato per cui si procederà. Lo stesso ragionamento, invece, non vale per i provvedimenti cautelari che sono diretti non a stabilire il quadro dei fatti relativi al reato, ma a finalità di prevenzione di reati

---

[33] Sulla contrapposizione tra legislatore e magistratura nel caso ILVA si vedano: G. LEGNINI e D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione,* Roma, Luiss University Press, 2019, 111 ss.; E. MORLINO, *Amministrare e punire. La tutela dell'ambiente tra procedimento amministrativo e processo penale*, Milano, Franco Angeli, 2020, 67 ss.

[34] Per una rassegna dei problemi che il d.l. n. 207/2012 poneva dal punto di vista penalistico si rinvia a N. SELVAGGI, *Decreto Ilva e "rimedi penalistici",* in *Giorn. dir. amm.,* 2013, 379 ss. e a L. MILANI, *Caso ILVA: nella partita a scacchi tra autorità giudiziaria e legislatore la Corte Costituzionale prova a fare il punto della situazione*, in *La legislazione penale*, 2013, n. 4, 1073 ss. Sull'inammissibilità del conflitto tra poteri dichiarata dalla Corte costituzionale nelle ordinanze nn. 16 e 17 del 2013 si legga il commento di R. BIN, *L'ILVA e il soldato Baldini*, in *Quad. cost.,* 2013, n. 1, 122 ss.

[35] In questa prospettiva, lo scontro tra magistratura e legislatore poteva essere letto anche come conflitto tra organi di indirizzo o decisionali e organi di controllo, come sostenuto da P. CARROZZA, *Conclusioni (molto provvisorie...)*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 5.

[36] Su questo si veda, in generale, la nota di commento di M. MAZZOTTA, *Il "caso Ilva" al vaglio della Corte costituzionale,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2013, n. 10, I, 877 ss.

[37] Come argomentato da V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013,* in *Rivista AIC,* 2013, n. 3 e da D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge Ilva,* in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, 1498 ss.

futuri[38]. Nel caso dell'ILVA, il sequestro era disposto allo scopo di evitare genericamente una compromissione di finalità pubbliche di prevenzione e di tutela di diritti fondamentali, come la salute e l'ambiente: agendo in questo modo, tuttavia, il potere giudiziario finiva inevitabilmente per intersecare le competenze dell'autorità amministrativa[39].

Per quanto riguarda il bilanciamento tra principi e valori costituzionali compiuto in sede di decretazione d'urgenza, la Corte costituzionale osservava che, per quanto ambiente e salute possano essere qualificati come interessi fondamentali o primari, né uno né l'altro occupano la posizione di vertice in un «ordine gerarchico assoluto» o in una «"gerarchia" rigida tra i diritti fondamentali»[40]. Al contrario, entrambi si inseriscono nel «continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali»[41], regolato dai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Di conseguenza, questi diritti possono essere adeguati a soddisfare altre esigenze, come quella dell'occupazione, con l'unica condizione che non siano sacrificati nei loro aspetti essenziali[42]. Nell'ambito di tale bilanciamento non è ammessa «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»[43]. Neanche il richiamo dei remittenti ai principi e ai valori introdotti dall'ordinamento dell'Unione europea poteva essere ritenuto dirimente. In particolare, ci si poteva interrogare sul principio di precauzione di cui all'art. 191, par. 2, TFUE, che era stato invocato in una delle ordinanze in connessione con l'art. 117, comma 1, Cost. Anche tale principio, infatti, non è assoluto e non poteva da esso ricavarsi con nettezza una regola del caso concreto applicabile dal giudice[44].

Secondo la Corte costituzionale, dunque, nella gestione dei conflitti di carattere ambientale, come nell'emergenza in questione, è impossibile e inutile andare alla ricerca del bilanciamento migliore in astratto e in assoluto, poiché vi possono essere valutazioni differenti in ordine ai mezzi più efficaci per raggiungere determinati obiettivi. Il punto, allora, è quello di verificare se il bilanciamento operato in concreto dal governo possa essere ritenuto ragionevole, poiché fondato su un'indagine adeguata e trasparente e su considerazioni di tipo tecnico e politico[45]. Si tratta, dunque, di un sindacato che è tipico del giudice amministrativo e la Corte, infatti, ha ritenuto che non le spettasse un riesame nel merito dell'AIA e che quest'ultima doveva essere ritenuta presuntivamente ragionevole, in virtù del procedimento amministrativo seguito per la sua adozione e delle garanzie assicurate nel corso del procedimento stesso.

In questa prospettiva, dunque, è utile soffermarsi sulle condizioni stabilite nel provvedimento che autorizza, ai sensi dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 207/2012, la continuazione dell'attività produttiva di uno stabilimento di rilevanza strategica nazionale. Le prescrizioni

---

[38] In gioco, dunque, non vi sarebbe solo il principio della separazione dei poteri, ma anche quello della prevedibilità della funzione giurisdizionale, come osservato da R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2020, n. 2, 405 ss., spec. 424.

[39] Come spiegato anche da R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva",* in *Giur. cost.,* 2013, n. 3, 1505 ss.

[40] Corte cost., n. 85/2013, punto 9 del considerato in diritto.

[41] Corte cost., n. 85/2013, punto 9 cit.

[42] Rilegge la sentenza della Corte alla luce del canone di proporzionalità F. TRIMARCHI BANFI, *Il giudizio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi,* in *Dir. proc. amm.,* 2022, n. 1, 3 ss.

[43] Corte cost., n. 85/2013, punto 9 cit.

[44] È vero che la «politica dell'Unione» si fonda sul principio di precauzione, ma l'Unione, nel predisporre la propria politica, deve tenere conto, oltre che dei «dati scientifici e tecnici disponibili», delle «condizioni dell'ambiente nelle varie regioni», nonché dello «sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni» e dei «vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione» (art. 191, par. 3, TFUE). In tema si rinvia a M. MEZZANOTTE, *Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza Ilva, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti,* in *Rass. parl.*, 2013, n. 3, 669 ss.

[45] Ne deriva una vera e propria *deference* della Corte costituzionale rispetto al bilanciamento compiuto nel caso in esame dal governo, come chiarito da M. MASSA, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA,* in *Oss. sulle fonti,* 2013, n. 2, 1 ss.

imposte, infatti, non solo orientano la prosecuzione dell'attività originariamente autorizzata, ma assumono anche una funzione strumentale nel bilanciamento degli interessi potenzialmente in conflitto. Questa strumentalità appare strettamente legata a obiettivi che rientrano nel principio europeo dello sviluppo sostenibile[46]. In questa prospettiva, l'AIA poteva essere considerata come la sede giuridica più idonea per bilanciare le tre dimensioni in gioco nella vicenda: quella economica, inquadrabile nell'esigenza di salvaguardia della produzione di uno stabilimento di interesse strategico nazionale; quella ambientale, intesa come l'opportunità di fornire adeguata protezione dell'ambiente in modo da garantirne la salubrità; infine, quella sociale, consistente nell'esigenza della salvaguardia dei livelli occupazionali in una determinata area in cui è ubicato uno stabilimento di interesse strategico nazionale[47].

È stato poi osservato che, nel decreto-legge n. 207/2012, l'occupazione e la produzione vengono in rilievo in modo strettamente connesso, come se si trattasse di un'«endiadi». Si è fatto notare, però, che i due concetti restano distinti. L'occupazione, o meglio il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., rappresenta uno strumento per la produzione, o, *rectius*, per la libertà di intrapresa economica di cui all'art. 41 Cost., e, al tempo stesso, ne è un risultato. Il diritto al lavoro e la libera iniziativa economica privata, pur essendo in correlazione, non sono affatto convergenti: anzi, è necessario che si bilancino, in quanto l'uno costituisce un limite dell'altra e viceversa. Da un lato, il diritto al lavoro deve essere contemperato con il diritto all'iniziativa economica privata, che spesso agisce come un vincolo rilevante alla piena realizzazione di quest'ultimo. Dall'altro, la libertà d'impresa deve fare i conti con il diritto al lavoro, dovendo essere limitata o autorizzata in vari modi per tenere conto dell'impatto sociale delle decisioni aziendali[48].

Per quanto riguarda l'ILVA, in particolare, la sua «strategicità» andava valutata non solo alla luce dei criteri produttivi, ma anche e soprattutto dei livelli occupazionali da essa garantiti in una regione dove il lavoro tradizionalmente è una risorsa scarsa[49]. La sua importanza era dunque ancor più evidente dal punto di vista sociale, come si evince chiaramente dallo stesso decreto-legge e la chiusura dello stabilimento avrebbe determinato conseguenze rilevanti sul piano occupazionale[50].

---

[46] La relazione tra le condizioni poste dall'autorizzazione integrata ambientale del caso ILVA e il principio dello sviluppo sostenibile è messa bene in luce da E. FREDIANI, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela "sistemica" nella vicenda dell'ILVA di Taranto*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 15.

[47] L'AIA era quindi un tentativo di superare quello che alcuni hanno definito come un «dilemma insolubile fra tutela dell'occupazione e tutela della salute e dell'ambiente» (così E. CRISTIANI, *Introduzione al Convegno sul caso Ilva,* in *Federalismi.it,* 2013, n. 15, 2). D'altronde, anche nella prospettiva europea, l'autorizzazione integrata ambientale non si pone come uno strumento di tutela assoluto dell'ambiente, mirando piuttosto a conciliare la protezione ambientale con la sostenibilità socioeconomica, come osservato da S. VERNILE, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2015, n. 6, p. 1697 ss.

[48] Sul bilanciamento tra produzione e occupazione e tra diritto al lavoro e iniziativa economica privata, con particolare riferimento all'ILVA, si rinvia a P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs. diritto al lavoro,* in *Dir. lav. mer.,* 2013, n. 3, 671 ss.

[49] Non sembra quindi casuale che un *referendum* consultivo locale con cui si chiedeva ai cittadini di Taranto se volessero la chiusura dell'ILVA sia stato disertato il 14 aprile 2013 con la partecipazione solo del 19 per cento degli aventi diritto al voto. Sulle vicende relative a questo *referendum* si rinvia a L. GORI, *Il referendum locale sul caso Ilva*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 15.

[50] Su questo si ritiene dunque condivisibile la riflessione di P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs. diritto al lavoro,* cit., secondo il quale «Da che cosa sono minacciate quell'occupazione e quella produzione che si intendono salvaguardare? […] A minacciare l'Ilva o, meglio, l'occupazione e la produzione dell'Ilva, sono piuttosto i frutti avvelenati di una dissennata politica industriale ed urbanistica che, per decenni, facendo leva sul ricatto occupazionale, particolarmente fertile in molte aree del Mezzogiorno, ha fatto sì che l'equilibrio fra i tanti diritti in gioco (quello alla salute dei cittadini e dei lavoratori, quello all'intrapresa economica e quello all'occupazione) risultasse decisamente sbilanciato a favore di questi ultimi. A minacciare l'Ilva è quindi… l'Ilva stessa, con le sue tecnologie ed i suoi presidi di sicurezza obsoleti, distante dalle moderne e ben più sicure acciaierie di altri paesi europei. Sembra un paradosso,

La decisione della Corte costituzionale, comunque, non è andata esente da critiche. In particolare, si è affermato che il diritto al lavoro non è privo di contenuti anche nel contesto costituzionale. Esso, al contrario, è fortemente connotato come mezzo per promuovere la dignità umana, sul piano individuale e su quello familiare e sociale del lavoratore. In questa prospettiva, il conflitto tra diritto alla salute e diritto al lavoro non potrebbe nemmeno porsi in radice, poiché darebbe luogo a un'alternativa, anche parziale, tra due diritti che, invece, sono destinati a integrarsi reciprocamente[51]. Queste critiche, tuttavia, risultano piuttosto ideologiche, perché, come si è visto, la complementarità tra i due diritti non è mai stata messa in discussione dalla Corte costituzionale, come dimostrano, peraltro, i successivi sviluppi della vicenda, che hanno portato prima al commissariamento e poi all'amministrazione straordinaria dell'ILVA, con l'estromissione dell'impresa privata dalla gestione dello stabilimento tarantino[52].

Come è noto, infatti, dopo la ripresa delle attività dell'acciaieria, le prescrizioni contenute nella nuova autorizzazione integrata ambientale non sono state rispettate dalla società privata. Al contrario, tramite i controlli delle autorità amministrative, si era appurata una persistente e grave situazione di pericolo per l'ambiente e la salute. Questo ha reso necessario un ulteriore intervento normativo da parte del governo, attraverso il d.l. 4 giugno 2013, n. 61, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2013, n. 89, che trovava applicazione alle imprese con almeno un impianto dichiarato di interesse strategico nazionale ai sensi del precedente d.l. n. 207 del 2012, che, avendo violato l'AIA, avessero causato rischi gravi per l'ambiente e la salute. Nel decreto, dunque, si prevedeva la possibilità di un commissariamento straordinario di tali imprese, stabilendo le modalità relative alla durata, alla nomina e ai poteri del commissario, oltre agli obblighi riguardanti la redazione di un nuovo piano industriale e di un diverso piano di misure ambientali, con valore di modifica dell'autorizzazione integrata ambientale. Lo stesso decreto stabiliva poi esplicitamente il commissariamento dell'ILVA. Al contempo, il Ministro dell'ambiente, sentiti i Ministri della salute e dello sviluppo economico, nominava un comitato di tre esperti incaricati di redigere un piano per la tutela ambientale e sanitaria, finalizzato a garantire l'osservanza delle normative e delle prescrizioni dell'AIA, successivamente approvato con un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri nel 2014[53].

La prima privatizzazione dell'ILVA, dunque, termina con il commissariamento pubblico, nonché con la richiesta rivolta al giudice dalla nuova gestione commissariale per ottenere il trasferimento delle somme sottoposte a sequestro penale allo scopo di realizzare il piano di tutela ambientale[54].

Al commissariamento è poi seguita la sottoposizione dell'ILVA ad amministrazione straordinaria. Con il d.l. 5 gennaio 2015, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 4 marzo 2015, 20, infatti, si prevedeva la possibilità di ammettere alla procedura di amministrazione straordinaria quelle imprese che avessero gestito almeno uno stabilimento industriale di

---

ma a minacciare l'occupazione e la produzione è… l'esigenza di ridare il necessario spazio al diritto alla salute dei cittadini (ma anche degli stessi lavoratori)» (p. 679).

[51] Per una lettura critica della sentenza Corte cost. n. 85/2013, si vedano: B. DEIDDA e A. NATALE, *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso ILVA. Uno sguardo d'insieme*, in *Quest. giust.*, 2014, n. 2, 67 ss.; A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA*, in *Quest. giust.*, 2014, n. 2, 125 ss.; D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-CHEVRON,* in *Costituzionalismo.it,* 2017, n. 2.

[52] Per una cronaca del dissesto dell'ILVA nel contesto delle grandi imprese italiane in crisi si rinvia a S. MICOSSI, *Grandi imprese in crisi, una storia infinita: dagli anni Trenta del secolo scorso alle imprese a partecipazione statale, dalla legge Prodi ai dissesti ILVA e Alitalia,* in *Dir. soc.,* 2018, n. 3, 513 ss. (spec. 530 ss.).

[53] Sul commissariamento dell'ILVA si veda, in particolare, A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, Jovene, 2018, 260 ss.

[54] Come previsto dall'art. 1, comma 11 *quinquies*, d.l. n. 61/2013. Su tale trasferimento di rinvia ad A. POSTIGLIONE, *Il conferimento coattivo delle somme sottoposte a sequestro penale nel complesso quadro del commissariamento dell'ILVA,* in *Riv. dir. soc.,* 2015, n. 4, 898 ss.

interesse strategico nazionale ai sensi del d.l. n. 207/2012 e che fossero contemporaneamente soggette al commissariamento straordinario ai sensi del d.l. n. 61/2013. La gestione commissariale dell'ILVA, dunque, presentava istanza di ammissione all'amministrazione straordinaria sempre nel gennaio 2015.

Ancora oggi, l'amministrazione straordinaria dell'ILVA è la titolare della proprietà dello stabilimento produttivo. Al di là delle vicende processuali che hanno caratterizzato il periodo conclusivo della prima gestione privata dell'ILVA, ciò che merita di essere messo in rilievo è che lo Stato è intervenuto a tutelare gli interessi legati all'ambiente e al territorio, tanto con strumenti di regolazione e autorizzazione, come l'AIA, quanto con interventi del giudice penale. Tuttavia, mentre quest'ultimo ha tentato di ribilanciare la precedente asimmetria in favore della dimensione economica chiedendo *in toto* la sospensione delle attività produttive e l'interruzione del funzionamento del complesso industriale, il governo e il legislatore hanno cercato di seguire un bilanciamento tra la tutela dell'ambiente e della salute e gli interessi economici e sociali della produzione e dell'occupazione. L'asimmetria tra le ragioni dell'impresa privata e gli interessi generali della tutela dell'ambiente e della salute ha poi portato all'amministrazione straordinaria.

4. *L'amministrazione straordinaria e la vendita dell'ILVA a una multinazionale.* – Occorre osservare che le tensioni tra le ragioni del diritto e quelle dell'economia, nonché fra quelle della salute e quelle della produzione, rimanevano inalterate anche in presenza dell'amministrazione straordinaria dell'ILVA. Si pensi all'ulteriore conflitto tra il giudice penale di Taranto e il legislatore in un secondo caso di sequestro riguardante l'ILVA avvenuto nel 2015.

A seguito del decesso di un operaio colpito da materiale incandescente proiettato da un altoforno dell'ILVA, con ordinanza del 29 giugno 2015, il giudice per le indagini preliminari di Taranto disponeva il sequestro preventivo, senza facoltà d'uso, dell'altoforno medesimo. Si procedeva, in particolare, nei confronti dei responsabili della sicurezza dello stabilimento, imputati in concorso di omissione dolosa delle misure di sicurezza sul lavoro (artt. 110 e 437, commi 1 e 2 c.p.) e di cooperazione in omicidio colposo (artt. 113 e 589 c.p.). Ancora una volta, a fronte di un fatto di reato, la magistratura interveniva adottando una misura cautelare, che, però, rischiava di paralizzare l'attività dell'ILVA[55]. Quest'ultima restava pur sempre la più grande acciaieria d'Europa, coprendo il 9,8 per cento di tutta la produzione europea di acciaio, con una sede centrale in Italia grande oltre due volte la città di Taranto[56].

Di qui un nuovo intervento del governo, che emanava il d.l. 4 luglio 2015, n. 92, con il quale si stabiliva che l'attività degli stabilimenti considerati «di interesse strategico nazionale» non potesse essere interrotta da sequestri relativi a reati riguardanti la sicurezza dei lavoratori. In particolare, la prosecuzione dell'attività era ammessa per un periodo massimo di un anno a condizione che l'impresa interessata presentasse un piano contenente misure aggiuntive per la sicurezza sul lavoro, anche provvisorie, da attuarsi nell'impianto oggetto di sequestro entro trenta giorni dal provvedimento cautelare[57]. La normativa trovava piena applicazione al caso dell'ILVA, sia perché quest'ultima era stata già definita nel 2012 come stabilimento di interesse

[55] Sulla vicenda del sequestro del 2015 si veda T. GUARNIER, *Della ponderazione di un valore "primario". Il caso ILVA sotto la lente della Corte costituzionale,* in *Dir. soc.,* 2018, n. 2, 173 ss.

[56] Per questi dati si cfr. G.D. COMPORTI e E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2019, n. 1, 167. Sull'attenzione ai livelli occupazionali dell'ILVA si veda anche E. SENA, *Sequestri di impianti produttivi ed esigenze di tutela nell'occupazione degli stabilimenti «di interesse strategico nazionale»: impossibilità sopravvenuta della prestazione per* factum principis *ed intervento del legislatore,* in *Dir. mer. lav.,* 2017, n. 3, 625 ss.

[57] Art. 3, comma 4, d.l. n. 92/2015.

strategico nazionale, sia perché una norma transitoria del decreto ne permetteva l'applicazione anche ai sequestri disposti prima dell'entrata in vigore del decreto[58].

Sulla base di tale normativa, dunque, l'amministrazione straordinaria dell'ILVA presentava istanza di dissequestro dell'altoforno al giudice per le indagini preliminari di Taranto. Quest'ultimo, tuttavia, con ordinanza del 14 luglio 2015, sollevava questione di costituzionalità e la Corte costituzionale, con la sentenza del 23 marzo 2018, n. 58, dichiarava l'illegittimità di alcune disposizioni del decreto[59]. È opportuno chiarire come il decreto del 2015 comportasse effetti del tutto analoghi a quelli del decreto del 2012, compresa la sterilizzazione del sequestro senza possibilità d'uso. Tuttavia, molto diversi si presentavano i presupposti, perché, anziché subordinare la continuazione dell'attività a un provvedimento emesso da un soggetto terzo, come l'autorità amministrativa incaricata di approvare l'AIA, nell'ambito di un procedimento amministrativo il più possibile partecipato, il decreto poneva come unica condizione la redazione di un piano da parte del datore di lavoro stesso, peraltro destinatario di provvedimenti cautelari proprio per il presunto coinvolgimento in reati contro la sicurezza dei lavoratori. Peraltro, il decreto non forniva indicazioni chiare e dettagliate sul contenuto del piano, nemmeno facendo riferimento alla normativa in materia di sicurezza sul lavoro. In tal modo, «a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva»[60], a discapito dei diritti costituzionali inviolabili relativi alla tutela della salute, della vita e della sicurezza sul posto di lavoro, oltre a superare i limiti che l'art. 41 Cost. pone all'esercizio delle attività d'impresa[61]. Non si trattava affatto, quindi, di un *revirement* della Corte costituzionale rispetto alla sentenza del 2013. Anzi, la sentenza del 2018 era in piena continuità con l'ottica adottata anni prima, dal momento che la Corte aveva stabilito fin dal 2013 che il bilanciamento tra gli interessi di rango costituzionale nel caso ILVA dovesse essere valutato in concreto, non in astratto, nell'ambito di un procedimento amministrativo funzionale al rilascio dei provvedimenti di autorizzazione[62].

Anche su tale decisione, come già avvenuto nel 2013, si appuntavano diverse critiche, perché la Corte costituzionale subordinava pur sempre diritti fondamentali a considerazioni di analisi economica e delegava in bianco il bilanciamento degli interessi costituzionali al procedimento amministrativo[63]. Pure in questa circostanza, le critiche non sono condivisibili, dal momento che la Corte costituzionale già nella sentenza del 2013 aveva chiarito che il giudice non può sostituirsi alle scelte tecniche dell'amministrazione e che esistono diversi validi metodi di bilanciamento degli interessi, soprattutto quando il bilanciamento dipende da valutazioni di carattere tecnico-scientifico, spettando al giudice solo la verifica della ragionevolezza dell'*iter* logico-giuridico sotteso alla decisione amministrativa finale. Nel 2015, tuttavia, era stato omesso proprio il procedimento amministrativo, condotto da una pubblica amministrazione in

---

[58] È opportuno precisare che il d.l. n. 92/2015 decadeva per mancata conversione entro sessanta giorni dall'adozione. Tuttavia, nelle more del termine di conversione, la sua disciplina e i suoi effetti prodotti *medio tempore* sono stati fatti espressamente salvi dalla successiva l. n. 132/2015.

[59] Per una disamina complessiva della sentenza si rinvia a S. ZIRULIA, *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto "salva-Ilva" n. 92 del 2015,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2018, n. 2, 947 ss. e a S. CAVALIERE, *Il caso Ilva, l'interesse economico nazionale e la sua compatibilità con la dignità dei lavoratori e dei cittadini nella sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale,* in *Dir. pubbl. eur. rass. online*, 2019, n. 1, 64 ss.

[60] Corte cost. n. 58/2018, punto 3.3.

[61] Sull'applicazione dell'art. 41 Cost. alle grandi imprese si rinvia a F. SANTONASTASO, *Tutela della salute, tutela dell'ambiente ed evoluzione della "governance" nelle imprese di strategico nazionale (il caso ILVA); un'applicazione dell'art. 41 Cost. per uno "statuto d'impresa"?,* in *Riv. dir. comm.,* 2014, n. 2, 183 ss.

[62] Come osservato da D. PULITANÒ, *Una nuova "sentenza Ilva": continuità o svolta?,* in *Giur. cost.,* 2018, n. 2, 604 ss.

[63] In questi termini, *ex plurimis*, si vedano T. GUARNIER, *Della ponderazione di un valore "primario". Il caso ILVA sotto la lente della Corte costituzionale,* cit., spec. 187-188 e, in chiave più cronachistica, A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al 'caso Ilva',* in *Federalismi,* 2019, n. 12.

posizione di terzietà, senza la partecipazione di soggetti pubblici e privati; pertanto, alcuna seria ponderazione era stata possibile. La soluzione, anche in questo caso, non poteva essere rinvenuta nel mero intervento del giudice penale, che, con gli strumenti che gli sono propri, «gerarchizza» gli interessi e non li bilancia[64].

Più in generale, comunque, interessa osservare che la ricerca di un bilanciamento tra ambiente e salute, da un lato, produzione e livelli occupazionali, dall'altro, proseguiva anche nel corso dell'amministrazione straordinaria[65]. Quest'ultima, di fatto, ha rappresentato un tentativo di colmare l'asimmetria tra Stato e mercato, dal momento che i poteri pubblici si incaricavano della gestione diretta dello stabilimento siderurgico. Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto nella stagione dello Stato imprenditore, la gestione pubblica era finalizzata non a industrializzare o promuovere attività economiche, bensì a evitare il collasso e la chiusura dell'impianto di Taranto e ad adottare le opportune misure di protezione ambientale e della salute. Mentre la gestione dello Stato imprenditore voleva essere prolungata nel tempo, l'amministrazione straordinaria si poneva da subito come intervento provvisorio, destinato a concludersi o con la ristrutturazione aziendale o con la vendita dell'impresa a privati.

In questa prospettiva, allora, può essere utile soffermarsi sulla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. La normativa di riferimento può essere considerata il d.lg. 8 luglio 1999, n. 270 (c.d. «legge Prodi *bis*»), come integrata dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 (c.d. «legge Marzano»). Il d.l. n. 347/2003, in particolare, era stato emanato in occasione della crisi del gruppo Parmalat e progressivamente modificato per renderlo applicabile sia al caso ALITALIA, sia a quello ILVA. Per effetto delle stratificazioni legislative, nell'amministrazione straordinaria delle imprese in stato di insolvenza si assiste a un'inversione dei principi che solitamente regolano le altre procedure concorsuali: in queste ultime, l'obiettivo fondamentale è sempre la soddisfazione dei creditori, nonché la ristrutturazione dei debiti; nell'amministrazione straordinaria, al contrario, ciò che rileva è la tutela dei complessi produttivi e il mantenimento dei livelli occupazionali, mentre degli interessi dei creditori bisogna solo tenere conto[66].

Con l'amministrazione straordinaria, peraltro, si compie una sostituzione totale dei poteri pubblici al *management* privato nella gestione dell'impresa: un commissario straordinario di nomina governativa subentra nella titolarità e nei poteri di un imprenditore privato[67]. Ciò è stato considerato conforme alla Costituzione, perché l'intervento straordinario a sostegno di un'impresa, essendo finalizzato alla protezione dei livelli occupazionali, può legittimamente limitare la libertà di iniziativa economica, che assume una valenza di utilità sociale, purché questo avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità[68].

L'importanza degli interessi generali di carattere economico-sociale da salvaguardare nell'amministrazione straordinaria è tale che anche là dove essa si risolva con la cessione

---

[64] Sul punto si veda L. SALTARI, *I giudici amministratori,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2023, n. 1, 293 ss., spec. 313. La questione, peraltro, era già stata esaminata da G.D. COMPORTI ed E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa,* cit., 173, secondo i quali nella vicenda ILVA i giudici penali hanno interpretato estensivamente le fattispecie di reato, abusato del ricorso alle misure cautelari, adottato provvedimenti sulla base di perizie epidemiologiche incerte e tracimato dalla loro funzioni.

[65] Per una panoramica complessiva dei profili relativi agli impatti sanitari delle attività produttive dell'ILVA prima e durante la gestione commissariale si rinvia a S. PAJNO e V. PUCCI, *Il diritto "fondamentale" alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale,* in *Federalismi.it*, 2020, n. 27, 131 ss., spec. 162 ss.

[66] Questo rovesciamento di interessi e fini è chiarito da M.V. FERRONI, *I profili pubblicistici dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ed il caso ILVA,* in *Federalismi.it*, 2019, n. 4, spec. 4-5.

[67] Tale sostituzione implicherebbe l'assunzione di un vero e proprio *munus* pubblico da parte del commissario straordinario, come osservato da M.V. FERRONI, *I profili pubblicistici dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ed il caso ILVA,* cit., 15.

[68] In tema si veda la sentenza della Corte cost. 23 giugno 2010, n. 270.

dell'azienda o di rami della stessa in esercizio, l'acquirente è tenuto a garantire la prosecuzione delle attività imprenditoriali per almeno un biennio e a mantenere i livelli occupazionali stabiliti nell'atto di alienazione[69].

Nel caso ILVA, da una parte, si sarebbe assistito, durante l'amministrazione straordinaria e per via degli interventi normativi *ad hoc*, alla «massima torsione verticistica delle regole in tema di supporto alle imprese in crisi»[70], dall'altra, tuttavia, l'amministrazione stessa sarebbe terminata con la cessione dell'impresa a una multinazionale. Nel 2017, infatti, gli impianti siderurgici dell'ILVA erano aggiudicati, tramite bando internazionale, ad AM InvestCo, una società controllata dal colosso siderurgico franco-indiano Arcelor Mittal, la cui offerta, pari a un miliardo e ottocento milioni di euro, era valutata superiore a quella presentata da una cordata in cui era presente anche Cassa depositi e prestiti (CDP). La AM InvestCo stipulava con l'amministrazione straordinaria un contratto di affitto con obbligo di acquisto del complesso aziendale dell'ILVA, comprendente, tra gli altri, gli stabilimenti di Taranto, Genova, Novi Ligure e Racconigi. L'acquisto si sarebbe dovuto completare entro il maggio 2022, anche se poi la storia è andata diversamente, come si chiarirà nel prossimo paragrafo.

Al momento della cessione ad AM InvestCo, l'ILVA continuava a essere in profonda crisi. Sono sufficienti alcuni numeri per rendere la dimensione dei problemi. Nel 2013 l'impianto di Taranto aveva prodotto 5,8 milioni di tonnellate di acciaio, ossia il 31 per cento in meno rispetto al 2012, mentre nel 2006 ne aveva prodotte 9,6 milioni. Tra il 2013 e il 2016, poi, l'impatto della crisi dell'ILVA sull'economia italiana era stato pari a 9,87 miliardi di euro in meno di PIL nazionale, con una riduzione di 2,19 miliardi di euro in investimenti fissi lordi nel settore dell'acciaio, un calo delle esportazioni di circa di acciaio di 4,45 miliardi di euro e un aumento delle importazioni per un valore pari a 1,78 miliardi di euro[71].

Per quanto riguarda le opere di ambientalizzazione, le risorse già impegnate per le bonifiche da parte dei precedenti commissari, nel triennio 2013-2016, risultavano pari a 940 milioni di euro. La multinazionale, dal canto proprio, prevedeva investimenti per la protezione dell'ambiente e della salute pari a un miliardo e cento milioni di euro, annunciando da subito, tuttavia, esuberi per circa seimila operai, nonostante l'obbligo del mantenimento dei livelli occupazionali[72]. La tensione tra esigenze di tutela ambientale, produttività e posti di lavoro, dunque, sarebbe proseguita anche nella gestione della multinazionale.

5. *La gestione della multinazionale e l'amministrazione straordinaria*. – La nuova gestione dello stabilimento dell'ex ILVA di Taranto ha dovuto subito confrontarsi con una serie di problemi connessi ancora con delicati profili di diritto penale. In particolare, da un lato, restava insoluta la questione del sequestro penale degli impianti, in costanza del quale gli impianti non erano effettivamente nella disponibilità dell'affittuario[73]; dall'altro, si accendeva lo scontro tra lo Stato e la multinazionale sul mantenimento del c.d. «scudo penale». Quest'ultimo era stato in origine introdotto dall'art. 2, comma 6, d.l. n. 1/2015, ai sensi del quale le condotte tenute in attuazione del piano di risanamento non potevano dare luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario e dei soggetti da questo funzionalmente delegati,

---

[69] Come sancito dall'art. 63, comma 2, d.lg. n. 270/1999. Su questo si veda anche A. MALTONI, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private: presupposti e limiti,* in *Dir. proc. amm.,* 2015, n. 4, 1079 ss., spec. 1083.

[70] Così A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, cit., 268.

[71] Per tutti questi dati si rinvia a P. BRICCO, *Ilva, Taranto. Un caso paradigmatico*, cit., 77-78

[72] I dati in tema di opere di ambientalizzazione ed esuberi sono tratti da F. COLUCCI, *ILVA, un futuro indecifrabile,* in *Il Mulino,* 2017, n. 4, 648 ss., spec. 648 e 650.

[73] Sull'evoluzione della questione del sequestro degli impianti dell'ILVA si cfr. G. SCHENA, *Ricercando un punto di equilibrio nell'esecuzione del sequestro preventivo: operatività dei principi di preclusione e di proporzionalità nel caso "Ilva" di Taranto,* in *Cass. pen.,* 2020, n. 10, 3911 ss.

essendo esse ispirate alle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute, di incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro.

Si trattava, dunque, di un'esimente applicata ai commissari straordinari incaricati di dare seguito alle prescrizioni ambientali. Dal punto di vista temporale, inoltre, l'efficacia dello scudo era inizialmente fatta coincidere con il termine per l'attuazione del piano. Successivamente vi sono state due importanti innovazioni: la prima ha riguardato l'ambito di applicazione soggettivo dell'esimente, la seconda la sua durata. Sotto il primo profilo, lo scudo penale è stato esteso anche all'affittuario o all'acquirente e ai soggetti eventualmente delegati. Sotto il secondo profilo, si consumava una dissociazione tra il termine di attuazione del piano di risanamento ambientale e quello dello scudo penale. Infatti, mentre con il d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, convertito con modificazioni dalla l. 27 febbraio 2017, n. 19, il termine per l'attuazione del piano era stato fissato al 23 agosto 2023, l'efficacia dello scudo penale era stata limitata al 6 settembre 2019, per effetto dell'art. 46 del d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2019 n. 58[74].

Occorre considerare che l'aggiudicatario aveva partecipato alla gara anche confidando sul mantenimento dell'esimente, non potendo il nuovo gestore essere chiamato a rispondere per fatti causati da attività antecedenti. La limitazione dell'efficacia dello scudo penale compiuta con il d.l. n. 34/2019, dunque, rappresentava comprensibilmente un rilevante ostacolo all'iniziativa economica di AM InvestCo, che cominciava a paventare la possibilità di un recesso nel caso in cui l'esimente non fosse stata estesa al 23 agosto 2023, ossia il termine ultimo di attuazione del piano di risanamento[75].

Prima di proseguire nell'analisi della vicenda è utile chiarire quale fosse la *ratio* di tale esimente. Innanzitutto, lo scudo penale era stato pensato nell'ottica di dimostrare al mercato che l'acquisto o l'affitto dell'ILVA potevano rappresentare un'effettiva opportunità di investimento, senza che i gestori subentranti potessero temere processi per reati ambientali o per violazioni in materia di sicurezza sul lavoro[76]. La norma, tuttavia, non aveva solo una funzione «promozionale», rispondendo in realtà a una precisa esigenza sistematica. Se in astratto si potrebbe pensare che qualsiasi attività produttiva condotta nel rispetto delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione integrata ambientale sia di per sé scriminata in virtù dell'adempimento del dovere di cui all'art. 51 c.p., in concreto ciò non avviene a causa della prassi giurisprudenziale di estendere la responsabilità penale anche a soggetti privati che operano in attuazione di autorizzazioni amministrative del tutto legittime[77].

Le autorizzazioni ambientali possono dare luogo a tre ipotesi distinte: 1) esse dettano prescrizioni insufficienti e il privato, comunque, non le rispetta; 2) esse recano prescrizioni

---

[74] Dal momento che il meccanismo di protezione legale risultava necessariamente legato alla durata del piano di risanamento, tale disallineamento dei termini poteva sembrare poco razionale, tanto che la stessa Avvocatura dello Stato, in un parere reso a fine agosto 2018 al Ministero dello sviluppo economico, del lavoro e delle politiche sociali, riconosceva l'esigenza di estendere lo scudo penale per tutto l'arco temporale che sarebbe servito all'aggiudicatario per attuare le prescrizioni dell'amministrazione, come messo in luce da E. PENCO, *Esenzione da responsabilità per attività autorizzata nella vicenda Ilva: considerazioni a margine del c.d. "scudo penale",* in *Legislazione penale,* 1 aprile 2020, spec. 9-10.

[75] Si può ricordare che, in parallelo alle modifiche normative, il GIP di Taranto sollevava l'ennesima questione di costituzionalità, con ordinanza dell'8 febbraio 2019, proprio in relazione allo scudo penale recato dal d.l. n. 1/2015. La Corte costituzionale, tuttavia, restituiva gli atti al giudice *a quo* affinché rivalutasse il quadro normativo alla luce delle innovazioni nel frattempo intervenute. Sul punto si cfr. L. LIPPOLIS, *La nuova giurisprudenza costituzionale sulle leggi-provvedimento: verso un effettivo "scrutinio stretto" di costituzionalità,* in *Dir. soc.,* 2020, n. 4, 837 ss., spec. 880 ss.

[76] Sul punto si rinvia a C. GRECO, *Lo "scudo penale" dell'Ilva tra qualificazione giuridica e diritti fondamentali,* in *Legislazione penale,* 8 maggio 2020, spec. 7.

[77] In pratica, il giudice penale finisce spesso per ignorare il grado di conformità del soggetto privato alle autorizzazioni amministrative, seguendo un percorso argomentativo che attribuisce rilevanza penale alle condotte rispettose di tali autorizzazioni, nel caso in cui le prescrizioni ivi contenute, con il passare del tempo, siano superate dai progressi della scienza e dalla disponibilità di nuove *best available techniques* (BAQ). Il tema è analizzato da C. GRECO, *Lo "scudo penale" dell'Ilva tra qualificazione giuridica e diritti fondamentali,* cit., 9-10.

adeguate, ma il privato non le osserva; 3) esse impongono prescrizioni insufficienti a prevenire il danno, ma il privato le rispetta scrupolosamente[78]. La giurisprudenza penale tende a perseguire il soggetto privato in tutte e tre le fattispecie, anche laddove la sua attività sia del tutto conforme alle prescrizioni legislativamente e amministrativamente imposte. Lo scudo penale, dunque, serviva effettivamente a realizzare uno spazio di «rischio consentito», entro il perimetro del quale escludere qualsiasi responsabilità penale[79]. Tale esimente, dunque, non era altro che una risposta legislativa all'irragionevole impiego del principio di precauzione da parte del giudice penale, che trascende nella palese violazione di un altro importante principio del diritto e non solo, quello per cui *ad impossibilia nemo tenetur*[80].

Tornando alla vicenda dell'ILVA, nell'approssimarsi della scadenza del 6 settembre 2019, il comportamento del legislatore diventava sempre più schizofrenico. Dapprima, con il d.l. 3 settembre 2019, n. 101, il governo decideva di prorogare lo scudo penale fino al termine di attuazione del piano, ossia al 23 agosto 2023. Successivamente, tuttavia, in sede di conversione in legge del d.l. n. 101/2019 (avvenuta con la l. 2 novembre 2019, n. 128), la proroga dello scudo era stralciata, determinando l'immediata interruzione dell'esimente penale a partire dal 6 settembre 2019.

Accanto ai problemi relativi all'impossibilità di gestire uno stabilimento siderurgico in pendenza di un sequestro e a quelli concernenti le complessità di attuazione di un piano di risanamento in presenza o meno dell'esenzione della responsabilità penale dell'attuatore, più in generale restava immutata, anche durante le attività della multinazionale, la tensione tra interessi ambientali e produttivi, tra diritto alla salute e diritto al lavoro.

Ciò è dimostrato dalla sentenza *Cordella e altri c. Italia*, pronunciata il 24 gennaio 2019 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Sebbene il caso prendesse le mosse da fatti precedenti alla gestione della multinazionale, chiaramente la sentenza finiva per produrre effetti anche sulla situazione attuale dell'ILVA. In particolare, riuniti due ricorsi presentati rispettivamente nel 2013 e nel 2015, la Corte EDU si esprimeva sulle doglianze di decine di cittadini che avevano vissuto a Taranto o nelle aree circostanti. Costoro sostenevano la violazione degli articoli 2, 8 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a causa della mancata adozione di misure legislative volte a proteggere il loro diritto alla salute e a un ambiente sano, nonché dell'assenza di informazioni adeguate riguardo ai livelli di inquinamento derivanti dall'attività industriale e ai rischi per la salute ad essi associati[81]. La Corte di Strasburgo accoglieva i ricorsi riconoscendo una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, che

[78] Sulle ipotesi alternative cui danno luogo le autorizzazioni ambientali si rinvia a E. MORLINO, *Amministrare e punire. La tutela dell'ambiente tra procedimento amministrativo e processo penale*, cit.

[79] In tema di «rischio consentito» (*erlaubtes Risiko*) applicato allo scudo penale nel caso ILVA si veda E. PENCO, *Esenzione da responsabilità per attività autorizzata nella vicenda Ilva: considerazioni a margine del c.d. "scudo penale",* cit., 18.

[80] L'uso distorto del principio di precauzione da parte del giudice penale emerge in relazione non solo all'impiego che ne fa il giudice amministrativo sulle materie di propria competenza, ma anche all'utilizzo che ne viene fatto in ambito giuslavoristico. Anche qui, infatti, il principio di precauzione richiede sempre un bilanciamento tra interessi, come spiegato da E. BALLETTI, *Il principio di precauzione nel diritto del lavoro,* in *Var. temi dir. lav.,* 2023, n. 1, 177 ss. (spec. sul caso ILVA 184 ss.).

[81] Si trattava, dunque, di un caso abbastanza diverso rispetto a quello precedentemente deciso dalla stessa Corte nella sentenza *Smaltini c. Italia* del 16 aprile 2015, sempre in tema di conseguenze per la salute dell'emergenza ambientale dell'ILVA. In quella circostanza, infatti, la ricorrente aveva lamentato di avere contratto la leucemia a causa dell'esposizione ai fumi dell'ILVA e di non aver trovato nei rimedi giuridici nazionali un'adeguata compensazione per il danno subito, in quanto, in sede penale, era stato escluso un nesso causale tra la malattia e le emissioni dell'acciaieria. La Corte di Strasburgo, però, aveva dichiarato il ricorso manifestamente infondato, sottolineando che, in base alle conoscenze scientifiche disponibili, le sentenze dei giudici nazionali erano state adeguatamente motivate.

sarebbe stato compromesso a causa del grave pregiudizio ambientale determinato dalla mancata adozione di adeguate misure normative e amministrative funzionali a ridurre i rischi[82].

Tale sentenza è stata variamente commentata: secondo alcuni, essa sarebbe stata espressione di un approccio «concreto» della Corte EDU in contrapposizione a quello presuntivamente «astratto» della Corte costituzionale italiana[83]; secondo altri, essa non avrebbe opportunamente preso in considerazione anche le esigenze economico-produttive, che tanta rilevanza avevano assunto per la giurisprudenza nazionale[84]; secondo altri ancora, la tutela apprestata dalla Corte era solo «di riflesso», dal momento che si sussumeva il diritto alla salute nel diritto all'ambiente salubre protetto solo incidentalmente dal rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione[85]. Tutte queste critiche si rivelano poco condivisibili. Sulle supposte differenti prospettive della Corte EDU e di quella costituzionale italiana è sufficiente osservare che, in realtà, anche la Corte di Strasburgo chiariva l'importanza del bilanciamento tra interessi contrapposti e la necessità di giungere a una loro ponderazione in concreto, lasciando ampia discrezionalità alle autorità statali e amministrative nazionali su come pervenire a tale esito, proprio come aveva fatto la Corte costituzionale nelle sentenze n. 85/2013 e n. 58/2018. I giudici di Strasburgo, non a caso, condannavano l'Italia per non avere dato seguito alle misure discrezionalmente programmate, non per avere considerato le stesse inidonee a salvaguardare gli interessi in gioco[86]. Inoltre, mentre la Corte europea si pronunciava nel 2019, potendo quindi valutare le conseguenze delle decisioni prese a livello nazionale a distanza di molti anni dai fatti, la Corte costituzionale aveva dovuto valutare il bilanciamento tra interessi già nel 2013, dovendo quindi fare una prognosi sull'effettivo esplicarsi delle misure che sarebbero state adottate[87]. Sulle esigenze economiche e produttive, è vero che la Corte EDU non vi faceva riferimento esplicitamente, ma è altrettanto vero che costante era il richiamo della Corte alle esigenze di bilanciamento tra valori contrapposti. Sulla tutela «di riflesso», si può ammettere che il percorso seguito dai giudici sia stato tortuoso, ma questo era determinato dalla

---

[82] Per un primo inquadramento della sentenza si veda C. LUZZI, *Il "caso Ilva" nel dialogo tra le Corti (osservazioni a margine della sentenza Cordella e altri c. Italia della Corte Edu),* in *Consulta online*, 2019, n. 2, 336 ss. e S.M. CORSO, *La storia infinita: la sentenza della Corte Edu sui risvolti ambientali e giuslavoristici della vicenda Ilva,* in *Riv. giur. lav. prev. soc.,* 2019, n. 3, 405 ss.

[83] Su questo si rinvia a T. GUARNIER, *Ancora sul caso Ilva... sotto la lente della Corte di Strasburgo,* in *Dir. soc.,* 2018, n. 3, 485 ss. e a EAD., *Ancora dissonanze fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: astrattezza vs concretezza nel sindacato sulle politiche pubbliche nel caso* Ilva, in *Quad. cost.,* 2019, n. 2, 473 ss.

[84] La critica è di D. VOZZA, *Oltre la giustizia penale: la Corte Edu condanna lo Stato italiano nel caso dell'Ilva di Taranto per violazione del diritto al rispetto della vita privata e del diritto ad un ricorso effettivo,* in *Riv. it. med. leg.*, 2019, n. 2, 707 ss.

[85] Il tema è sollevato da M. ODONI, *Il caso Ilva alla Corte europea dei diritti umani tutela* par ricochet *dell'ambiente o tutela* par double ricochet *della salute pubblica?,* in *Dir. um. dir. int.,* 2021, n. 1, 171 ss. L'autore, peraltro, mette a raffronto il caso *Cordella* con quello *Fadeïeva c. Russia*, riguardante una donna che aveva fatto ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando di essere stata esposta per anni alle emissioni inquinanti di un impianto siderurgico russo. La ricorrente risiedeva all'interno di una zona, definita «the sanitary security zone», considerata inabitabile e destinata a isolare l'impianto inquinante della Severstal dalla zona residenziale. La Corte EDU, con sentenza del 9 giugno 2005, aveva condannato la Russia sempre per violazione dell'art. 8 CEDU, non avendo il governo provveduto a riallocare la ricorrente in una area diversa. Su altri precedenti della Corte EDU si cfr. A. SCARCELLA, *Violato il diritto alla salute e quello ad un ricorso effettivo dei residenti nell'area ad elevato pericolo di inquinamento ambientale dell'Ilva di Taranto,* in *Cass. pen.,* 2019, n. 5-6, 2293 ss.

[86] Per questa ragione, non si può condividere l'opinione di chi sostiene che, in realtà, la Corte costituzionale italiana avrebbe fatto prevalere nelle sue sentenze l'interesse «tiranno» dell'economia a scapito della salute e dell'ambiente, mentre la Corte di Strasburgo avrebbe ristabilito il primato del diritto all'ambiente salubre, come sostenuto da M. PENNASILICO, *Ambiente e iniziativa economica: quale "bilanciamento"?,* in *Ambientediritto,* 2023, n. 4, spec. 7-8.

[87] Le differenze di metodo tra Corte EDU e Corte costituzionale, dunque, non riguardavano la concretezza o l'astrattezza, ma semplicemente il fatto che l'intervento dei due giudici si collocava all'interno di sistemi giurisdizionali diversi, l'uno nazionale, l'altro sovranazionale, con presupposti e poteri distinti, come giustamente osservato da C. ROMEO e A.V. SALAMINO, *Bilanciamento tra tutela della salute e sviluppo economico: il caso Ilva,* in *Giur. it.,* 2019, n. 10, 2228 ss., spec. 2235.

necessità di assicurare una tutela che fosse comunque il risultato di un bilanciamento tra diritti e non della subordinazione di un diritto a un altro[88].

Peraltro, la Corte EDU ribadiva la propria linea con altre sentenze pronunciate nel maggio 2022, relative ai casi *A.A. e altri c. Italia*, *Ardimento e altri c. Italia, Briganti e altri c. Italia* e *Perelli e altri c. Italia.* Le vicende erano tutte simili tra loro e scaturivano sempre dall'emergenza dell'ILVA, con i ricorrenti che contestavano allo Stato italiano di non avere messo in atto le misure legali e regolamentari volte a proteggere la loro salute e l'ambiente e di avere omesso di fornire informazioni sull'inquinamento in violazione degli artt. 2 e 8 della Convenzione. Le doglianze erano in gran parte coincidenti con quelle del caso *Cordella* e la Corte decideva per la condanna dell'Italia per la sola violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare con identiche argomentazioni[89].

In questa sede, non è possibile soffermarsi diffusamente su tutte queste pronunce, ma è comunque utile concentrarsi sul fatto che le mancanze dello Stato italiano, dapprima come imprenditore fino al 1995, poi in funzione di controllore delle attività dei privati fino al 2013, poi come amministratore tra il 2013 e il 2017, hanno avuto inevitabili ricadute sull'azione della multinazionale in quel momento incaricata della gestione dell'ILVA.

Inoltre, l'asimmetria tra Stato e mercato tornava al centro dell'attenzione nazionale per effetto di un ulteriore scontro tra il comune di Taranto e la multinazionale di Arcelor Mittal. Il 27 febbraio 2020, infatti, il sindaco di Taranto emetteva un'ordinanza contingibile e urgente, che imponeva la sospensione delle attività dello stabilimento siderurgico ex ILVA-Arcelor Mittal, allo scopo di ridurre il rischio sanitario derivante dalle emissioni in atmosfera causate da anomalie degli impianti. La multinazionale impugnava l'ordinanza innanzi al giudice amministrativo. In primo grado, il TAR di Lecce riteneva legittima l'ordinanza sindacale, che serviva a impedire il realizzarsi di un grave pericolo per la salute pubblica, non risolvibile con i tipici poteri amministrativi. Il Tribunale, inoltre, respingeva la tesi della ricorrente, basata sulla legittimità delle attività dello stabilimento espressamente autorizzate dall'AIA[90]. Di tutt'altro avviso, invece, era il Consiglio di Stato che riformava completamente la sentenza del TAR. I giudici di Palazzo Spada rilevavano l'insufficienza dei presupposti che avrebbero legittimato l'adozione dell'ordinanza del sindaco, essendo disponibili altri rimedi per giungere a un più equilibrato contemperamento di interessi, primi fra tutti proprio l'autorizzazione integrata ambientale e il piano di risanamento ambientale[91].

È di tutta evidenza come la multinazionale, stretta tra procedimenti giudiziari nazionali e sovranazionali, tra processi penali e amministrativi, fosse in costante difficoltà. Non a caso, dopo l'abrogazione definitiva dello scudo penale a novembre 2019, AM InvestCo comunicava formalmente la volontà di recedere dal contratto di affitto. È in questo quadro che si inseriva un nuovo intervento del governo italiano.

Nel marzo 2020, infatti, AM InvestCo sottoscriveva con i commissari dell'amministrazione straordinaria dell'ex ILVA un accordo di modifica del contratto di affitto originario, in virtù del quale si stabiliva l'intenzione di procedere con un rilevante investimento in AM InvestCo da

---

[88] L'esigenza del bilanciamento è d'altronde confermata dall'evoluzione normativa e, in particolare, dalla riforma degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di tutela dell'ambiente. Su questa riforma e sulle sue implicazioni per l'ILVA, anche in relazione alla sentenza *Cordella*, si legga R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale,* in *Federalismi.it,* 2022, n. 7, 31 ss., spec. 52 ss.

[89] Per una disamina di queste ulteriori sentenze si rinvia a: A. CONSIGLIO, *Climate change, environment and corporate sustainability: further insights on the Ilva case,* in 8 *Labour & Law Issues* (2022), 38 ss., spec. 54 ss.; A. RICCARDI, *Ragionevole bilanciamento* vs *non rispetto del giusto equilibrio nelle sentenze della Corte EDU sul «caso Ilva»*, in *Riv. dir. sic. soc,* 2022, n. 4, 667 ss.; T. SCOVAZZI, *Altre condanne per l'Italia per l'acciaieria Ilva di Taranto,* in *Riv. giur. amd.,* 2022, n. 2, 575 ss. Per un approfondimento sulla sola sentenza *Ardimento e altri c. Italia* si veda A. CONSIGLIO, *Ardimento e altri c. Italia: il caso Ilva di Taranto, un "infinite jest",* in *Riv. giur. lav. prev. soc.,* 2023, n. 1, 45 ss.

[90] TAR Puglia, Lecce, sez. I, 13 febbraio 2021, n. 249.

[91] Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2021, n. 1482.

parte di soggetti nazionali a partecipazione statale, ponendo così le basi per una nuova *partnership* tra Arcelor Mittal e il governo italiano. A dicembre 2020, dunque, INVITALIA, su incarico del Ministero dell'economia e delle finanze, concludeva un accordo di investimento con Arcelor Mittal, prevedendosi l'ingresso della società italiana in controllo pubblico in AM InvestCo. Nell'aprile 2021 l'operazione si concludeva e AM InvestCo cambiava denominazione per assumere quella di «Acciaierie d'Italia», nella quale erano assorbiti tutti gli undicimila lavoratori dello stabilimento di Taranto[92].

Ad aggravare la situazione di Acciaierie d'Italia sono poi sopraggiunte diverse crisi: quella economica causata dalla pandemia da Covid-19, quella energetica e quella siderurgica, determinate dal conflitto in Ucraina. Nel 2023, quindi, si è resa necessaria una ricapitalizzazione di Acciaierie d'Italia, del valore di 1,3 miliardi di euro. Arcelor Mittal, tuttavia, rifiutava di versare 900 milioni di euro in qualità di socio principale di Acciaierie d'Italia. È così intervenuto un nuovo decreto-legge, del 18 gennaio 2024, n. 4, convertito con modificazioni dalla l. 15 marzo 2024, n. 28, che autorizzava in generale le società a partecipazione pubblica che partecipassero alla gestione di stabilimenti di interesse strategico nazionale a presentare domanda di ammissione all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi in luogo degli organi societari in caso di loro omissioni[93]. Il 18 febbraio 2024, pertanto, INVITALIA ha proposto l'amministrazione straordinaria per la società, che vi è stata ammessa, con tutte le sue controllate, a fine febbraio 2024. Sugli stessi impianti, dunque, insistono oggi due amministrazioni straordinarie: quella dell'ex ILVA, attiva dal 2015 e proprietaria dello stabilimento, e quella di Acciaierie d'Italia.

Dato lo stretto nesso funzionale, entrambe le amministrazioni straordinarie hanno deciso di espletare congiuntamente una procedura coordinata di vendita con la quale dare corso al trasferimento dei beni e complessi aziendali facenti capo all'ILVA nonché di taluni specifici beni e rapporti facenti capo ad Acciaierie d'Italia funzionali all'esercizio del complesso aziendale e/o dei singoli rami d'azienda. Gli scopi della procedura di vendita sono gli stessi che hanno giustificato nel tempo gli interventi legislativi e amministrativi tesi ad assicurare la prosecuzione delle attività produttive dell'ILVA: mantenere e sviluppare la produzione siderurgica in Italia; dare esecuzione a tutte le misure di tutela ambientale e a quelle di decarbonizzazione; tutelare i livelli occupazionali, abbandonando progressivamente la cassa integrazione; prevedere compensazioni in favore delle comunità locali.

Nel momento in cui si scrive la procedura di vendita è ancora in corso. I commissari straordinari opteranno prioritariamente per la cessione unitaria del complesso aziendale. Qualora questo non sia possibile, ricorreranno alla cessione di singoli rami d'azienda. Il 20 settembre 2024 i commissari hanno ricevuto quindici manifestazioni d'interesse non vincolanti. Ogni manifestazione è accompagnata da una sintetica illustrazione delle motivazioni strategiche ed economiche alla base dell'interesse all'acquisto e delle linee guida del piano industriale che si intenderebbe attuare dopo l'acquisto. A gennaio 2025, poi, sono giunte le manifestazioni d'interesse vincolanti: tre riguardano l'acquisizione dell'intero complesso industriale; sette concernono l'acquisizione di singoli rami d'azienda. Le tre offerte per l'impianto nel suo insieme provengono da: *Jindal Steel International*, multinazionale indiana dell'acciaio; *Baku Steel Company*, multinazionale siderurgica azera; *Bedrock Industries Management*, fondo di

[92] Sull'ingresso di INVITALIA nell'ex ILVA si è parlato di ritorno dello Stato salvatore: così V. MINERVINI, *Il ritorno dello Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto tra Stato e mercato?,* in *Mer. con. reg.,* 2020, n. 3, 471 ss. Date le dimensioni dello stabilimento siderurgico di Taranto sembra arduo sostenere, come qualcuno ha fatto (si cfr. S.M. CORSO, *Tutela della produzione e dell'occupazione versus tutela della salute e dell'ambiente: un caso di "legge provvedimento" all'ombra dell'Ilva di Taranto*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, n. 1, 237 ss.) che la tutela dei livelli occupazionali non sia una vera preoccupazione dei poteri pubblici, ma sia da questi utilizzata strumentalmente solo per mantenere in funzione la produzione di acciaio.

[93] È quanto espressamente previsto dall'art. 1 d.l. n. 4/2024.

investimento americano. A discrezione dei commissari straordinari, previa autorizzazione del Ministero delle imprese e del made in Italy, sentito il comitato di sorveglianza, i soggetti che hanno manifestato interesse potranno accedere alla procedura di vendita entro febbraio 2025.

Tanto nel caso della prima, quanto in quello della seconda privatizzazione, è evidente come si scontrino due logiche diverse tra lo Stato e il privato. Nell'ILVA la logica dello Stato è duplice: si considerano gli impianti come strategici per l'interesse nazionale e ci si adopera per mantenere i livelli occupazionali, garantendo però anche le necessarie opere di ambientalizzazione. Al momento della prima privatizzazione, l'ILVA era già un'impresa in crisi. Il privato, da una parte, ha ereditato un'impresa economicamente inefficiente e con troppo personale, dall'altra, non ha provveduto agli investimenti necessari per adeguare gli impianti alla normativa di carattere ambientale. Al momento della seconda privatizzazione, poi, il privato si è trovato con impianti che continuano a produrre, pur essendo sottoposti a sequestro penale e senza lo scudo penale nell'attuazione del piano di risanamento. Ciò ha rallentato ulteriormente le opere di ambientalizzazione e ha indotto la multinazionale ad adottare una strategia diversa.

Le multinazionali, infatti, allocano gli investimenti dove ritengano che questi siano profittevoli. Il quadro normativo incerto e l'intervento della magistratura penale ha reso l'investimento ILVA troppo rischioso per Arcelor Mittal, che rinunciava a proseguire nella gestione dell'ILVA. Per la multinazionale il danno è risultato minimo. L'ILVA era un concorrente: con l'acquisizione non lo è più. Nel caso di fallimento del complesso dell'ILVA, la multinazionale perderebbe una delle proprie controllate, ma avrebbe comunque eliminato un concorrente dal mercato. Per lo Stato, invece, è essenziale mantenere l'ILVA e rilanciarne il complesso aziendale, in una logica di ricchezza territoriale e nazionale, e mantenere o accrescere i livelli occupazionali. Ecco, dunque, un altro tipo di asimmetria: nel tentativo di rilanciare la produzione e l'occupazione dell'ILVA, lo Stato ha agito in un'ottica pro-concorrenziale affidandosi a una multinazionale privata, nella convinzione che questa, nel perseguire il profitto, si impegnasse nel rilancio dell'ILVA. Lo Stato, tuttavia, non ha considerato che la multinazionale può conseguire egualmente un profitto non solo investendo, ma anche disinvestendo nel medesimo territorio[94].

6. *L'alternativa tra pubblicizzazione ed esternalizzazione: spunti dai casi Florange e* US Steel Group. – Le asimmetrie tra Stato ed economia nel caso ILVA, come si è potuto osservare, sono state diverse nel tempo e si possono distinguere almeno tre fasi.

Nella prima fase, quella della gestione pubblica dello stabilimento siderurgico di Taranto da parte della FINSIDER, lo Stato aveva fatto propria la logica dell'impresa. Le esigenze produttive e occupazionali avevano indubbiamente guidato l'investimento pubblico.

Nella seconda fase, che può essere fatta coincidere con il periodo che va dalla prima privatizzazione dell'ILVA alla prima amministrazione straordinaria, le ragioni produttive dell'impresa si sono scontrate con le normative di carattere ambientale e sanitario. Il tentativo di Parlamento e governo è stato quello di assicurare la continuità produttiva dell'impianto siderurgico, sebbene in una rinnovata cornice normativa e amministrativa e con il commissariamento e l'amministrazione straordinaria dell'impresa. L'obiettivo è stato quello di bilanciare gli interessi economici e sociali con quelli ambientali e sanitari. Ne è scaturito un conflitto aperto con la magistratura penale, specialmente con la procura della Repubblica di Taranto, che invocava il blocco totale delle attività, anche esondando dalle proprie competenze. La Corte costituzionale e le Corti sovranazionali sono variamente intervenute, sempre dando

[94] In effetti, la prospettiva secondo cui la vendita dell'ex ILVA ad Arcelor Mittal avrebbe inaugurato un «nuovo corso» nella storia dello stabilimento di Taranto, dal punto di vista socioeconomico e ambientale, era stata definita un «miraggio» già da M. MELI, *The Environment, Health, and Employment: Ilva's Never-Ending Story,* in 6 *Italian Law Journal* (2020), 477 ss.

comunque conto della necessità di individuare un contemperamento tra tutti gli interessi in gioco.

Nella terza fase, che è quella attuale e che ha preso avvio con il contratto di affitto stipulato tra l'amministrazione straordinaria dell'ex ILVA e AM InvestCo, controllata dalla multinazionale franco-indiana Arcelor Mittal, i poteri pubblici hanno nuovamente esternalizzato la gestione dello stabilimento. L'obiettivo era garantire la vendita futura a un'impresa in grado sia di rilanciare l'impianto e la produzione di acciaio, sia di attuare massicci investimenti per la transizione ecologica[95]. Di fronte alle persistenti difficoltà nella gestione e al quadro normativo incerto, soprattutto in relazione alle responsabilità penali, tuttavia, la multinazionale manifestava ben presto la volontà di recedere dal contratto e solo l'intervento di una società in controllo pubblico come INVITALIA consentiva la nascita di una nuova società, Acciaierie d'Italia, partecipata dalla multinazionale medesima e dallo Stato italiano. Considerato che AM InvestCo era risultata aggiudicataria di un bando internazionale, battendo la proposta avanzata da una cordata partecipata anche da Cassa depositi e prestiti, proprio per evitare l'impiego di soldi pubblici nel salvataggio dell'ILVA, il fallimento complessivo della strategia è evidente: sono tornati prima i capitali pubblici, con INVITALIA, e poi i commissari, con l'amministrazione straordinaria. La soluzione oggi scelta per uscire dall'amministrazione straordinaria è quella di una nuova procedura di vendita, possibilmente a un'altra multinazionale.

Poiché non è stato risolto alcun nodo giuridico, ambientale ed economico che ha caratterizzato la precedente gestione, ci si può domandare se sia utile ricorrere allo schema della vendita a una multinazionale o, comunque, a soggetti privati. Innanzitutto, ci si può chiedere se un'altra multinazionale abbia effettivamente la forza e la volontà di investire sul serio nello stabilimento di Taranto, che è il luogo dal quale si è ritirata Arcelor Mittal, che è il secondo produttore siderurgico al mondo. Inoltre, si può dubitare della scelta di ricorrere per la terza volta alla pura esternalizzazione a privati nella gestione dell'impianto, dal momento che, per ben due volte, questa opzione non ha funzionato. L'asimmetria pare dunque insanabile e sembra che per il futuro dell'ILVA l'alternativa sia quella tra la ripubblicizzazione e l'alienazione a privati, con una propensione dei poteri pubblici a percorrere quest'ultima strada. Entrambe le soluzioni presentano vantaggi e svantaggi, che possono essere considerati anche facendo riferimento alle vicende di investimenti siderurgici in altri Paesi, come il caso dell'impianto della cittadina di Florange in Francia e quello della *US Steel Corporation* negli Stati Uniti.

Florange è un centro di circa undicimila mila abitanti nel dipartimento della Mosella, a pochi chilometri dal confine con il Lussemburgo. Fin dalla metà del Settecento il luogo è stato la sede di un importante stabilimento siderurgico, passato negli ultimi anni sotto il controllo di Arcelor Mittal. L'impianto era diviso in due aree: una sezione a caldo, con dieci altiforni, e una sezione a freddo. Nel 2011 la multinazionale annunciava la chiusura dell'ormai non più redditizia sezione a caldo, mantenendo il controllo di quella a freddo, ancora profittevole e ritenuta essenziale per la filiera produttiva europea della stessa Arcelor Mittal. Seguiva un'aspra lotta tra sindacati e governo, interessati a mantenere la produzione e i posti di lavoro di metà del polo siderurgico, e la multinazionale, impegnata a razionalizzare le proprie linee di produzione.

La vicenda culminava con l'approvazione della c.d. *Loi Florange* del 29 marzo 2012, la quale stabilisce l'obbligo per il datore di lavoro intenzionato a chiudere un impianto industriale di notificare tale decisione ai rappresentanti del personale, nonché alle pubbliche amministrazione statali e locali, al fine di facilitare la ricerca e l'individuazione di un acquirente che possa subentrare nella gestione[96]. L'ambito di applicazione della legge è limitato, perché

[95] Una transizione che è ben lungi dall'essere conclusa come osservato da L. SCARANO, *Sbagliando s'impara? Transizione ecologica e transizioni occupazionali nel caso ILVA,* in *Dir. rel. ind.,* 2022, n. 4, 1027 ss.

[96] Per una disamina della legge si veda P. LOKIEC, *La loi Florange o il licenziamento come* extrema ratio, in *Lav. dir. Eur.,* 2021, n. 4.

sono interessate le imprese che contano almeno mille dipendenti, restando escluse quelle sottoposte ad amministrazione controllata o liquidazione giudiziaria. Inoltre, sul datore di lavoro grava un'obbligazione di mezzi, non di risultato. L'impresa che intende chiudere deve solo dimostrare di essersi impegnata nella ricerca di un potenziale acquirente, senza la necessità che l'alienazione poi si concretizzi. La legge, peraltro, non impediva il blocco definitivo degli altiforni di Florange, a fronte dell'impegno di Arcelor Mittal, con un accordo sottoscritto con lo Stato, di ricollocare in altre linee produttive tutti i lavoratori, evitando così licenziamenti collettivi.

La *US Steel Corporation* vanta una storia più che secolare. La società, infatti, è sorta nel 1901 dalla fusione di diverse acciaierie statunitensi. Al momento della sua costituzione, la *US Steel Corporation* controllava circa il sessanta per cento del mercato dell'acciaio statunitense, vantando una capitalizzazione di 1,4 miliardi di dollari, equivalenti a 53,5 miliardi di dollari nel 2024[97]. Si trattava di un vero e proprio gigante della siderurgia con un'ampia integrazione verticale, che le consentiva di controllare non solo acciaierie, ma anche miniere di ferro, linee ferroviarie e di navigazione. La società, inoltre, conobbe una crescita sostenuta per tutta la prima metà del Novecento, beneficiando delle commesse legate alle grandi opere infrastrutturali di inizio secolo e del *New Deal*, nonché di quelle connesse al duplice sforzo bellico mondiale. Il declino ebbe inizio a partire dagli anni Sessanta, quando la società si trovò a fronteggiare l'agguerrita concorrenza europea e asiatica, in grado di produrre acciaio a basso costo.

Si arriva così al giorno d'oggi con i seguenti numeri[98]. Nel 1901 l'impresa produceva 9,1 milioni di tonnellate di acciaio, con il picco toccato nel 1979 con 29 milioni di tonnellate. Nel 2022 la *US Steel Corporation* ha prodotto solo 14,5 milioni di tonnellate di acciaio: per avere un termine di paragone, si consideri che nello stesso anno il primo produttore al mondo, la *China Baowu Steel Group*, ha immesso nel mercato quasi 132 milioni di tonnellate di acciaio, mentre Arcelor Mittal, il secondo produttore al mondo, ne ha realizzate quasi 70 milioni. La società, comunque, continua a impiegare circa ventiduemila operai nei propri stabilimenti, ma i profitti sono in continuo calo.

Così, nel 2023, giungevano alla società due proposte di acquisto: la prima della statunitense *Cleveland Cliffs*, diretta concorrente della *US Steel Corporation* nel mercato nordamericano, che proponeva l'acquisizione della società al prezzo di circa 10 miliardi di dollari; la seconda della giapponese *Nippon Steel*, quarto produttore mondiale di acciaio con 44 milioni di tonnellate all'anno, disposta a pagare circa 14 miliardi di dollari. Il consiglio d'amministrazione della società rigettava la prima proposta, sostenuta dai sindacati statunitensi, e approvava quasi all'unanimità l'offerta nipponica. In questo passaggio si inseriva però l'intervento del governo degli Stati Uniti. L'amministrazione Biden si dichiarava da subito contraria all'acquisizione della multinazionale giapponese e l'investimento era sottoposto allo scrutinio del *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS), ossia il comitato interministeriale presieduto dal Ministro dell'economia incaricato di verificare che gli investimenti stranieri nel Paese non pongano una minaccia alla sicurezza nazionale[99]. La decisione era comunque rinviata a un momento successivo alle elezioni presidenziali tenutesi nel novembre 2024.

Successivamente, Donald Trump, da presidente eletto, il 3 dicembre 2024, sul *social network Truth*, aveva manifestato tutta la sua ostilità all'operazione di investimento giapponese, promettendo di bloccarla dopo il suo insediamento nel 2025[100]. Tra i due Presidenti, aspramente

[97] I dati sono tratti da R. BIRD, *What Should Become of US Steel?,* in 47 *Commerce & Trade* (2024), 9.

[98] I numeri sono ricavati ancora da R. BIRD, *What Should Become of US Steel?,* cit., 10.

[99] Il ruolo, le funzioni e i poteri del CFIUS sono descritti da C. MANN, *The global rush toward foreign direct investment screening: lessons from the United States*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. NAPOLITANO, Bologna, il Mulino, 2019, 15 ss.

[100] Il *post* di Trump è il seguente: «I am totally against the once great and powerful U.S. Steel being bought by a foreign company, in this case Nippon Steel of Japan. Through a series of Tax Incentives and Tariffs, we will make U.S. Steel Strong

divisi su tutto, si osservava una piena convergenza di vedute nel caso *US Steel Corporation*. Così, a qualche giorno di distanza dall'insediamento di Trump, il 3 gennaio 2025, Biden ha annunciato il blocco della cessione di *US Steel* alla multinazionale giapponese, motivandolo con il fatto che la proprietà e la gestione nazionale dell'industria siderurgica rappresenta una priorità per la sicurezza degli approvvigionamenti: «senza la produzione nazionale di acciaio e i lavoratori dell'acciaio nazionali, la nostra nazione è meno forte e meno sicura»[101]. Il caso, comunque, avrà strascichi giudiziari, avendo *Nippon Steel* e la dirigenza di *US Steel* dichiarato congiuntamente la volontà sia di impugnare il provvedimento presidenziale innanzi alla Corte d'appello degli Stati Uniti per il Circuito del Distretto di Columbia, sia di intentare una causa davanti alla Corte distrettuale degli Stati Uniti per il distretto occidentale della Pennsylvania contro il produttore di acciaio statunitense rivale Cleveland-Cliffs e il presidente del sindacato *US Steelworkers*, che hanno fortemente osteggiato l'intera operazione.

Questa vicenda fa sorgere numerosi interrogativi giuridici sui quali non ci si può soffermare in questa sede, primo fra tutti l'espansione del ruolo del CFIUS, nonché l'elasticità della nozione di sicurezza nazionale, entro la quale sembra possano rientrare anche problemi relativi alla perdita o al mantenimento di posti di lavoro[102]: ci si può chiedere, infatti, se il vero timore del governo americano sia che la *Nippon Steel* costituisca un pericolo per la sicurezza degli Stati Uniti o che essa possa delocalizzare altrove licenziando la manodopera statunitense. Forse può avere contato qualcosa sull'orientamento dell'amministrazione Biden il fatto che la *US Steel Corporation* abbia sede a Pittsburgh, Pennsylvania, che quest'ultimo sia tradizionalmente uno *swing State* alle elezioni presidenziali e che Biden abbia improntato tutto il suo mandato a combattere la deindustrializzazione.

Più in generale, entrambi i casi dimostrano che la linea di frattura politica e giuridica non è più tra gestione pubblica o privata dei grandi insediamenti industriali, ma tra controllo nazionale o straniero di questi impianti, rilevando sempre più la nazionalità dell'azienda acquirente e sempre meno la sua natura giuridica pubblica o privata. Ciò è vero tanto nel caso Florange quanto in quello della *US Steel Corporation*. Al centro delle preoccupazioni di entrambi i governi nazionali si rinvengono il mantenimento della produzione in un determinato territorio e la garanzia dei livelli occupazionali. Entrambi i casi non sono molto diversi dall'ILVA, anche sotto il profilo degli investimenti in opere di ambientalizzazione, necessarie tanto a Florange, quanto per la società americana. Nel caso Florange la soluzione è stata un accordo tra lo Stato e la multinazionale, che ha salvato i livelli occupazionali, ma non la produzione, che è stata spostata altrove. Nel caso americano è probabile l'investimento della multinazionale è stato bloccato per motivi più politici che economici ed è possibile che, alla fine, la *US Steel Corporation* sia acquisita dalla *Cleveland Cliffs*, al prezzo della sua prima offerta, con l'impegno a mantenere la produzione e i posti di lavoro.

7. *Le funzioni pubbliche e la politica industriale.* – Si ritiene che i problemi del complesso industriale dell'ILVA dipendano in larga misura dalle diverse tecniche impiegate per soddisfare i diversi interessi pubblici in gioco. Occorre riflettere sul tema nella prospettiva della procedura

---

and Great Again, and it will happen FAST! As President, I will block this deal from happening. Buyer Beware!!!». Si può leggere al seguente indirizzo *web*: *https://truthsocial.com/@realDonaldTrump/posts/113586503722263487*.

[101] Così si è espresso il presidente Biden, citato in *Nippon Steel fa causa al Governo Usa dopo lo stop alla vendita di US Steel,* in *www.ilsole24ore.com/art/us-steel-arriva-stop-biden-vendita-nippon-steel-AGXR9V6B* (ultima consultazione 25 gennaio 2025).

[102] Una nozione che si fa sempre più ampia, come dimostrato anche in Italia in relazione al c.d. *golden power*, su cui si rinvia a: G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del* golden power *e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, n. 5, 549 ss.; L. SALTARI, *Il tentativo francese di controllo in TIM. Rule of law nel golden power,* in *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici,* a cura di G. della Cananea e L. Fiorentino, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 291 ss.; A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al* golden power, in *Dir. pubbl.,* 2020, n. 2, 405 ss.; ID., *La febbre del* golden power, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2022, n. 3, 743 ss.

di vendita in corso, per evitare che anche questa finisca in un'altra amministrazione straordinaria. È evidente che gli interessi pubblici da soddisfare siano sempre gli stessi: la tutela dell'ambiente e dalla salute; il rilancio degli stabilimenti ILVA, in quanto strategici; le garanzie dei livelli occupazionali.

Finora la tutela ambientale e quella della salute sono state assicurate mediante autorizzazioni e controlli, a cui si è aggiunto l'intervento incisivo del giudice penale, il quale, a propria volta, ha dato origine a una serie di interventi legislativi funzionali a ridurre le responsabilità. Da ultimo si segnala la reintroduzione dello scudo penale, per effetto dell'art. 7, d.l. 5 gennaio 2023, n. 2, convertito con modificazioni dalla l. 3 marzo 2023, n. 17. Tale disposizione prevede una esimente applicabile a chiunque agisca al fine di dare esecuzione a un provvedimento che autorizza la prosecuzione dell'attività di uno stabilimento industriale o parte di esso dichiarato di interesse strategico nazionale. In questo caso, non si è punibili per i fatti che derivano dal rispetto delle prescrizioni dettate nel provvedimento amministrativo[103].

L'approccio basato sui classici strumenti di tutela ambientale, tuttavia, potrebbe non essere sufficiente. Il caso ILVA, infatti, dimostra che oberare un soggetto privato di prescrizioni ambientali potrebbe non bastare a garantire il rispetto delle norme ambientali. Chiunque gestisca l'ILVA è chiamato a rilevanti investimenti tanto nel campo ambientale, quanto nell'ambito della produzione industriale. Potrebbe dunque risultare utile affiancare all'approccio *command and control* quello della politica degli incentivi pubblici. L'adeguamento delle strutture produttive alla disciplina ambientale, pertanto, non può prescindere dall'intervento pubblico, che sostenga il soggetto che gestirà il complesso aziendale dell'ILVA a compiere gli investimenti necessari a soddisfare i parametri fissati dai provvedimenti ambientali.

Anche continuare a prorogare *sic et simpliciter*, con misure di emergenza, le attività dell'ILVA non è una strategia vincente per giungere al giusto bilanciamento tra interessi, come dimostrano la sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2019 e nel 2022 e, da ultimo, anche la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 24 giugno 2024[104]. Investita di un rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale delle imprese di Milano, di fronte al quale si sta svolgendo una *class action* nei confronti dell'ex ILVA, la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di tutela ambientale la proroga di misure legislative emergenziali allo scopo di fare proseguire attività inquinanti. C'è poi da considerare il rischio sanitario, che discende dai problemi di degrado ambientale. Solo molto di recente, con il d.l. 24 gennaio 2025, n. 3, si è chiarito che gli impianti di interesse strategico, come l'ex ILVA, per ottenere il rinnovo dell'autorizzazione integrata ambientale, dovranno tenere conto anche della valutazione dei profili di rischio per la salute umana.

L'eventuale vendita dell'ILVA a un nuovo soggetto privato, dunque, non può condurre a un totale disimpegno dello Stato sotto il profilo dell'adeguamento ambientale degli impianti industriali. Il privato non dovrebbe solo essere oberato di prescrizioni ambientali, ma potrebbe anche essere aiutato con incentivi che accompagnino gli interventi di riconversione ecologica. I fondi a disposizione destinati a supportare iniziative di questo tipo non dovrebbero mancare, tra *Green Deal* e *Next Generation EU*.

---

[103] Per un inquadramento critico di questa nuova versione dello scudo penale e per una raffronto con la precedente esimente si vedano F. BASILE, *Un nuovo decreto c.d. Salva-Ilva: prime osservazioni su "nuovo" e "vecchio" scudo penale,* in *Sistema pen.,* 2023, n. 2 ed E. VERDOLINI, *Un nuovo capitolo nella saga Ilva: commento al decreto-legge n. 2*, in *Rivista AIC,* 2023, n. 4, 36 ss. Si tratta dello stesso decreto che ha consentito l'investimento di INVITALIA in uno stabilimento comunque sottoposto a sequestro penale.

[104] Causa C-626/22. Per una disamina del rinvio pregiudiziale si rinvia a F. LAUS, *La saga Ilva all'attenzione della Corte di Giustizia: riflessioni su condizioni di autorizzazione, riesame delle misure e responsabilità politica nella gestione del rischio ambientale e sanitario,* in *Corti supreme e salute,* 2024, n. 1, 39 ss.

Anche il rilancio della produzione industriale può essere promosso dai pubblici poteri. La vendita dell'ILVA a un nuovo soggetto privato non toglie che lo Stato abbia interesse a che il complesso industriale funzioni, perché esso è considerato strategico. L'obiettivo, allora, è pensare a strategie di supporto a eventuali investimenti industriali, anche facendo leva sui fondi pubblici o su quelli di Cassa depositi e prestiti o INVITALIA. Nelle quindici manifestazioni di interesse giunte a settembre 2024 non vi sono quelle di società a partecipazione pubblica. Ciò non significa, comunque, che quelle stesse società non possano contribuire alla promozione del complesso industriale, a fronte però di seri programmi di rilancio produttivo presentati dai soggetti privati.

La garanzia dei livelli occupazionali, poi, passa per una strategia imprenditoriale coerente da parte del soggetto che acquisirà l'ILVA, ma dipende anche dalle sinergie con i poteri pubblici, che possono mettere a disposizione ausili per ulteriori investimenti in materia.

In altri termini, si ritiene che l'alienazione dell'ILVA a soggetti privati, comprese eventuali altre multinazionali, possa funzionare a patto che anche i poteri pubblici non si astengano dall'intervenire. Incentivi, fondi e ausili pubblici non sono altro che strumenti ordinariamente utilizzati dallo «Stato promotore»: lo Stato può abilitare la trasformazione industriale e accompagnarne lo sviluppo[105]. Poiché la promozione si basa sul coinvolgimento di soggetti privati, è fondamentale che lo Stato trovi anche gli strumenti per verificare progressivamente l'andamento degli investimenti e dei lavori. Il paradigma dello Stato promotore, se adeguatamente compreso, potrebbe servire a garantire la «territorialità» delle politiche industriali, evitando al contempo gli eccessi tanto dello Stato imprenditore, quanto delle logiche delle multinazionali private. Lo Stato imprenditore, infatti, si è rivelato un modello dove le politiche industriale erano catturate da «interessi territoriali»: si pensi ai livelli occupazionali in eccesso a fini clientelari. D'altro canto, la logica delle multinazionali private è quella esclusiva del profitto, senza alcuna valutazione dell'impatto territoriale delle strategie imprenditoriali adottate. Lo Stato promotore che si affianchi ai privati potrebbe condurre a un bilanciamento tra queste due logiche asimmetriche.

[105] Sulla nozione di Stato promotore si legga F. BASSANINI, G. NAPOLITANO e L. TORCHIA, *Introduzione,* in *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia,* a cura di F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2021, 9 ss., secondo i quali «già da qualche anno, lo Stato sta cercando di svolgere un ruolo nuovo di promozione e di sostegno, attraverso una pluralità di strumenti, talora oggetto di misure estemporanee, altre volte espressione di una logica organica» (p. 17).

ROSARIA MORGANTE

IL POTERE DELLO STATO SULL'ECONOMIA: L'ESERCIZIO DEI «POTERI SPECIALI» NEL CASO PIRELLI

SOMMARIO: 1. L'esercizio dei «poteri speciali» a partire dalla vicenda Pirelli: «caso di scuola"» dei profili di asimmetria tra Stato ed economia. – 1.1. Il caso Pirelli: una ricostruzione tra geopolitica e verifica dell'investimento cinese. – 2. Il caso: l'acquisizione cinese, il trasferimento di tecnologie e l'esercizio del *golden power.* – 3. I sistemi di controllo degli investimenti esteri. – 3.1. *Golden power* a livello nazionale. - 3.2. *Golden power* a livello europeo. - 4. Il potere dello Stato sull'economia: tra controllo degli investimenti esteri e divieto di aiuti di Stato. – 5. La ricerca di un equilibrio tra politiche statali, logiche globali e azione imprenditoriale. – 6. Conclusioni.

1. L'esercizio dei «poteri speciali» a partire dalla vicenda Pirelli: un «caso di scuola» dei profili di asimmetria tra Stato ed economia? — La capacità di attrarre investimenti stranieri costituisce per gli Stati nazionali un'opportunità e al contempo una fonte di rischi. È un'opportunità perché l'ingresso di capitali da altri Paesi crea indotto economico, sviluppa settori produttivi, aumenta l'occupazione, incentiva la creazione di infrastrutture.

È sotto gli occhi di tutti che se in passato la sovranità degli Stati tracciava i limiti dei mercati nazionali oggi invece ci troviamo di fronte a una competizione che si svolge a livello mondiale. La globalizzazione economica e finanziaria e l'intensificarsi dei legami tra i mercati internazionali hanno complicato notevolmente le relazioni tra Stato ed economia, ribaltando paradigmi consolidati negli anni e aumentando le disparità esistenti[1]. Le asimmetrie di potere tra azione pubblica statale e interessi privatistici, in particolare investimenti di impresa, rappresentano un tema cruciale per comprendere come il potere politico possa influenzare settori strategici dell'economia attraverso l'esercizio di strumenti normativi.

In questo contesto, i «poteri speciali», noti anche come «*golden power*», emergono come un meccanismo fondamentale per la vigilanza dello Stato su attività economiche ritenute essenziali per la sicurezza e l'ordine pubblico nazionale. Su questo, la vicenda Pirelli costituisce un vero e proprio caso di scuola, un esempio emblematico di come i governi utilizzano questi poteri per intervenire in operazioni che, pur in apparenza riferite unicamente alla sfera economica, toccano aspetti legati alla sovranità economica e alla sicurezza nazionale.

Il caso Pirelli, infatti, appare particolarmente interessante per una serie di ragioni, anche apparentemente estranee agli ambiti classici di interesse del giurista[2]. Innanzitutto, perché consente di inquadrare in maniera approfondita il tema dei rapporti tra Stato ed economia sia dal punto di vista del ruolo dello Stato che da punto di vista della logica del privato, evidenziandone il diverso *modus operandi* tra i due soggetti. Inoltre, l'esame della vicenda consente di esaminare come, da un punto di vista normativo, ovvero di "ricorso agli armamenti giuridici"[3], gli stati si evolvono rispetto all'esigenza di tutelare la propria sicurezza nazionale, prima considerata come mera difesa dei confini fisici, oggi intesa come tutela di un paradigma tecnologico in continua evoluzione. Attraverso l'analisi dell'istituto dei poteri speciali, infatti, potrà darsi conto del mutamento del ruolo dello Stato in risposta all'evolversi del mercato nel corso delle ultime decadi, a dimostrazione del fatto che l'atteggiarsi dei pubblici poteri rispetto

[1] G. NAPOLITANO, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale,* in *Rivista della regolazione dei mercati,* 2019, n. 1.

[2] A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, 749. L'autore sottolinea che «[i]l giurista non può capire a fondo il *golden power* studiando in modo esegetico le disposizioni normative in materia, perché questo istituto è la risposta a eventi esterne e le conseguenze giuridiche costituiscono il riflesso di tali eventi.

[3] S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, n. 2, 557 ss.

alla promozione della crescita economica non è univoco e immutabile nel tempo[4]. Si tratta, infatti, di uno Stato che è passato dall'identificarsi come un soggetto imprenditore[5], il. c.d. "Stato/socio", in una fase storica in cui lo stesso era detentore di un rilevante numero di partecipazioni statali, ad essere uno Stato regolatore e vigilante, nel momento in cui vi è stato il passaggio, di cui si parlerà nel proseguo del lavoro, dalla *golden share* al *golden power*[6], fino ad atteggiarsi come Stato "stratega" ovvero chiamato ad effettuare scelte strategiche di carattere geopolitico[7].

Infine, l'esercizio dei poteri speciali da parte del Governo sull'operazione svolta in Pirelli costituisce un'interessante occasione per comprendere quanto il confine tra la tutela della sicurezza di un Paese e una politica industriale che promuova lo sviluppo economico sia difficile da stabilire in termini netti.

1.1 *Il caso Pirelli: una ricostruzione, tra geopolitica e verifica dell'investimento cinese* – L'operazione svolta sulla società Pirelli si inserisce in un contesto di crescente penetrazione economica della Cina nei mercati europei, con acquisizioni strategiche di aziende *leader* in settori chiave[8]: questo ha comportato un mutamento rispetto alla visione europea della Cina che, infatti, non è più vista semplicemente come un "partner strategico", ma viene percepita come *concorrente economico che ambisce alla leadership tecnologica e rivale sistemico che promuove modelli di governance alternativi*[9].

Nel 2019, la ChemChina (CC), colosso industriale di proprietà della Repubblica popolare cinese, acquisì una quota di maggioranza di Pirelli, azienda italiana tra i più importanti produttori di pneumatici al mondo, con un accordo che raggiunse i 7,1 miliardi di euro[10]. In particolare, venne stipulato un patto parasociale per regolare i rapporti tra i principali azionisti di Pirelli: Marco Polo International Italy s.r.l. e Camfin s.p.a. [11].

---

[4] «I*n particolare, nel corso degli ultimi trent'anni la politica economica nei principali paesi industriali è passata da impostazioni interventiste al riconoscimento che le decisioni (anche quelle pubbliche) vengono prese in condizioni di incertezza e che quindi compito dello Stato è soprattutto quello di fornire un quadro di riferimento per gli operatori economici, limitando gli interventi diretti*» AGCM, Relazione annuale 1990, § 1.1.

[5] L'Italia era prima in Europa in termini di rilevanza economia ed occupazionale del settore delle partecipazioni statali.

[6] F. BASSAN, *Dalla golden Share al golden power: il cambio del paradigma europeo dell'intervento dello Stato nell'economia,* in *Studi sull'integrazione europea,* 2014, n. 1.

[7] M. R. MAURO, F. PERNAZZA (eds.), *State and enterprise. Legal Issues in the global market*, Torino, 2023.

[8] Non può non sottolinearsi la peculiarità della proprietà cinese. A tal proposito possono citarsi alcuni esempi sull'imposizione di limitazioni alle operazioni societarie ad opera di imprese cinesi sul mercato europeo: nell'ottobre 2022, il Ministero dell'economia tedesco ha imposto una riduzione della partecipazione dell'investitore cinese CSPL nella HHLA Container Terminal Tollerort GmbH, operante nella gestione di un terminal container situato nel porto di Amburgo, entro i confini di un investimento di minoranza puramente finanziario; nel Regno Unito, già nel 2016, durante la costruzione della centrale nucleare di Hinkley Point, furono stabilite restrizioni volte a garantire che China General Nuclear, partner cinese, mantenesse una posizione di socio di minoranza e che la quota di maggioranza rimasse nelle mani del partner francese, Électricité de France (EDF).

[9] Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, Strasburgo 13/3/2019, disponibile al seguente link: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019JC0005.

[10] L'acquisizione di ChemChina non era un caso isolato, ma faceva parte di una strategia cinese più ampia, orientata ad assicurarsi il controllo di tecnologie avanzate e di know-how strategico nei settori industriali chiave. Questa strategia è in linea con l'iniziativa cinese «Made in China 2025», che punta a ridurre la dipendenza tecnologica e a far progredire le capacità industriali domestiche, in particolare in settori avanzati come quello automobilistico, robotico e dei nuovi materiali. L'interesse di ChemChina per Pirelli non era dunque casuale, considerato che la società italiana rappresentava una delle eccellenze nel settore degli pneumatici ad alta tecnologia, particolarmente apprezzata per la sua capacità di innovazione e la sua rete di distribuzione internazionale.

[11] La *Marco Polo International Italy*, che detiene il 37 per cento del capitale sociale, è controllata dalla società *China National Tire & Rubber Corporation Ltd* (CNRC) che, a sua volta, è controllata dalla *China National Chemical Corporation Limited* e da *Sinochem Holdings Corporation* Ltd su cui il governo di Pechino esercita il suo potere per il tramite della *State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council.* Camfin s.p.a., invece è controllata dalla

Il contesto geopolitico nel quale avvenne l'acquisizione era molto diverso da quello odierno: infatti, sebbene Pirelli operasse in un settore strategico, quale quello della produzione di pneumatici, nel 2019 l'Italia non disponeva ancora di strumenti adeguati a monitorare e, se necessario, condizionare l'ingresso di capitali stranieri in aziende strategiche per la sicurezza e la competitività nazionale operanti in quell'ambito. In quel periodo, il *golden power* italiano era limitato a settori specifici come la difesa e le telecomunicazioni, mentre l'acquisizione di Pirelli, operante nel settore automobilistico, non rientrava tra i comparti protetti dalla legislazione vigente a quel tempo. Di conseguenza, l'operazione non solo non fu oggetto di notifica alla Presidenza del Consiglio dei ministri, ma, anzi, venne percepita come un'operazione industriale che avrebbe rafforzato la competitività globale di Pirelli[12].

Da quel momento ad oggi, però, il quadro geopolitico, e conseguentemente quello giuridico, è drasticamente cambiato. La crescente preoccupazione per il ruolo sempre più penetrante della Cina nelle economie occidentali, unita alla crescente sensibilità sui temi della sicurezza economica e dell'intelligenza artificiale, ha portato molti Paesi occidentali a operare una revisione delle proprie politiche di controllo sugli investimenti esteri diretti. Le tensioni commerciali tra Stati Uniti e Cina, l'accelerazione della guerra commerciale e tecnologica e la crescente consapevolezza dell'importanza delle tecnologie avanzate per la competitività strategica delle nazioni hanno infatti spinto l'Europa e l'Italia a rivedere i propri meccanismi di difesa contro il rischio di perdere il controllo di settori economici fondamentali[13]: *States made war, war made States*[14].

Quando, nel maggio 2022, le parti procedono al rinnovo triennale del patto parasociale (con decorrenza maggio 2023), senza sostanziali modifiche rispetto al patto stipulato nel 2019 ma in continuità con i termini e le condizioni del precedente, il legislatore era intervenuto diverse volte sullo strumento del *golden power*, estendendone l'ambito di applicazione a diversi nuovi settori strategici, tra cui, per l'appunto, le tecnologie critiche per la sensoristica.

2. *L'acquisizione cinese, il trasferimento di tecnologie e l'esercizio del golden power* - Ai sensi del decreto-legge n. 21 del 2012, l'operazione è stata, pertanto, notificata alla Presidenza del Consiglio. Su proposta del Ministero per le imprese e il *made in Italy,* competente per materia*,* il Governo ha poi disposto l'esercizio dei poteri speciali prevedendo apposite prescrizioni per la tutela dell'*asset* strategico costituito da sensori cyber impiantabili negli pneumatici delle automobili con lo scopo di tutelare l'autonomia di Pirelli e del suo *management*, la sicurezza delle procedure, la protezione delle informazioni di rilevanza strategica, il *know-how* posseduto dalla società[15].

L'intervento del Governo italiano discende da una serie di fattori. In primo luogo, per l'Esecutivo vi era la crescente preoccupazione che il trasferimento di tecnologie strategiche in Cina avrebbe potuto compromettere la capacità di Pirelli nel mantenere il suo primato tecnologico in materia di pneumatici. In secondo luogo, sussisteva un interesse nazionale legato alla difesa dei posti di lavoro e della capacità produttiva all'interno del territorio italiano.

Dunque, a seguito dell'emanazione del d.P.C.m, il socio cinese si è impegnato a non esercitare attività di direzione e coordinamento tra cui[16]: assicurare piena autonomia a Pirelli in

---

Marco Tronchetti Provera S.p.A., la quale, all'epoca della sottoscrizione del patto, deteneva il 14 per cento del capitale sociale (adesso è pari al 22 per cento).

[12] Cfr. *Golden power e corporate governance delle società quotate. Spunti di riflessione da casi di esercizio dei poteri speciali,* Assonime, note e studi, n. 7/2023.

[13] Nel 2015, meno della metà dei Paesi membri era dotato di meccanismi di screening degli investimenti esteri diretti.

[14] C. TILLY, *Coercion, Capital, and European States, 1992.*

[15] Così dispone il comunicato stampa diffuso all'esito del Consiglio dei ministri del 15 giugno 2023.

[16] Più nello specifico, il provvedimento con il quale il Governo ha esercitato i poteri speciali ha disposto, nei confronti del socio cinese, le seguenti prescrizioni:

merito alla gestione dei rapporti con la clientela e con i fornitori; garantire che Pirelli predisponga autonomamente i piani strategici, industriali, finanziari e/o il budget della Società e del Gruppo; garantire che Pirelli non sia soggetta a istruzioni da parte del Gruppo Sinochem; non adottare atti, delibere o comunicazioni che possano far ritenere che le decisioni di Pirelli siano conseguenza di una volontà impositiva e imperativa di CNRC; non emanare direttive o istruzioni, e comunque non coordinare le iniziative, concernenti le decisioni in materia finanziaria e creditizia e in materia di ricerca e sviluppo di Pirelli.

Si vuole subito anticipare che alcune (*rectius* molte) delle prescrizioni imposte dal Governo al socio cinese, a ben vedere, esulano (e di gran lunga) dall'autentica *ratio* per cui esiste e dovrebbe essere esercitato il *golden power*. L'intervento del pubblico potere su attività private è legittimo, anzi doveroso, nel momento in cui l'obiettivo che si vuole raggiungere riguarda la

---

(i) rispettare l'impegno di non esercitare attività di direzione e coordinamento come di seguito dettagliate, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- assicurare piena autonomia a Pirelli in merito alla gestione dei rapporti con la clientela e con i fornitori;
- garantire che Pirelli predisponga autonomamente i piani strategici, industriali, finanziari e/o il budget della Società e del Gruppo;
- garantire che Pirelli non sia soggetta a istruzioni da parte del Gruppo Sinochem;
- non adottare atti, delibere o comunicazioni che possano far ritenere che le decisioni di Pirelli siano conseguenza di una volontà impositiva e imperativa di CNRC;
- non accentrare i servizi di tesoreria o altre funzioni di assistenza o coordinamento finanziario (es. cash pooling) né altre funzioni tecniche di coordinamento (es. integrazione dei sistemi informatici di Pirelli in quelli di Sinochem Holdings, inclusi quelli delle controllate cinesi di Pirelli);
- non emanare direttive o istruzioni, e comunque non coordinare le iniziative, concernenti le decisioni in materia finanziaria e creditizia e in materia di ricerca e sviluppo di Pirelli;
- non emanare direttive in merito al compimento di operazioni straordinarie da parte di Pirelli, quali, ad esempio, quotazioni di strumenti finanziari, acquisizioni, dismissioni, concentrazioni, conferimenti, fusioni, scissioni, etc.;

o non adottare decisioni determinanti in ordine alle strategie operative di Pirelli né formulare direttive strategiche di gruppo;

- garantire l'assenza di collegamenti organizzativi-funzionali tra Pirelli da una parte e CNRC dall'altra;

(ii) impegnarsi a far sì che l'Amministratore delegato di Pirelli, tratto dalla lista di maggioranza, sia indicato da Camfin e che, conseguentemente, su 12 Amministratori di Pirelli, tratti dalla lista di maggioranza, 4 siano designati da Camfin;

(iii) impegnarsi a far sì che venga introdotta, in analogia con il Patto sottoscritto il 1° agosto 2019, la carica del Direttore generale, cui delegare il potere di implementare il business plan, il budget e la gestione ordinaria di Pirelli;

(iv) impegnarsi a far sì che tutti gli Organi delegati di Pirelli siano individuati esclusivamente tra gli Amministratori designati da Camfin;

(v) impegnarsi a far sì che il potere di nomina e revoca dei Direttori e dei Vicedirettori di Pirelli sia deferito, ai sensi dell'articolo 11.9, dello Statuto di Pirelli, al Vicepresidente esecutivo o all'Amministratore delegato;

(vi) impegnarsi, unitamente a Pirelli, a far sì che lo Statuto sia modificato in modo tale che, in relazione alle delibere consiliari attinenti agli attivi di rilevanza strategica nonché di nomina e revoca dall'ufficio dei dirigenti con responsabilità strategica (key managers of Pirelli), la proposta sia riservata all'Amministratore delegato e qualsiasi decisione contraria alla stessa possa essere adottata solo con il voto di almeno i 4/5 del Consiglio di amministrazione.

Inoltre, è stata disposta l'imposizione delle seguenti specifiche prescrizioni nei confronti di Pirelli:

1. far sì che lo Statuto sia modificato in modo tale che, in relazione alle delibere consiliari attinenti agli attivi di rilevanza strategica come sopra individuati nonché di nomina e revoca dall'ufficio dei dirigenti con responsabilità strategica (key managers of Pirelli), la proposta sia riservata all'Amministratore delegato e qualsiasi decisione contraria alla stessa possa essere adottata solo con il voto di almeno i 4/5 del Consiglio di amministrazione.
2. rifiutare ogni richiesta che esuli dal normale esercizio delle prerogative dei soci nonché di attuare qualsiasi iniziativa gestionale o organizzativa che provenga da soggetti riconducibili al SASAC cinese, con particolare riferimento a richieste riguardanti:

- la condivisione di informazioni riferite a tecnologie coperte da diritti di privativa industriale, proprietà intellettuale o, comunque, qualsiasi informazione afferente al know-how riconducibile a tali tecnologie, anche se in fase di sviluppo;
- il meccanismo di tesoreria centralizzata gestito dalla società Sinochem Holding;
- l'accesso diretto ai sistemi informativi gestionali e amministrativi, ivi incluse le piattaforme di Enterprise Resource Planning (ERP) di Pirelli e delle società da essa controllate, incluse le filiali cinesi;
- il trasferimento di beni, sistemi e servizi ICT delle Società del gruppo Pirelli presso infrastrutture situate al di fuori del territorio in cui vige la giurisdizione europea e/o gestite da soggetti riconducibili al Governo cinese;
- il trasferimento o condivisione con soggetti riconducibili al Governo cinese di qualsiasi dato rilevato o elaborato attraverso la tecnologia CYBER.

tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico nazionale e se a questo si limita[17]. Perde di legittimità e diventa piuttosto una vera e propria ingiustificata intromissione nell'attività imprenditoriale, tutelata dalle norme sovranazionali e costituzionali, se l'intervento pubblico si estende oltre la *ratio* originaria, configurandosi un potenziale rischio per la libertà economica. Infatti, questo tipo di intervento, che si allontana dal solo scopo di salvaguardia della sicurezza, appare come una forma di latente protezionismo, mirando più a garantire una sorta di controllo di proprietà, piuttosto che a contrastare effettive minacce alla sicurezza: sembra che in questo modo ci si distanzi sempre più dalla vocazione solidaristica e sociale che la costituzione attribuisce al diritto privato e ai suoi istituti e che trova nel *golden power* il suo perno concettuale[18].

Perlomeno in astratto, infatti, oltre alla necessità di individuare le misure più adeguate al raggiungimento dello scopo, vi è la primaria esigenza che queste vengano ottemperate dall'impresa destinataria. Ciò comporta, anzitutto, che il Governo disponga di strumenti di controllo efficaci, in termini di infrastrutture, mezzi tecnici e risorse umane, per monitorare l'applicazione delle prescrizioni. Infatti, se le condizioni imposte non sono realisticamente verificabili o non vengono adeguatamente controllate, si rischia di assistere a un fenomeno di mera facciata, in cui la tutela degli interessi strategici nazionali si traduce in un'azione inefficace[19]. In tal modo, l'esercizio del *golden power* risponderebbe ad una mera esigenza simbolica del Governo, soprattutto in contesti di pressione politica o percezione di vulnerabilità strategica, e pertanto il rischio di trasformare l'intervento dell'Esecutivo in un gesto più formale che sostanziale è concreto. E dunque, tornando al caso Pirelli, se l'investimento cinese è motivato dalla volontà di acquisire conoscenze tecniche o industriali italiane, bisogna interrogarsi sull'efficacia delle misure imposte per impedirlo. Infatti, in un contesto globale dominato dalla digitalizzazione e dalla rapidità di trasferimento delle informazioni, la possibilità di bloccare integralmente il flusso di conoscenze tecniche appare complessa. La natura delle *supply chain* globali e l'interconnessione economica rendono difficile isolare il patrimonio tecnologico e conoscitivo di un'azienda, sollevando, pertanto, dubbi sulla reale capacità dei poteri speciali di proteggere in modo sostanziale gli interessi strategici nazionali[20].

3. *I sistemi di controllo degli investimenti esteri* - I sistemi di controllo degli investimenti esteri diretti nascono, come anticipato, con lo scopo di tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico degli stati dai rischi derivanti da attacchi che, ormai, non sono più individuabili nelle tradizionali offensive ai confini nazionali, ma che piuttosto si riferiscono ad operazioni economiche effettuate in settorie caratterizzati da alta tecnologia[21]. Ormai da un paio d'anni, si assiste ad

[17] «*L'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono [...] essere invocati solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività» e «tali motivi non possono essere distolti dalla propria funzione per essere utilizzati in realtà a fini puramente economici [...], che ogni persona colpita da un provvedimento restrittivo basato su una de- roga di tal genere deve poter disporre di un rimedio giuridico*», così Corte Giust., sentenza 14 marzo 2000, causa C-54/99.

[18] A. IMPERIA, G. SCARCHILLO, *Golden powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici,* in *Diritto del Commercio Internazionale,* n. 2/2023, 591 ss.

[19] L. SCIPIONE, *Il golden power come strumento attivo per una politica industriale "sostenibile",* in *Giurisprudenza commerciale,* n. 1/2024, 838.

[20] Con riferimento al caso Pirelli, si segnala che il Governo ha comunicato di aver avviato un procedimento amministrativo volto alla verifica della possibile violazione da parte di CNRC delle prescrizioni contenute nel d.P.C.m. di esercizio dei poteri speciali. In particolare, il procedimento riguarda la potenziale violazione della prescrizione di garantire l'assenza di collegamenti organizzativi-funzionali tra Pirelli da una parte e CNRC dall'altra.

[21] S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto amministrativo*, 2022, 557.

un'inarrestabile ascesa dei golden power[22], materia la cui disciplina è caratterizzata da una concorrenza di fonti a livello comunitario e nazionale.

3.1 *Golden power a livello nazionale* - La disciplina del *golden power* a livello nazionale trova le sue origini nella previgente normativa della c.d. *golden share*, nata nell'Inghilterra del Governo Thatcher negli anni Ottanta in un contesto di processi di dismissione della partecipazione pubblica nelle società. La «regola dorata» si caratterizzava per la previsione nello statuto societario di una clausola che attribuiva al soggetto pubblico, ed in particolare all'allora Ministro del tesoro, una quota azionaria speciale tale da consentirgli l'esercizio di taluni poteri volti alla tutela del nucleo produttivo nazionale[23]. La sostituzione dell'impianto normativo si è resa necessaria al fine di evitare che lo Stato italiano potesse incorrere negli esiti di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea che, forte di giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia[24], riteneva la normativa della *golden share* eccessivamente limitante per la circolazione dei capitali e per la libertà di stabilimento di impresa[25]. Secondo la stessa Commissione europea, infatti, l'Europa *trae beneficio della sua apertura al resto del mondo (...) e non può permettersi di prendere un posto secondario nella competizione globale per attrarre e promuovere investimenti da e verso ogni parte del mondo*[26].

Con l'avvio della procedura di infrazione[27], in particolare, la Commissione aveva rilevato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione, in particolare con gli articoli 63 e 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, relativi, rispettivamente, alla libertà di circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento di impresa, della disciplina delle "azioni speciali", così come risultante dalla normativa di cui al combinato disposto dell'articolo 2 del decreto-legge n. 332 del 1994, dell'articolo 4, della legge finanziaria del 2004, dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del 17 settembre 1999, 28 settembre 1999 e del 23 marzo 2006[28]. Ed infatti, il *golden power*, a ben vedere, costituisce il massimo grado di deroga ai princìpi di libera

---

[22] G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm*., fasc. 2019, n. 5, 549 ss.

[23] «*Come è noto, lo strumento della golden share è stato concepito in Inghilterra, nel contesto della campagna di privatizzazioni avviata dal governo Thatcher nella seconda metà degli anni '80, con la finalità di garantire allo stato, per un determinato periodo, ampi poteri sulla gestione e sugli assetti proprietari delle società privatizzate*». Così A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2019, 733.

[24] Tra tutte, si v.: Corte di Giustizia, del 23 febbraio 1995, casi riuniti C-358/93 e C-416/93, caso Bordessa; Corte di Giustizia, 16 gennaio 2003, in causa C-388/01, Commissione/Italia; Corte di Giustizia, 17 marzo 2005, in causa C-109/04, Kranemann; Corte di Giustizia, 11 settembre 2008, in causa C- 141/07, Commissione/Germania.

[25] Infatti, ai sensi dell'art. 65, comma 1, lett b) del TFUE, gli Stati membri hanno il diritto «*di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza*». Dunque, si considerano "restrizioni" i provvedimenti nazionali che possono impedire o limitare l'acquisto di azioni nelle imprese interessate o che possono dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale delle stesse (v. CGUE, 4 giugno 2002, in causa C-367/98, Commissione/Portogallo, punti 45 e 46; 4 giugno 2002, in causa C-483/99, Commissione/Francia, punto 40; 13 maggio 2003, in causa C-463/00, Commissione/Spagna, punti 61 e 62; 13 maggio 2003, in causa C-98/01, Commissione/Regno Unito, punti 47 e 49; 2 giugno 2005, in causa C-174/04, Commissione/Italia, punti 30 e 31). Sul punto si rinvia a F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici,* Torino, 2015.

[26] Comunicazione della Commissione Europea, *Towards a comprehensive European international investment policy,* COM (2010)343 final, Bruxelles, 7 luglio 2010.

[27] Si tratta della procedura di infrazione n. 2009/2255 avviata con riferimento al decreto-legge n. 330 del 1994, convertito in legge dalla legge 31 maggio 1994, n. 332. Sull'illegittimità della *golden share*, si v. F. MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, pp. 1236 ss.

[28] L'archiviazione della procedura di infrazione, avvenuta in data 15 febbraio 2017, è stata possibile grazie alla nuova disciplina dettata dal decreto-legge n. 21 del 2012, ritenuta dalla Commissione europea compatibile con il TFUE.

circolazione dei capitali e di proporzionalità: deroga che il diritto dell'UE può consentire solo con il fine di proteggere importanti e cruciali interessi concomitanti degli Stati membri[29].

Con la riforma attuata nel 2012, pertanto, la *golden share*, il cui ambito di applicazione era circoscritto esclusivamente alle imprese in mano pubblica, si tramutò da «azioni speciali» in «poteri speciali», fondati su disposizioni legislative nazionali e sovranazionali e non su clausole statuarie riconducibili al diritto privato[30], esercitabili nei confronti di tutte le società, in mano pubblica o privata, operanti in ambiti considerati di rilevanza strategica: il fondamento normativo, pertanto, rende il potere non più di natura privatistica in capo all'azionista pubblico, ma attribuisce al Governo un potere di natura pubblicistica esterno alla *governance* societaria*:* «non più una share, è un power che nasce al di fuori della società» [31].

Si supera così il tema delle «false privatizzazioni», sintomatico dell'intrinseca debolezza dello strumento della *golden share.* Infatti, «se uno Stato decide di collocare sul mercato le azioni delle proprie imprese, deve sottoporsi al principio della libera circolazione. In questi casi, allora, si possono porre limiti soltanto in via eccezionale e transitoria, per il raggiungimento, secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, di obiettivi predeterminati»[32].

Il nuovo assetto normativo, che ha strutturalmente modificato la disciplina, contenuta oggi nel decreto legge 15 marzo 2012 n. 21, consente, in presenza della già menzionata condizione di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale[33], nel caso di operazioni relative a imprese operanti nei settori della difesa e sicurezza nazionale o al verificarsi di una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa statale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti con riferimento ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni oltre che agli ulteriori settori di rilevanza strategica per l'interesse nazionale[34], l'esercizio dei seguenti poteri speciali, a carattere oppositivo, prescrittivo e, in ultima istanza, interdittivo[35]:

---

[29] C. CONTESSA, *La disciplina dei settori speciali fra novità e conferme,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2024, n.1, 25 ss.

[30] Sulla "legittimazione democratica" del *golden power*, B. ARGIOLAS, *Il* golden power *tra Stato e mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, n. 6, 721 ss.

[31] Come sottolinea M. D'ALBERTI, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti,* op. cit., 84.

[32] G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005, 62 ss.

[33] La valutazione dell'esistenza del «grave pregiudizio» deve essere effettuata dal Governo, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, considerando, alla luce della potenziale influenza dell'acquirente sulla società, anche in ragione della entità della partecipazione acquisita:

a) l'adeguatezza, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento dell'acquisizione, della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente nonché del progetto industriale, rispetto alla regolare prosecuzione delle attività, al mantenimento del patrimonio tecnologico, anche con riferimento alle attività strategiche chiave, alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti, oltre che alla corretta e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti di pubbliche amministrazioni, direttamente o indirettamente, dalla società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisizione, con specifico riguardo ai rapporti relativi alla difesa nazionale, all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale;

b) l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati.

[34] Art. 2, del decreto-legge n. 21 del 2012.

[35] La Corte di giustizia dell'Unione europea, in linea con l'orientamento consolidato, ha riconosciuto la legittimità dei provvedimenti nazionali limitativi delle libertà previste dai trattati purché vi sia la concorrenza di quattro condizioni: applicazione non discriminatoria, esistenza di motivi imperiosi di interesse generale, idoneità a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e limitazione a quanto necessario per il raggiungimento di questo. Infatti, la Commissione europea chiede agli Stati membri «di accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali». Sul potere di veto esercitabile come *extrema ratio*, si rinvia a A. Sacco Ginevri, *Golden power e funzionamento delle imprese strategiche*, in G. NAPOLITANO, *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., 6.

a) l'imposizione di specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti e delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale;

b) il veto all'adozione di delibere, atti o operazioni dell'assemblea o degli organi di amministrazione di un'impresa che svolge attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, aventi ad oggetto varie operazioni, tra cui la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, la modifica dell'oggetto sociale o lo scioglimento della società;

c) l'opposizione all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in un'impresa che svolge attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale.

Le attività considerate di rilevanza strategica sono adottate con d.P.C.m su proposta del Ministro competente. Il perimetro degli asset di rilievo nei settori strategici per l'interesse nazionale è stato progressivamente ampliato: oltre ai settori della difesa e della sicurezza nazionale, sono oggi ricompresi: le reti di comunicazione elettronica a banda larga basate sulla tecnologia 5g, le infrastrutture e le tecnologie critiche, la filiera agroalimentare, il comparto salute, la robotica, il trattamento e l'archiviazione di dati, i settori finanziario, creditizio e assicurativo, ecc.[36].

Il quadro normativo che definisce, pertanto, ambito applicativo dei poteri speciali, presupposti, procedure e criteri di esercizio è stato, nel corso degli ultimi anni, oggetto di diverse modifiche. Tra queste, si segnala, in particolare, l'introduzione di un istituto di semplificazione: la prenotifica, mediante il quale gli investitori possono ricevere una valutazione preliminare sulla applicabilità della normativa e sulla autorizzabilità dell'operazione[37].

3.2 *Golden power a livello europeo* - Come anticipato, la disciplina dei poteri speciali nasce a livello nazionale e solo successivamente si sviluppa su base sovranazionale[38].

Nel 2020, sulla base dell'art. 207 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ai sensi del quale la politica commerciale comune è attribuita alla competenza esclusiva dell'Unione, è stata introdotta una disciplina comune di *screening* in materia di investimenti esteri diretti. Con il regolamento (UE) 2019/452, infatti, è stato da un lato individuato un quadro di controllo per gli investimenti diretti esteri da parte degli Stati membri; dall'altro è stato previsto un meccanismo di cooperazione tra questi e la Commissione europea, che costituisce una vera e propria frontiera dell'integrazione amministrativa europea.

Il Regolamento costituisce un'importante fonte in termini di certezza del diritto in quanto fornisce una definizione giuridica della nozione di «investimento estero diretto» quale investimento effettuato da parte di un investitore estero, extra-europeo, inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'impresa cui è messo a disposizione in capitale; e di "meccanismo di controllo" quale strumento di applicazione generale che

[36] Con particolare riferimento ai poteri speciali inerenti ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5g si rinvia a M. CLARICH, *La disciplina del* golden power *in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5g,* in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 115-120.

[37] Art. 26, d.l. n. 21/2022.

[38] G. PITRUZZELLA, *Foreign direct investment screening in EU,* in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri stranieri,* op. cit., 63 ss.

definisce i termini, le condizioni e le procedure per valutare, esaminare, autorizzare, sottoporre a condizioni, vietare o liquidare investimenti esteri diretti per motivi di sicurezza e di ordine pubblico[39].

Il principio della certezza del diritto viene, inoltre, garantito attraverso l'adozione di un modello di controllo governato dal principio di legalità. Infatti, il regolamento si pone l'obiettivo di assicurare regole procedurali trasparenti, con termini di durata ragionevoli, aperti alla partecipazione dei soggetti interessati e le cui decisioni sono supportate da ampie motivazioni.

Deve comunque evidenziarsi che l'intero apparato normativo su cui si fonda il *golden power* costituisce un sistema a geometria variabile che lascia agli Stati un'ampia discrezionalità nell'esercizio del potere, stante l'insita incertezza del concetto di "tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico" che può essere oggetto di interpretazioni difformi in situazioni simili[40].

Altro principio chiave stabilito dalla disciplina europea è il divieto di discriminazione tra paesi terzi: ciò comporta una parità nell'applicazione dei presupposti di attivazione dei meccanismi di controllo e nello svolgimento dell'istruttoria procedimentale da parte dello Stato.

Per quanto riguarda il modello di controllo sugli investimenti esteri che emerge dalla disciplina europea, si evidenzia che questo è volto esclusivamente alla protezione della sicurezza e dell'ordine pubblico degli Stati membri e quindi dell'Unione. In sostanza, il legislatore europeo ha voluto limitare l'ambito di operatività dei meccanismi di controllo al solo piano teleologico, per non correre il rischio che questi si tramutino «impropriamente in uno strumento di politica industriale, corporativa o peggio ancora clientelare»[41]. Nonostante la previsione di un elenco, non esaustivo, di settori sensibili e di criteri che possono essere presi in considerazione dagli Stati per determinare l'incisività dell'investimento sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, la concreta verifica sul rischio deve essere effettuata con riferimento all'attività svolta dall'impresa target e alla disciplina prevista a livello nazionale: se il settore di operatività dell'impresa destinataria dell'investimento estero è considerato, dalla disciplina statale, strategico, allora potrà attivarsi il meccanismo di controllo. Ciò rende evidente sia il ruolo di "cornice" che è assunto dalla normativa europea rispetto alla disciplina nazionale sia il principio di non interferenza nella sovranità nazionale messo in pratica mediante l'attribuzione di un'ampia discrezionalità attribuita ai legislatori nazionali[42].

Con riferimento, invece, al meccanismo di cooperazione tra Stati membri e Commissione europea, bisogna evidenziare che la disciplina tratta di due procedure diverse a seconda che gli investimenti diretti siano oggetto di controllo da parte degli Stati o invece non lo siano. Nel primo caso[43], il singolo Stato membro, d'ufficio, deve notificare all'organo di governo europeo e agli altri Stati membri tutti gli investimenti sottoposti a controllo e fornire ogni informazione rilevante. In tal modo, su un piano orizzontale, qualora uno Stato membro tema il rischio che un investimento estero effettuato in un altro territorio possa influire sulla propria sicurezza o sul proprio ordine pubblico, può fare osservazioni, così come può fare, su un piano verticale, anche la stessa Commissione con il fine di tutelare i progetti e i programmi che sono funzionali agli obiettivi dell'Unione nel suo complesso. Le osservazioni e i pareri, debitamente motivati,

---

[39] La rilevanza di tali definizioni è evidenziata da G. NAPOLITANO, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale,* in *Rivista della regolazione dei mercati,* n. 1/2019.

[40] G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, op. cit., spec. p. 10. Si veda anche C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di Stato. (Legge 3 agosto 2007, n. 124)*, Milano, 2008, 55, secondo cui «l'interpretazione della nozione [di sicurezza nazionale] riveste notevole complessità e coinvolge profili di pensiero che vanno oltre la mera analisi di carattere giuridico».

[41] G. NAPOLITANO, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale,* op. cit.

[42] S. GLIUBICH, *Il regolamento europeo per il controllo, op. cit.*, 28-41.

[43] Art. 6, Reg. n. 2019/452.

devono essere trasmessi in un tempo congruo, nel corso del quale, a livello nazionale la procedura istruttoria procede in maniera parallela. E infatti, il Regolamento prevede espressamente che la decisione di controllo finale deve essere spetta esclusivamente allo Stato membro che effettua il controllo, pur essendo tenuto, quest'ultimo, a tenere in «debita considerazione» le osservazioni degli altri Stati membri e il parere della Commissione. Nel secondo caso[44], ovvero quando l'investimento estero non è oggetto di controllo a livello statale, se uno Stato membro ritiene che un investimento estero diretto in programma o già realizzato in un altro Stato membro che non ha attivato il meccanismo interno di controllo possa minare alla sicurezza o all'ordine pubblico nel suo territorio o possiede informazioni rilevanti pertinenti a detto investimento può formulare osservazioni all'altro Stato interessato. Lo stesso potere è attribuito alla Commissione. Tale potere si tramuta in dovere se almeno un terzo degli Stati membri ritiene che l'investimento estero diretto possa arrecare danni alla sicurezza e all'ordine pubblico. Anche in questo caso, lo Stato membro deve tenere in debita considerazione le osservazioni e i pareri ricevuti, ma la decisione è rimessa interamente al medesimo, seppure in conformità con il generale obbligo di leale cooperazione[45].

Dal momento dell'entrata in vigore del Regolamento, il mondo è cambiato e la sicurezza e l'ordine pubblico hanno decisamente acquisito maggiore rilevanza: la pandemia di COVID-19, la guerra in Ucraina, il conflitto palestinese e altre tensioni geopolitiche hanno sottolineato la necessità di tutelare meglio le attività strategiche dell'UE[46]. Per queste ragioni, nel gennaio 2024, è stata presentata dalla Commissione europea una proposta di regolamento volta a ridefinire la disciplina vigente in materia di investimenti esteri nell'Unione europea[47]. La proposta si pone, in particolare, il raggiungimento dei seguenti obiettivi: imporre a tutti gli Stati membri di istituire un meccanismo di controllo degli investimenti esteri per motivi di sicurezza o di ordine pubblico (ai sensi del regolamento vigente gli Stati membri "possono" adottarlo); individuare un ambito di applicazione settoriale minimo in cui tutti gli Stati membri dovranno controllare gli investimenti esteri; garantire regole di armonizzazione minima su struttura e funzionamento dei meccanismi nazionali; rafforzare il meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri e la Commissione.

4. *Il potere dello Stato sull'economia: tra controllo degli investimenti esteri e divieto di aiuti di Stato* - Come evidenziato, tramite il capitalismo di Stato e quindi forme di politiche pubbliche protezionistiche, la Cina riesce a tutelare la propria economia domestica dagli effetti del commercio globale, espandendo al contempo la sua presenza sul mercato internazionale.

Questo fenomeno permette di evidenziare una prima grande asimmetria tra Stato e mercato. Si tratta di uno squilibrio che è inquadrabile anzitutto nell'asimmetria a monte tra "Stato e Stato" in quanto in Cina, diversamente da quanto avviene nei Paesi occidentali, vi è una gestione accentrata delle partecipazioni statali e un diretto controllo dello Stato sugli investimenti esteri effettuati da società cinesi in territori stranieri. Infatti, nella Repubblica popolare cinese è stato creato un apposito organismo, la c.d. *State-owned Assets Supervision and Administration Commission* (SASAC) con il compito di investire, supervisionare e gestire le attività statali delle imprese sotto il controllo del Governo centrale[48]. Formalmente, la SASAC viene descritta come una struttura ministeriale posta sotto il controllo del Consiglio di Stato cinese. Da un punto di

[44] Art. 7, Reg. n. 2019/452.

[45] Art. 4, Reg. n. 2019/452.

[46] Sull'applicabilità del *golden power* in ogni possibile scenario di crisi si rinvia a A. IMPERIA, G. SCARCHILLO, *Golden powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici,* in *Diritto del Commercio Internazionale,* 2023, n. 2, 591 ss.

[47] Cfr. *eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52024PC0023&qid=1709799507169*.

[48] A. SANTONI, *Le imprese pubbliche cinesi tra disciplina antitrust e controllo sugli investimenti esteri diretti*, in *ApertaContrada,* 2020, n. 2.

vista di «modelli amministrativi», non esiste un equivalente italiano a cui paragonarla: la SASAC è una struttura ibrida che svolge funzioni che in Italia sono svolte da enti di diversa natura (il Ministero dell'economia e delle finanze, le Autorità indipendenti, Cassa depositi e prestiti, ecc.). Tra i compiti chiave che svolge la SASAC vi è anche quello di controllo e coordinamento degli investimenti esteri in uscita operati per mezzo dei consistenti sussidi che lo Stato cinese concede alle sue imprese. Proprio per questo ci si chiede se lo Stato cinese, secondo questa prospettiva, possa essere inteso alla stregua di un vero e proprio centro direzionale unico per gli investimenti delle società a partecipazione statale, in modo simile a quanto avviene, in ambito privatistico, tra i grandi investitori istituzionali e le società da loro controllate[49].

In Europa, mentre gli investimenti da parte di investitori considerati rischiosi verso aziende dell'UE con tecnologie avanzate possono essere limitati o vietati attraverso i meccanismi di controllo degli IED, c'è il pericolo potenziale che tali tecnologie e *know how* possano essere accessibili agli stessi investitori attraverso operazioni di investimento dei nostri imprenditori all'estero, con rischi per la sicurezza dell'Unione e degli Stati.

Differentemente da quanto avviene ad esempio in Cina[50], in Europa non esiste una regolamentazione e un monitoraggio degli investimenti esteri in uscita, i c.d. *outbound investments.*

Si tratta di un *vulnus* che a livello europeo è stato evidenziato con la recente pubblicazione, da parte della Commissione europea, del «Libro Bianco sugli Investimenti in Uscita», avente ad oggetto l'istituzione di un monitoraggio degli investimenti in uscita a tutela della sicurezza comune[51]. Ed infatti, nonostante, come riconosciuto dalla stessa Commissione, *le nostre economie prosperano grazie a commercio e investimenti aperti,* non può non riconoscersi che anche l'uscita dal continente di alcune tecnologie e *know how* per volontà di imprese locali può comportare rischi per la sicurezza. Si pensi, per esempio, ai rischi legati al trasferimento di tecnologie avanzate dall'Unione europea a paesi in cui il confine tra attività civili e militari è piuttosto labile e che potrebbero sfruttare queste tecnologie per potenziare il proprio settore militare e di *intelligence*, ponendo un rischio per la sicurezza dei paesi europei.

Un'altra asimmetria, anche questa riconducibile in prima istanza a quella tra Stato e Stato, riguarda il fatto che, a causa della normativa sugli aiuti di Stato, gli operatori economici dell'Unione europea subiscono un trattamento meno favorevole rispetto ai concorrenti provenienti da paesi extra-UE.

Il *golden power* e il divieto di aiuti di stato sono due strumenti nati per la realizzazione di scopi ben diversi: il primo, che costituisce un meccanismo di controllo, offre un sistema di tutela degli asset strategici contro rischi alla sicurezza e all'ordine pubblico; il secondo, che è un principio a cui segue un meccanismo di attuazione, è volto invece a garantire la realizzazione dei principi di un'economia di libero mercato all'interno dell'Unione europea.

Seppur diversi nella loro funzione, tra le due normative è possibile trovare dei punti di contatto[52]: a ben vedere, infatti, il primo costituisce un mezzo per realizzare, in un contesto di più ampio spettro, gli obiettivi del secondo. Nei settori strategici, infatti, i due strumenti possono essere utilizzati congiuntamente.

Diversa è invece la regolamentazione procedimentale: se la Commissione europea svolge un ruolo chiave nel controllo degli aiuti di Stato – ed infatti la disciplina è esclusivamente

[49] A. SANTONI, *Le imprese pubbliche cinesi tra disciplina antitrust e controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit.

[50] *Administrative measures for overseas investment by enterprises, by the Nation Development and Reform Commission (2017, No. 11); State Council Guidance on Overseas Investments (2017, No. 74); Catalogue of Sensitive Industries for Overseas Investments, by the National Development and Reform Commissio*n (2018, No. 251).

[51] La pubblicazione del libro bianco, avvenuta da parte della Commissione nel gennaio 2024, rientra all'interno della più ampia «Strategia europea per la sicurezza economica».

[52] D. PITTELLI, *Il Golden Power* tra divieto di aiuti di Stato e controllo sulle sovvenzioni estere, in Il diritto dell'economia» n. 2/2024, 369-397.

rimessa al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea(TFUE) - per quanto riguarda i poteri speciali, pur esistendo, come già visto, un meccanismo di coordinamento tra gli Stati membri e la Commissione europea per verificare eventuali impatti alla stabilità del mercato unico, l'autorità competente è individuata a livello statale.

In ogni caso, è di tutta evidenza la necessità che i due meccanismi si intersechino e dialoghino tra loro in modo da essere «strumenti complementari nel perseguimento dell'interesse pubblico euro-unitario»[53].

Tra i due, come anticipato, si colloca un terzo strumento, di matrice interamente unionale: il Controllo sulle Sovvenzioni Estere Distorsive del Mercato, spesso indicato come Controllo FSR - *Foreign Subsidies Regulation*[54], previsto per garantire che il divieto di aiuti di Stato non sia limitato esclusivamente ai sussidi pubblici interni, ma che si estenda anche alle sovvenzioni estere che potrebbero alterare la concorrenza nel mercato interno. Ed infatti, l'aumento dell'apertura agli investimenti esteri se da un lato ha portato nuove opportunità per l'economia europea, dall'altro ha anche introdotto potenziali rischi, come quello appunto delle sovvenzioni estere distorsive del mercato, che necessitano meccanismi di controllo per mantenere la competitività e assicurare condizioni eque di concorrenza nel mercato dell'UE, in particolare nei casi in cui le aziende pubbliche operano sotto regole diverse rispetto alle private e quando le relazioni finanziarie tra Stato e aziende mancano di trasparenza.

5. *La ricerca di un equilibrio tra politiche statali, logiche globali e azione imprenditoriale* - La normativa cinese sugli investimenti stranieri è stata adottata, almeno formalmente, con l'intento di promuovere una generale politica di apertura e di promozione degli investimenti stranieri. Tuttavia, l'investimento straniero nel territorio cinese è nella sostanza scoraggiato. Infatti, nella Repubblica popolare cinese, notoriamente, lo Stato utilizza le imprese – spesso pubbliche o a controllo statale – come strumenti per promuovere l'espansione economica all'estero. Le aziende cinesi, invero, godono spesso di ampi sostegni statali, di diversa natura[55], per condurre operazioni strategiche internazionali tra cui acquisizioni e investimenti in Paesi con economie di mercato aperte. Questo, unitamente a diffuse e note pratiche di *dumping* sociale e ambientale falsa notevolmente la leale concorrenza.

Il caso Pirelli consente di mettere in luce una dinamica complessa tra interessi economici e considerazioni politico-strategiche. Da un lato, infatti, l'azienda di pneumatici adotta una logica puramente economica: accettare investimenti esteri diretti come una soluzione per migliorare la propria competitività, rafforzare la propria posizione sul mercato e superare eventuali difficoltà finanziarie o strutturali. Così, l'investimento estero rappresenta una risorsa importante per sostenere l'innovazione, l'espansione internazionale e il consolidamento dell'azienda, rispondendo a obiettivi di crescita e sostenibilità economica a lungo termine.

Dall'altro lato, nel momento in cui l'investimento è limitato attraverso l'uso del *golden power* da parte dello Stato, la logica che prevale non è più economica, ma politico-strategica: la prima segue una razionalità imprenditoriale basata sull'efficienza, sulla crescita e sulla redditività; la seconda, quella strategico-geopolitica, mira invece a preservare l'autonomia del Paese e a proteggere settori critici dall'influenza di attori esterni, specialmente quando questi investimenti provengono da Paesi con cui esistono squilibri economici, come la Cina, che opera spesso attraverso un capitalismo di Stato. È evidente, pertanto, che l'istituto del *golden power*, per il solo fatto di trovare cittadinanza nell'ordinamento e quindi anche se non esercitato,

[53] L. DI VIA, P. LEONE, *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *Mercato Concorrenza Regole,* 2020, n.1, 111.

[54] Regolamento (UE) 2022/2560 del Palamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022.

[55] B. P. AMICARELLI, *L'arte della guerra (commerciale) alla Cina: offensive cinesi e difese occidentali,* in *Mercato concorrenza regole,* 2019, n. 2, 219-250.

comporta dei costi per le imprese. Ed infatti, le imprese devono sostenere spese per le consulenze necessarie a verificare se una determinata operazione debba essere notificata alla Presidenza del Consiglio dei ministri; affrontano costi per adeguare la propria struttura organizzativa alle prescrizioni imposte; infine, subiscono un costo legato alla mancata monetizzazione che deriverebbe dalla vendita delle azioni, qualora il Governo decida di intervenire per bloccare l'operazione[56].

Il caso Pirelli ci fa ben comprendere come il rapporto tra lo Stato e il mercato sia inteso in maniera differente in Europa e in Cina. In Europa, il mercato è visto come un sistema relativamente autonomo, con l'intervento dello Stato limitato a funzioni di regolazione e protezione degli interessi pubblici e della concorrenza. Lo Stato, dunque, agisce come un "guardiano", intervenendo solo in circostanze specifiche o per tutelare settori strategici, lasciando alle imprese e agli investitori la libertà di operare secondo le logiche di mercato.

In Cina, invece, il rapporto tra Stato e mercato è molto diverso. Lo Stato cinese non si limita a vigilare sull'economia, ma svolge un ruolo attivo e diretto nella guida e nel controllo del mercato, soprattutto in settori considerati strategici o essenziali per gli obiettivi di sviluppo nazionale.

E infatti, nel caso di Pirelli, come ha peraltro dichiarato il socio italiano, il *golden power* è stato esercitato con il fine di «riportare all'origine le relazioni con Sinochem», ovvero di limitare l'influenza del socio cinese ad aspetti unicamente di natura finanziaria, senza poter, pertanto, interferire nella *governance* o nella gestione strategica dell'azienda[57]. Dunque, l'obiettivo era quello di tutelare la struttura azionaria del gruppo[58].

L'esistenza dei poteri speciali dovrebbe «presupporre il sostanziale superamento del modello dell'intervento diretto dei soggetti pubblici nell'economia, lasciando residuare in capo allo Stato solo compiti (peraltro, fondamentali) di regolazione e di perseguimento di fondamentali interessi nazionali»[59].

In definitiva, ci si chiede se i poteri speciali, così come il divieto di aiuti di Stato, possano essere intesi come strumento di politica economica e non come mero strumento di tutela della sicurezza pubblica. Ovvero è necessario domandarsi se, quantomeno nella maggior parte dei casi, l'esercizio dei poteri speciali sia spesso mascherato dall'esigenza di garantire sicurezza ordine pubblico e non sia, invece, esercitato per scopi diversi, quale strumento di vera e propria regolazione del mercato. Effettivamente i poteri speciali rappresentano un istituto di politica economica in quanto strumento di protezione del tessuto economico, rientrante nel più ampio concetto di sicurezza nazionale[60], che l'ordinamento adatta alle finalità che emergono caso per caso. Proprio per questo è definito un potere "camaleontico": le modalità e i mezzi attraverso cui viene esercitato si trasformano e si adattano a seconda delle esigenze e dei contesti in cui viene applicato[61]. Lo ha chiarito bene il giudice amministrativo, affermando che il Governo, ed in particolare il Consiglio dei ministri, «non si limita ad una ricognizione atomistica, puntiforme e, per così dire, "contabile" ed anodina delle caratteristiche specifiche dell'operazione, ma la

[56] Intervento del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Alfredo Mantovano, all'evento "Golden power tra diritto, mercato e politica industriale", svoltosi a Milano l'8 novembre 2024.

[57] Si veda l'intervista rilasciata da Marco Tronchetti Provera a Milano Finanza il 14 aprile 2024, disponibile al seguente link: *www.milanofinanza.it/news/pirelli-parla-marco-tronchetti-provera-il-futuro-e-nei-sensori-dal-golden-power-a-brembo-la-strategia-202404131006356789*.

[58] M. CLARICH, *La disciplina del golden power tra Stato, mercato ed equilibri geopolitici,* in *Giurisprudenza Commerciale,* 2024, n. 4, 702 ss.

[59] C. CONTESSA, *La disciplina dei settori speciali fra novità e conferme,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2024, n. 1, 25 ss.

[60] R. URSI, *Difesa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, III (diretto da B.G. Mattarella e M. Ramajoli), Milano, 2022, 381-403.

[61] A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power,* in *Dir. pubbl.*, 2020, n. 4, 410.

traguarda nell'ambito e nel contesto dei fini generali della politica nazionale, ponderandone gli impatti sia sull'assetto economico-produttivo del settore socio-economico interessato, sia sulla più ampia struttura dell'economia nazionale, sia, infine, sui rapporti internazionali e sul complessivo posizionamento politico-strategico del Paese nell'agone internazionale»[62].

Tale ricostruzione, pertanto, permette di affermare che l'intervento dello Stato deve atteggiarsi nelle sue diverse forme (si ricorda: Stato azionista, Stato regolatore, Stato stratega) a seconda del caso concreto[63]: «cadranno così le accuse di dirigismo economico, atteso che le tre direttrici potranno contemperarsi tra di loro»[64].

6. *Conclusioni* - L'Unione europea è uno dei principali destinatari, a livello globale, di investimenti esteri diretti[65]. La stessa Commissione europea ha più volte evidenziato che gli investimenti esteri diretti permettono di collegare le imprese dell'UE alle catene mondiali del valore che trainano l'economia moderna. Infatti, l'apporto di capitali, tecnologie e conoscenze incrementa la loro produttività e le rende più competitive[66].

La crescente globalizzazione economica ha creato una tensione tra le logiche di mercato globale e le politiche statali. Il caso Pirelli, così come altre vicende simili, evidenzia la sfida per gli Stati nel cercare di bilanciare la protezione degli interessi nazionali con la necessità di mantenere aperti alla globalizzazione i mercati.

A partire dal 2020, con il rafforzamento della normativa, i mutamenti del contesto internazionale e il deflagrare delle notifiche, l'esercizio dei poteri speciali ha interessato maggiori operazioni, con provvedimenti di veto che hanno lasciato insoddisfatti diversi investitori esteri.

La vicenda Pirelli, quindi, non solo esemplifica l'evoluzione del *golden power* in Italia, ma offre uno spaccato delle dinamiche di tensione tra le logiche globali di mercato, che spingono verso una crescente interdipendenza economica, e la necessità per gli Stati di mantenere il controllo su settori considerati vitali per la sicurezza e lo sviluppo nazionale. Il caso evidenzia anche come le politiche nazionali debbano adattarsi alle mutevoli condizioni geopolitiche e alla necessità di bilanciare la promozione dell'attrattività del Paese nei confronti degli investitori stranieri con la protezione degli interessi strategici nazionali, operando con una visione a lungo raggio, orientata a un senso di responsabilità verso l'interesse collettivo. In tale contesto, appare evidente come le principali aziende private italiane, e quindi più in generale il "capitalismo italiano", tendano a privilegiare guadagni immediati rispetto a una visione che guarda al lungo periodo. L'approccio che spesso viene adoperato, infatti, sembra trascurare i rischi derivanti dall'apertura indiscriminata agli investimenti cinesi che, nel lungo termine, potrebbero compromettere la competitività delle imprese italiane: manca una «consapevolezza per cui gli interessi strategici nazionali in realtà tendono a coincidere con quelli economici di lungo periodo.»[67].

---

[62] Cons. St. n. 289/2023.

[63] In questa direzione anche il Piano strutturale di bilancio a medio termine 2025-2029, ove si prevede che «Il Governo ha in programma anche di attuare, qualora necessario, operazioni di acquisizione di partecipazioni al fine di assicurare un presidio diretto su asset strategici, in aggiunta ai poteri speciali che lo Stato ha per legge sul controllo di tali attivi strategici.».

[64] A. IMPERIA, G. SCARCHILLO, *Golden powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici,* in *Diritto del Commercio Internazionale,* n. 2/2023, 591 ss.

[65] L'ultima relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea, pubblicata il 19 ottobre 2023, riporta che il valore di tali investimenti nel 2022 è stato pari a 1.200 miliardi di euro, con una crescita del 34 per cento rispetto al 2020 e una contrazione del 14,3 per cento rispetto al 2021.

[66] Commissione Europea, Comunicazione Accogliere con e gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi nazionali [COM(2017) 494 final] del 13 settembre 2017, 5.

[67] B. VALENSISE, *Discussion paper*, in *Golden Power*, AA.VV., Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, Presidenza del Consiglio dei ministri, 2019.

L'acquisizione di Pirelli da parte di ChemChina, dunque, non rappresenta solo un'operazione industriale, ma anche un "caso di scuola" sull'interazione tra sovranità economica e globalizzazione, in un'epoca in cui gli investimenti stranieri devono essere valutati non solo in termini economici, ma anche sotto il profilo della sicurezza nazionale e della tutela delle tecnologie strategiche. Tornano utili le parole pronunciate nel 2020 da E. De Smijter, responsabile delle Relazioni internazionali all'interno della DG Concorrenza della Commissione europea «l'Unione europea deve essere un'economia aperta, ma con limiti alla sua tolleranza: se qualunque comportamento economico fosse tollerato, sarebbe proprio l'economia aperta, libera e concorrenziale promossa dall'Unione europea a venir meno, a soccombere a fronte di fenomeni anticoncorrenziali, predatori, o a diventare rischiosa, pericolosa per l'Unione stessa e i suoi interessi, compromettendo anche il suo mercato»[68].

I poteri speciali non sono sintomo di un arretramento della globalizzazione, piuttosto il contrario: come evidenzia Sabino Cassese, anche nel sostenere che strumenti quali i poteri speciali sono sintomo del ritorno della centralità dello Stato, a fronte di una diminuzione del rilievo della globalizzazione, bisogna comunque ricordarsi che il golden power è sempre soggetto alla disciplina sovranazionale europea e alle norme del commercio internazionale[69].

Anzi, il ragionamento dovrebbe essere invertito: proprio l'esistenza dei poteri speciali è sintomo di una globalizzazione che non si è ancora fermata. L'arresto della globalizzazione, infatti, renderebbe non necessaria l'esistenza di tali strumenti. Ed infatti, l'impiego del *golden power* ha un impatto significativo sul piano delle relazioni di politica internazionale tra i paesi coinvolti nelle operazioni in esame: si tratta di una sfera che non può essere pienamente compresa attraverso soli parametri giuridici[70].

Pertanto, l'auspicio è che l'Unione europea e gli Stati membri possano adattare una strategia mirata per attrarre investimenti esteri capaci di promuovere una crescita armoniosa e sostenibile all'interno del mercato unico, in linea con una visione più ampia della sicurezza economica come componente della sicurezza nazionale e dunque senza che l'utilizzo di strumenti come il *golden power* si trasformi in metodi di correzione di taluni effetti indesiderati del libero mercato sui e sulle imprese lavoratori nazionali[71].

---

[68] Dichiarazioni rilasciate nell'ambito del Webinar organizzato nell'ottobre 2020 da Wolters Kluwer per discutere dei risultati ottenuti attraverso la consultazione pubblica avviata dalla Commissione europea in relazione al White Paper sul controllo delle sovvenzioni estere. Le dichiarazioni sono riprese da D. PITTELLI, Il *Golden Power* tra divieto di aiuti di Stato e controllo sulle sovvenzioni estere, in Il diritto dell'economia, 2024, n. 2, 369-397.

[69] S. CASSESE, *La globalizzazione non si è fermata (nemmeno gli Stati). Ordine mondiale, economia, big tech, democrazia: 4 problemi da risolvere*, in *Corriere della sera*, 5 giugno 2023.

[70] M. MATASSA, *I* golden powers *italiani nel settore della difesa e sicurezza nazionale,* in *Il diritto dell'economia,* 2024, n. 1, 347.

[71] «*Il* golden power *non è pensato, e non può essere impiegato, per risolvere problemi di natura diversa, per es. quelli di natura occupazionale legati alle crisi aziendali, o per correggere gli esiti di gare pubbliche che abbiano aggiudicato forniture sensibili a soggetti stranieri con profili problematici. Non può poi servire ad affrontare problemi generali di politica industriale, come la ristrutturazione delle catene di approvvigionamento di materie prime e tecnologie critiche, oppure il problema della crescita delle start-up nel campo dell'innovazione tecnologica*». Così, Alfredo Mantovano, all'evento "Golden power tra diritto, mercato e politica industriale", cit.

SALVATORE MILAZZO

IL POTERE DELL'ECONOMIA SULLO STATO: IL CASO DELLE AGENZIE DI *RATING*

SOMMARIO: 1. Globalizzazione finanziaria, *rating* e debito sovrano: il potere dell'economia sullo Stato. – 2. Soggettività privatistica, inerenza pubblicistica: il difficile inquadramento dell'attività delle agenzie di *rating*. – 3. L'influenza dei giudizi di *rating* sulle politiche degli Stati, specie nelle crisi economico-finanziarie: una fenomenologia. – 4. I rimedi normativi, regolatori e finanziari alle crisi: tutela degli stati e degli investitori. – 5. Asimmetrie tra potere del *rating* e degli stati. Considerazioni conclusive.

1. *Globalizzazione finanziaria, rating e debito sovrano: il potere dell'economia sullo Stato.* - La globalizzazione finanziaria costituisce un ambito di elezione per approfondire i molteplici profili di asimmetria tra lo Stato e l'economia produttivi di una costante tensione, tanto che è complesso individuare con precisione quando lo Stato governi l'economia e quando, invece, l'economia governi lo Stato, in un alternarsi di interazioni e condizionamenti reciproci strutturalmente dinamico e cangiante.

Per comprendere la natura e l'impatto delle valutazioni di *rating* sul debito sovrano e la conseguente incidenza di tali valutazioni sulle politiche degli Stati occorre previamente analizzare la portata e l'evoluzione più recente della finanziarizzazione dell'economia, specie nella sua dimensione globale.

In primo luogo, la globalizzazione si sostanzia in un fenomeno di estrema complessità, riguardando «processi cumulativi di espansione mondiale del commercio e della produzione, delle merci e dei mercati finanziari, delle mode, dei media e dei programmi informatici, delle reti di notizie e comunicazioni, dei sistemi di trasporto dei flussi migratori, dei rischi generati dalla tecnologia su larga scala, dei danni ambientali e delle epidemie, nonché della criminalità organizzata del terrorismo»[1].

Si tratta di un «complessivo moto in direzione sovranazionale»[2] che a partire dagli anni '80 del ventesimo sec. si è dispiegato anche attraverso azioni di deregolamentazione, privatizzazione degli asset pubblici, disaggregazione e arretramento dello Stato, globalizzazione economica e giuridica[3].

Azioni che hanno contribuito all'affermarsi di una tendenza alla finanziarizzazione dell'economia, ossia al passaggio da un sistema ad economia reale, fondato sulla promozione del commercio internazionale e contraddistinto dalla strumentalità della moneta agli scambi di beni e servizi, ad un paradigma invertito del rapporto tra economia reale e finanza, dove la prima è ancillare alla seconda, servendo a definirne, solo di massima, la sua dimensione sempre però moltiplicata.

Non può negarsi, invero, che il progressivo superamento delle barriere nazionali alla libera circolazione dei capitali e la spinta alla finanziarizzazione economica possano altresì considerarsi come conseguenza – pressoché naturale – dell'informatizzazione degli scambi economici, liberati dal peso del trasferimento materiale delle merci e resi estremamente più

[1] J. HABERMAS, *The Divided West*, Cambridge, Ciaran Cronin, 2006, 175, nella traduzione riportata da S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?,* in *Riv. trim. dir. pubb*., 2024, 533; ID, *La globalizzazione non si è fermata (nemmeno gli Stati)*, in *L'economia del Corriere della sera*, 5 giugno 2023.

[2] Espressione utilizzata da S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?,* in *Riv. trim. dir. pubb*., 2024, 534; ID, *La globalizzazione non si è fermata (nemmeno gli Stati)*, in *L'economia del Corriere della sera*, 5 giugno 2023.

[3] Una ricostruzione puntuale è fornita, su tutti, da S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 2021, 390 ss. Sul tema della globalizzazione giuridica, dello stesso autore, non possono non citarsi i volumi *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009 e *Oltre lo Stato*, Bari, Laterza, 2006 ove, a pagina 104, è chiarito che «la globalizzazione giuridica ammette la diversità dei diritti nazionali, e anzi riserva questi una sorta di diritto alla differenza, o lasciando interi campi scoperti, a disposizione del diritto statale, oppure attraverso misure derogatorie, o con altre tecniche che lasciano spazi, margini, interstizi, creano intrecci, stabiliscono equilibri e compensazioni».

veloci. A ciò hanno contribuito in maniera importante la diffusione di *internet*, degli *smartphone*, dei *social media*, secondo un divenire incessante di integrazione digitale, che ha inciso ulteriormente e con forza sulla trasformazione del mercato dei capitali, dei servizi, dei beni[4].

Al punto che pare difficile sostenere che l'unico, o quantomeno prevalente, movente di tale processo possa esser di tipo speculativo e cagionato da quella che è stata definita come "l'apertura del vaso di Pandora della liberalizzazione dei movimenti di capitali"[5].

Con riferimento ai dati più recenti rispetto al mercato dei capitali, va osservato come già agli inizi del 2015 alcune stime specificavano che rispetto al decennio precedente mentre il Prodotto interno lordo(PIL) mondiale fosse cresciuto in misura doppia, attestandosi a circa settantacinque mila miliardi di dollari, il volume delle transazioni finanziarie fosse triplicato, raggiungendo la soglia di un milione di miliardi di dollari, e fosse composto per la maggior parte (il 70 per cento) di titoli derivati e non già di strumenti finanziari primari[6]. L'impatto dei titoli derivati[7] - caratterizzati dal fatto che il loro valore intrinseco deriva da altri strumenti finanziari e dal relativo variare - è costantemente cresciuto nell'arco del tempo, tanto che si stima che al termine del 2011 valessero la cifra di 648.000 miliardi di dollari, circa dieci volte il PIL del mondo. Nel 2021 la movimentazione si è assestata intorno a cinque mila miliardi di dollari al giorno, pari cioè ad un terzo del PIL mondiale[8].

Si aggiunga che i valori delle azioni nelle borse mondiali risultano oggi strettamente collegati e che le imprese multinazionali, talvolta di dimensioni finanziarie di gran lunga più ampie di quelle statali, operano globalmente, servendosi di filiere produttive delocalizzate e ricorrendo a strumenti quali il *tax ruling*[9] ed agli arbitraggi.

Nonostante le crisi degli ultimi anni, peraltro, il tasso di integrazione tra i mercati, valutato sotto l'aspetto del rapporto fra esportazioni mondiali di servizi e merci e volume del PIL mondiale, salvo leggeri ripiegamenti recenti, ha continuato a crescere, passando dal 15 per cento

---

[4] A. BORIN, M. MANCINI. *Follow the Value Added: bilateral gross export accounting. Temi di Discussione*, 1026, Banca d'Italia, 2015.

[5] G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanzia*ria, Padova, CEDAM, 2011, 111. L'autore assume nel volume una posizione decisamente critica con riferimento alla globalizzazione finanziaria, trainata da fattori speculativi, oltre che con riguardo al ruolo svolto anche dalle istituzioni internazionali nel favorire l'abbattimento delle barriere giuridiche ed economiche per la circolazione dei capitali (in particolare pp. 28-31 e 121 ss.). Di avviso non dissimile F. D'ORLANDO, *Recessione: i colpevoli, i complici, le vittime*, Napoli, Edizioni Centro Autori, 2012, 22-24 e 32-36.

[6] O. PALAZZOLO, P. N. SALEMI, *Le agenzie di rating nel discorso pubblico: effetti normativi e sanzionatori dei ratings sovrani*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVIII, 2018 / 2 (dicembre), 290.

[7] "identificati dall'art. 1, co. 3, d. lg. 24 febbraio 1998, n. 58 - Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (di seguito, "TUF"), sono contratti che realizzano l'allocazione tra le parti di un determinato rischio. Trasferire un rischio da una parte all'altra può rispondere a un interesse di copertura, se il rischio preesiste al derivato, o di speculazione, se il rischio viene definito con il contratto." Così E. GROSSULE, *Derivati over the counter: speculazione o copertura dai rischi? L'impatto della regolamentazione Ue sulla validità dei contratti*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, luglio/settembre, 531, che riprende A. PERRONE, *I contratti derivati over the counter*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, *I contratti per l'impresa*, vol. II, Bologna, 2013, 25. *Ex multis*, D. AWREY, *The Dynamics of OTC Derivatives Regulation: Bridging the Private-Public Divide*, 2009, in *www.exlegi.ox.ac.uk*, 6; E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa tit. cred*., 2009, I, 652 s. Sulla regolazione in materia di derivati finanziari cfr., per un approfondimento, anche M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, 190 ss.

[8] L. LAURETI, M. ARIOLI, A. COSTANTIELLO, *I derivati e gli effetti sul bilancio pubblico italiano*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2021, n. 1, 191, nota 1.

[9] Sul tema del *tax ruling* e della compatibilità con la disciplina europea cfr., ex multis, F. AMATUCCI, *Ruling fiscali, discrezionalità amministrativa e compatibilità con il diritto sovranazionale*, in *Dir. prat. trib. int*., 2018, 1, 11 ss; C. BUZZACCHI, *Tax rulings e concorrenza fiscale tra ordinamenti: l'incerta qualificazione del vantaggio selettivo nel caso Irlanda/Apple*, in *Riv. reg. mercati*, 1, 2021. 170 ss.; F. CAMPANELLI, *L'applicazione della normativa europea sugli aiuti di Stato ai tax rulings agevolativi alla luce della sentenza Engie*, in *Riv. dir. trib*., 2022, 4, 421 ss.; R. MICELI, *Il divieto di aiuti di Stato nel contrasto ai rulings fiscali. Limiti ed opportunità*, in *Riv. dir. trib. int*., 2021, 1, 71 ss.; P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto globale*, in *Riv. trim. dir. trib*., 2016, 2, 395 ss.; S.M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, in *Dir. prat. trib. int*., 2020, 3, 1285 ss.

del 1990 al 25 per cento del 2015[10] e dimostrando particolare forza di resilienza, anche rispetto alla pandemia. Basti considerare che nel 2021 il valore del commercio mondiale superava del 13 per cento il livello pre-crisi pandemica[11].

Non può sostenersi, in maniera troppo approssimativa, dunque, che – nonostante le varie crisi succedutesi – la globalizzazione economica si sia arrestata né, tantomeno, che abbia determinato solo effetti negativi. In tal senso, è sufficiente rilevare che «la Banca Mondiale stima che la globalizzazione ha permesso a oltre un miliardo di persone di uscire da condizioni di estrema povertà tra il 1990 e il 2015» e che «l'apertura al commercio e all'economia di mercato ha consentito a giganti demografici come la Cina e l'India di farsi giganti anche economici, crescendo a tassi formidabili; di vedere fortemente ridotta la distanza dalle economie avanzate; di sedersi infine a pieno titolo al tavolo della governance internazionale».[12] La pandemia ha indubbiamente portato alla riespansione delle politiche statali, cui i mercati hanno risposto tenendo il passo. Probabilmente, ad esser mutata è la concezione quasi fideistica nell'azione salvifica dei mercati e della globalizzazione, che ha caratterizzato l'ultimo trentennio.

In un contesto siffatto, governato dalla complessità, il prevalere delle transazioni fondate sulla circolazione di strumenti finanziari insidiosi e scarsamente comprensibili ad un investitore non professionale e la pervasività della finanziarizzazione dell'economia hanno condotto alla necessità di ricorrere a indici di valutazione che, per quanto di genesi altrettanto complessa, risultano più facilmente intellegibili[13], astrattamente ritenuti affidabili, e capaci di orientare le scelte di investimento degli investitori.

Una situazione che coinvolge direttamente gli Stati. Infatti, poiché per finanziarsi e finanziare le proprie politiche pubbliche gli Stati sono costretti in larga parte a ricorrere all'indebitamento e poiché l'ammontare dei debiti sovrani – oltre che di imprese e famiglie - rispetto al volume complessivo dell'economia reale è di portata estremamente rilevante[14] e in costante crescita, essi sono sottoposti al giudizio dei mercati finanziari e valutati attraverso un *rating*, capace di influenzare, positivamente o negativamente, le decisioni degli investitori e, dunque, la capacità stessa di ciascuno Stato di accedere al credito.

Gli Stati sono dunque chiamati a finanziarsi su un mercato globale, contraddistinto dalla capacità di conquistarsi e mantenere la fiducia di soggetti, investitori, operanti globalmente sul mercato medesimo, non soggetti al controllo statale[15]. Fiducia che dipende, in una parte non indifferente, dalla valutazione delle agenzie di *rating*.

In particolare, da tempo ormai il sistema del *rating* del credito ha assunto un ruolo decisivo nella determinazione delle politiche pubbliche: i *rating* relativi ad un emittente, ad un titolo o ad un insieme di titoli, emessi dalle principali agenzie di *rating* sono in grado di influenzare le

---

[10] F. ONIDA, *Arriva la deglobalizzazione? È una notizia fortemente esagerata (per ora)*, in *Il Sole 24 ore*, 5 gennaio 2023.

[11] Stime della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e sullo sviluppo, riportate da S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?,* in *Riv. trim. dir. pubb*., 2/2024, 533; ID, *La globalizzazione non si è fermata (nemmeno gli Stati)*, in *L'economia del Corriere della sera*, 5 giugno 2023.

[12] L. F. SIGNORINI, *Globalizzazione e frammentazione, intervento all'incontro "Geopolitica, geodemografia e il mondo di domani"*, Polo Universitario delle Scienze Sociali Firenze, 5 aprile 2023, in *www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2023/Signorini_Geopolitica_05042023.pdf ;* S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?,* in *Riv. trim. dir. pubb*., 2024, 533.

[13] Nel riassumere in poche e intellegibili lettere gli esiti di una complessa verifica, i rating «rispondono ad un'inevitabile bisogno di semplificazione cognitiva». Così L. ENRIQUES, M. GARGANTINI, *Regolamentazione dei mercati finanziari, rating e deregolamentazione del rating*, in *Analisi giur. econ.*, 2010, 500.

[14] Stando ai dati pubblicati dall'*Institute of International Finance*, nei primi mesi del 2024 il valore dei debiti mondiali (debito pubblico, quello delle imprese private e quello delle famiglie) ha oltrepassato quota 315 mila miliardi di dollari. Cfr. *www.iif.com/Products/Global-Debt-Monitor*

[15] Ne dà conto, anche di recente, la ricostruzione di A. ARCURI, *Le prescrizioni implicite sullo "Stato condizionato". Il caso del rating sovrano*, in *federalismi.it*, n. 15, 2024, 26 ss.

strategie di investimento tanto degli investitori istituzionali quanto di quelli al dettaglio, in un'attività trilatera dalla quale possono scaturire conseguenze anche gravemente pregiudizievoli per gli Stati de-quotati, che hanno bisogno di collocare il proprio debito pubblico sui mercati finanziari.

Ne è esempio ciò che è accaduto a seguito della crisi finanziaria scaturita nel biennio 2007-2008[16] e proseguita negli anni immediatamente successivi, di cui si dirà nel prosieguo.

Le autorità internazionali hanno affrontato le questioni e i problemi emersi a seguito della crisi articolando nuovi meccanismi di stabilità finanziaria, anche in termini di politica monetaria, unitamente a riforme di revisione dell'assetto istituzionale della vigilanza finanziaria, compiute sulla stessa scia dei mutamenti nella regolamentazione finanziaria a livello internazionale, fino alla revisione degli standard prudenziali.

In un quadro profondamente mutato, dunque, l'analisi della attività di *rating* si configura come snodo di comprensione necessario, al fine di verificare se nel sistema di valutazione di tali soggetti sussistano oggi sufficienti garanzie procedurali e giurisdizionali, a tutela degli Stati e degli investitori, che assicurino l'obiettività, l'imparzialità e l'eguaglianza delle valutazioni, almeno paragonabili a quelle che caratterizzano l'esercizio dei pubblici poteri.

Inoltre, occorre verificare se gli istituti e gli strumenti approntati in seguito alla crisi del debito sovrano citata siano idonei a prevenire ulteriori sviluppi negativi e a rispondere adeguatamente ai profili di asimmetria che pervadono i rapporti tra mercati finanziari, imprese e politiche statali, in un'ottica globale.

2. *Soggettività privatistica, inerenza pubblicistica: il difficile inquadramento dell'attività delle agenzie di rating.* - Il ruolo svolto dalle agenzie di *rating* nella ultima grande crisi finanziaria di cui si è accennato ha portato al centro del dibattito scientifico le caratteristiche peculiari del fenomeno del *rating* e della sua disciplina.

Durante il periodo citato, nessuna delle agenzie di *rating* è stata in grado di prevedere i casi di *default* di prodotti finanziari - su cui avevano espresso un giudizio positivo – dimostrando come fosse periclitante l'approccio, quasi dogmatico, fondato sul considerare sufficientemente adeguato, da parte di tali soggetti, lo svolgimento della funzione di cosiddetti *gatekeepers*[17] del mercato.

È stato correttamente rilevato in dottrina, infatti, come la crisi finanziaria abbia reso manifesta l'inadeguatezza dell'approccio "che riteneva l'incentivo al mantenimento della reputazione sufficiente a bilanciare i rischi dei conflitti di interesse; inoltre, gli stessi metodi utilizzati dalle agenzie per valutare i prodotti finanziari strutturati sono stati considerati inadeguati."[18]. Si è giunti persino ad affermare una correlazione simbiotica, nociva, tra istituti

[16] Per un'analisi della crisi finanziaria e degli interventi più immediati, cfr., *ex multis*, D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n. 1, 45 ss.; M. ONADO, *Crisi finanziaria e regole, Associazione per gli Studi di Banca e Borsa*, *Quaderni «L'uomo e il denaro»*, Milano, 2009; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo,* 2008, n. 11, 1083; ID., *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, n. 4, 429; A. ENRIA, *Nuove architetture e nuove regolamentazioni di vigilanza in Europa*, Napoli, Congresso Annuale delle Associazioni dei Mercati (AIAF, ASSIOM, ATIC-FOREX), 13 febbraio 2010; C. BARBAGALLO, *Crisi e regolamentazione finanziaria: cambiamenti e prospettive*, in *Banca, impresa e società*, 2019, n. 2, 319 ss.

[17] Cfr. L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, in *Riv. trim. dir. pubbl*, 2011, n. 1, 198. Per una definizione di *gatekeepers*, quali «reputational intermediaries who provide verification and certification services to investors», si veda J.C. COFEE JR, *Understanding Enron: it's about the Gatekeeper, Stupid*, Columbia Law School Working Paper, n. 207, 2002, 5.

[18] Così M. DE BELLIS, *La riforma della regolamentazione e della vigilanza finanziaria,* in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e istituzioni internazionali*, a cura di G. NAPOLITANO, Bologna, il Mulino, 2012, 73-141, ripresa da S. AMOROSINO, *Rilevanze pubblicistiche dell'attività di rating finanziario*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2013, n. 3, 421

bancari di investimento, che organizzavano le emissioni di titoli tossici e agenzie di *rating* che formulavano su di essi i propri giudizi.[19]

Per comprendere più precisamente la portata di quanto appena delineato, si ritiene opportuno, seppur succintamente, soffermarsi sulla definizione e sulla natura dei giudizi di *rating*, sull'evoluzione dell'istituto e dell'attività stessa delle agenzie che pronunziano tali valutazioni.

Il fenomeno del *rating* rinviene la propria origine negli Stati Uniti tra la fine del diciannovesimo sec. e gli inizi del ventesimo sec.[20]. L'obiettivo era offrire agli investitori, capitalisti, informazioni utili su investimenti profittevoli, a partire dallo sviluppo del sistema ferroviario, in ambiti territoriali lontani dalle sedi operative delle società. Ciò portava alla utilità di riuscire a disporre di report sintetici, capaci di delineare il livello di affidabilità e il merito di credito delle distanti controparti contrattuali. In altre parole, il *rating* serve a contrastare l'asimmetria informativa che è una situazione di strutturale debolezza del mercato.

Le prime agenzie di *rating*, in sostanza, erano deputate a rintracciare e pubblicare informazioni relative alle compagnie potenzialmente oggetto di investimenti, con particolare riguardo ai processi di capitalizzazione, agli assetti proprietari, alla gestione delle imprese ferroviarie.[21]

Gli inizi del *rating* furono fulgidi. La crisi del '29 portò a includere le agenzie nella regolamentazione finanziaria dettata negli USA per meglio puntellare di garanzie il giudizio da parte degli investitori. Dalla fine degli anni '30 la diffusione di titoli prevalentemente di origine governativa e pubblica – dunque considerati intrinsecamente affidabili – e la divisione tra banche di investimento e banche commerciali portarono ad un ridimensionamento del ruolo delle agenzie di *rating*. Tale compressione è durata sino al cambio di fase avvenuto alla fine degli anni '70 dello scorso secolo.

Successivamente, con il superamento degli accordi di *Bretton Woods*[22], la crescita e l'evoluzione del mercato finanziario, si è assistito a quella che è stata definita una "seconda giovinezza di un'industria che alla fine degli anni Settanta pare in liquidazione".[23]

Rapidamente, unitamente alle raccolte informative, si affiancarono prospetti analitici dei titoli delle imprese e dei soggetti pubblici o privati emittenti, fino alla produzione di valutazioni sulla qualità dell'investimento potenziale, espressa mediante simboli alfanumerici, capaci di

---

[19] È la tesi di M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Bari, Laterza, 2009, 159.

[20] Sulle origini del *rating* e delle agenzie cfr., più diffusamente, G. FERRI, P. LACITIGNOLA, *Le agenzie di rating*, Bologna, il Mulino, 2009, 21 ss.; F. DITRICH, *The Credit Rating Industry: Competition and Regulation*, Koln, 2007, in *papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991821#paper-citations-widget*, 17 ss.; C. A. HILL, *Regulating the Rating Agencies*, in *Washington University Law Quarterly*, vol. 82:43, 2004, 46 ss.

[21] M. DE POLI, *Rating e tutele*, in *Rivista di diritto bancario*, gennaio-marzo 2020, 129.

[22] Deliberazione della Conferenza monetaria e finanziaria 1-24 luglio 1944, presso la città di Bretton Woods, in New Hampshire (USA). Entrati in vigore il 27 dicembre 1945, stabilirono: la costituzione del Fondo monetario internazionale e della Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo; l'istituzione del nuovo sistema monetario internazionale, fondato sul principio di stabilità costituito dai cambi fissi tra le monete e dal ruolo centrale del dollaro. Sistema superato con la decisione statunitense dell'agosto 1971 di abolire la convertibilità aurea del dollaro e l'abbandono definitivo (dal 1973) del regime dei cambi fissi. Per una ricostruzione puntuale del diritto internazionale degli investimenti cfr., *ex multis*, F. CESARANO, *Gli Accordi di Bretton Woods*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001, 4 ss.; R. I MCKINNON, *Bretton Woods, the Marshall Plan, and the postwar dollar standard*, in *A retrospective on the Bretton Woods system* (a cura di M. BORDO e B. EICHENGREEN), Chicago-London 1993, 597-604; K. MILES, *The Origins of International Investment Law, Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 17 ss.; T. PADOA-SCHIOPPA, *L'influence de Bretton Woods sur l'intégration monétaire en Europe*, in *Bretton Woods: mélanges pour un cinquantenaire* (a cura di T. Walrafen), Paris 1994, 217-228; T. PADOA-SCHIOPPA, F. SACCOMANNI, *Managing a market-led global financial system*, in *Managing the world economy: fifty years after Bretton Woods* (a cura di P. B. KENEN), Washington 1994, 235-268; S. P. SUBEDI, *International Investment Law*, II ed., Hart, Oxford, 2012, 7; R. DOLZER e C. SCHEURER, *Principles of International Investment Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, 1-25; K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Trieties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2010; A. NEWCOMBE & L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, Alphen aan der Rijn, 2009, 1-73.

[23] Così G. FERRI, P. LACITIGNOLA, *Le agenzie di rating,* cit., 27.

conferire un valore di tipo reputazionale connesso alla pronunzia di un *rating* negativo o positivo.

Oltre alla funzione informativa, con il *rating* le agenzie iniziarono a monitorare con solerzia la capacità del debitore o emittente sottoposto a valutazione di rispettare nel tempo le regole tecniche di gestione economico finanziaria, aspetto determinante ai fini della possibilità di garantire la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi.[24]

Le agenzie, dunque, «affondano le loro radici nel giornalismo economico: i giudizi delle agenzie sono comprati e pagati dagli investitori e il loro successo è correlato alla reputazione che la qualità dei giudizi medesimi ottiene sul mercato».[25] Al contempo, svolgono oggi anche una «funzione regolatrice in senso economico», fornendo «una sorta di attestazione di qualità finanziaria (e, a seconda dei casi, dell'aumento o del decremento di qualità stessa)»[26], a scadenze regolari e con indicazioni di prospettiva.

Rispetto alle origini, quindi, l'ambito di attività delle agenzie e il *rating* stesso hanno subito profondi cambiamenti. Da un lato, la sfera di attività si è notevolmente ampliata: si pensi alla prestazione di servizi accessori forniti agli emittenti (i cosiddetti *pre-rating assesment*) o di servizi di consulenza simili a quelli resi dalle società di revisione, senza dimenticare le ipotesi di un ruolo nella costruzione del prodotto su cui poi sono chiamate ad emettere un giudizio(cosiddetto *rating driven*).[27] È altresì mutato il modello di *business* delle agenzie: a pagare le valutazioni non sono più gli investitori, generalmente, ma gli emittenti (*issuers*). Profilo da cui emergono problematiche evidenti di conflitto di interesse[28], presenti, invero, anche nelle ipotesi di *unsolicited rating*, nelle quali le agenzie rilasciano *rating* non richiesti, sulla base di informazioni pubblicamente disponibili.

Dal lato dell'offerta, ancora, il mercato del *rating* è caratterizzato da un regime di oligopolio, da limitata concorrenza e da un notevole potere di mercato degli *incumbents*[29]. Negli anni '70 le principali agenzie di *rating* degli USA erano fondamentalmente cinque: *Moody's, Standard & Poor's, Fitch Ratings, Duff & Phelps, Thomson Bank Watch*. Nel 2000 le ultime due citate furono incorporate da FITCH, delineando così – in maniera sostanziale – il novero dei soggetti che ancora oggi, di fatto, fonda l'oligopolio[30].

Corrispondentemente, sebbene le agenzie perseguano ancora oggi la finalità informativa rispetto ai potenziali investitori, è l'oggetto dell'informazione ad essere mutato, essendo divenuto non più solo una mera opinione parte dell'attività di *reputational capital view* delle

---

[24] S. AMOROSINO, *Rilevanze pubblicistiche dell'attività delle agenzie di rating*, cit., 416.

[25] Così L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, in *Riv. trim. dir. pubbl*, 2011, n. 1, 183.

[26] S. AMOROSINO, *Rilevanze pubblicistiche dell'attività delle agenzie di rating*, cit., 416.

[27] Modalità puntualmente descritte da L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, in *Riv. trim. dir. pubbl*, 2011, n. 1, 183-184-185.

[28] Cfr. L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 184 ss. L'autore, a pagina 185, evidenzia come ipotesi di conflitto di interessi possano emergere anche per ciò che concerne la proprietà delle agenzie, "nel cui azionariato si trovano alcuni tra i più importanti gestori di fondi di investimento (che peraltro partecipano al capitale di entrambi le agenzie maggiori), che investono negli strumenti finanziari che le agenzie valutano e che pertanto pongono il problema dell'eventuale accesso ad informazioni privilegiate in merito all'attribuzione di un certo rating o di una sua modifica".

[29] Cfr. L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 185 ss. Secondo Pianesi (cfr. nota 21), ciò è dovuto a diversi fattori: il peso rilevante che nel mercato assumono la reputazione delle agenzie più grandi e le economie di scala che esse realizzano; le barriere all'entrata ricollegabili all'attribuzione da parte dei regolatori e del legislatore di ruolo di *raters* privilegiati a determinate agenzie. Non manca, tuttavia, anche chi ritiene che una maggiore concorrenza possa comportare effetti negativi per l'operare del meccanismo reputazionale, ledendo la qualità del rating. In tal senso, cfr. B. BACKER, T. MILBOURN, *Reputation and Competition: Evidence from the Credit Rating Industry*, Harvard Business School – Working Paper n. 09-051, 2008, anche se trattasi di uno studio fondato solo sui *corporate rating*.

[30] Già nel 2011, la Commissione europea, nel *documento Executive summary of the impact assessment, Commission staff working paper, Accompanying the documents Proposal for a Regulation amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies and a Proposal for a Directive*, evidenziava come "Sebbene ci sia un certo numero di piccole agenzie di rating, il mercato del rating è dominato da tre principali agenzie di rating (Fitch, Moody's e Standard & Poor's), con una quota di mercato superiore al 95% a livello globale". Ad esse oggi si aggiunge la cinese Dagong Global Credit Rating.

agenzie – come ritenuto negli anni '70 del ventesimo sec[31]. – ma «una valutazione sul merito *creditizio, sempre di uno o più titoli (cd. «issue rating») o di un emittente (cd. «issuer rating»),* basata sulla analisi di titoli o emittenti e riassunta in una combinazione di lettere o simboli, di facile e pronta comprensione»[32]. Accanto a questo, è innegabile – come anticipato poc'anzi - che il *rating* si configuri altresì come una valutazione prognostica[33] sul rischio che un emittente non sia in grado di adempiere a talune obbligazioni o alla globalità dei propri titoli obbligazionari, ossia a soddisfare i propri debiti per capitale ed interesse.

Naturalmente, la funzione stessa delle agenzie e del *rating* medesimo dipende strettamente dalla fiducia degli investitori e degli emittenti e dalla credibilità che le stesse hanno conquistato e mantengono sul mercato.

Non manca chi ha definito il raggio di azione delle agenzie quale esercizio di un vero e proprio "potere di mercato"[34], che riesce a trasformare il valore reputazionale, ottenuto dagli emittenti attraverso il *rating,* in un "bene economico"[35] che gli Stati, gli enti e le società che emettono titoli vendono agli acquirenti, con la garanzia di una certificazione di qualità finanziaria da far valere sul mercato.

Nell'ambito della disciplina europea, tale descrizione pare trovare conferma. Infatti, il Regolamento (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, definisce il *rating* del credito, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lettera a), "un parere relativo del merito creditizio di un'entità, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o di altri strumenti finanziari, o di un emittente di un debito, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o altri strumenti finanziari, emessi utilizzando un sistema di classificazione in categorie di *rating* stabilito e definito". Nello stesso articolo (c. 1, lettera b), inoltre, le agenzie di *rating* sono classificate quali persone giuridiche "la cui attività include l'emissione di *rating* del credito a livello professionale".

Le agenzie svolgono altresì un'ulteriore funzione: talvolta rilasciano un "bollino" che consente l'accesso a specifici mercati o la sottoposizione a vincoli regolatori più blandi (cosiddetta *rating-based regulation*[36]), favorendo la domanda di *rating*[37]. Senza necessità di scomodare ordinamenti sovranazionali, si veda, a titolo esemplificativo, quanto previsto all'art. 100-*bis*, c. 4, T.U.F. o, con riferimento alle operazioni di cartolarizzazione, nonché quanto statuito all'art. 2, c. 4, della l. n. 130/2009, ai sensi del quale «nel caso i titoli oggetto delle operazioni di cartolarizzazione siano offerti ad investitori non professionali, l'operazione deve essere sottoposta alla valutazione del merito del credito da parte di operatori terzi».

In questo scenario, complesso quanto disarticolato, già nel 2006 la Commissione europea, richiamando la disciplina in tema di abusi di mercato, aveva posto l'accendo sul ruolo di "intermediario dell'informazione" assunto dalle agenzie nell'esercizio della relativa funzione informativa, operando una *summa divisio* tra i giudizi di *rating* e le raccomandazioni di investimento, escludendo l'attività di tali soggetti dalla disciplina prevista proprio per tali

[31] L'espressione si deve a F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets? Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, in *Washington University Law Quarterly*, 1999, 3, vol. 77, 630-631.

[32] Così M. DE POLI, *Rating e tutele*, *Rivista di diritto bancario*, gennaio-marzo 2020, 129.

[33] Cfr. G. PRESTI, *Take a AAA train: note introduttive sul rating*, in *Analisi giur. econ*., n. 2, 2012, 252-253; G. ALPA, *La responsabilità civile delle agenzie di rating. Alcuni rilievi sistematici*, in *Riv. trim. dir. econ*., 2013, I, 78.

[34] G. OLIVIERI, *I servizi di rating tra concorrenza e regolazione*, in A*nalisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 2012, n. 2, 283-298.

[35] S. AMOROSINO, *Rilevanze pubblicistiche dell'attività delle agenzie di rating*, cit., 416.

[36] Cfr., per un'analisi approfondita, F. DITRICH, *The Credit Rating Industry: Competition and Regulation*, Koln, 2007, in *papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991821#paper-citations-widget*, 9 ss.

[37] L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, in *Riv. trim. dir. pubbl*, 2011, n. 1, 194-195.

raccomandazioni, anche in materia di vigilanza e controllo. Una posizione sostenuta dalle medesime agenzie[38].

Invero, la pluralità di funzioni svolte dalle agenzie, il relativo potere di mercato, che si articola non solo nel fornire informazioni sul merito del credito, ma, sulla base di precipue scelte regolatorie, talvolta anche in una sorta di *license value*[39], porta a interrogarsi sulla natura del *rating* e sulla bontà di tesi, anche sostenute in Italia, che individuano in tale strumento valutativo nulla di più che un'ipotesi sulla solidità economico-finanziaria di un emittente[40]. Infatti, come rilevato in dottrina, in presenza di disposizioni normative che, seppur frammentariamente, fanno sì che la regolazione investa il *rating*, facendone assumere valenza diversa e ulteriore rispetto alla mera opinione sul merito creditizio, si giunge all'assunzione di un «rilievo di tipo pubblicistico»[41] dell'attività delle agenzie, soggetti capaci di pronunziare vere e proprie valutazioni tecniche a rilevanza di mercato.

In tal senso, è stato affermato che «se di opinione giornalistica si tratta, essa in seguito all'intervento della regolazione sembra subire una sorta di mutazione genetica che la rende non più un semplice parere espresso da un soggetto nell'ambito di un rapporto di natura eminentemente privatistica con un altro soggetto che lo richiede, ma piuttosto una specie di certificazione delle caratteristiche possedute dal soggetto o dal prodotto finanziario sottoposto al giudizio delle Cras che consente la sottoposizione a specifiche e diverse regolamentazioni»[42].

Secondo siffatta tesi argomentativa, il conferimento al *rating* di valenze latamente certificative per l'accesso ad alcuni mercati o per il conseguimento di alcuni benefici regolatori è indice sintomatico dell'affidamento a privati di una funzione pubblica, invero secondo profili del tutto *sui generis*.

Rilevanza pubblicistica avrebbe altresì l'attività di misurazione ed attestazione della qualità dei prodotti finanziari rispetto all'interesse generale di diffusione di informazioni qualificate, al fine di garantire il funzionamento concorrenziale e la fluidità del mercato, anche a tutela del credito, dei risparmiatori e degli investitori[43].

Ricorrendo all'impostazione teorica di Giannini, secondo quanto ribadito dalla dottrina più recente, potrebbe affermarsi che al *rating* finanziario – attività imprenditoriale privata svolta dalle agenzie di *rating* – inerisce un interesse pubblico all'ordinato funzionamento dei mercati e alla tutela degli investitori. Ciò comporta legittimamente che più ordinamenti generali, nazionale, europeo, internazionale tendano a disciplinarne e a controllarne l'attività.[44]

---

[38] Così L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 199: le agenzie "tendono a rilevare come i rating siano pareri sul merito di credito di un determinato emittente o strumento finanziario in un dato momento storico, che spetta poi all'investitore esaminare e valutare insieme ad altri elementi ed informazioni allorché intenda assumere una decisione di investimento".

[39] Cfr. L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 200 ss.

[40] M. BACCIARDI, *Lo strano caso delle società di rating*, IBL Briefing paper n. 70, 21 marzo 2009, in *www.brunoleoni.it*, 5.

[41] Cfr. L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 200-201.

[42] L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 201.

[43] S. AMOROSINO, *Rilevanze pubblicistiche dell'attività delle agenzie di rating*, cit., 418 ss.

[44] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. II, 127 ss. e 175 ss., per l'impostazione teorica generale, secondo il quale si è in presenza di un *munus* pubblico allorché «si abbiano soggetti privati, ai quali la norma attribuisce la cura di interessi, pubblici o altrui, che possono trovare — ma non necessariamente — corrispondenti in interessi affidati alla cura di uffici pubblici. Il privato imputa interamente a se stesso le fattispecie degli atti, di pubbliche autorità, amministrative o giudiziarie. Chi riceve l'imputazione di risultati non è l'astratta collettività, ma i singoli uffici statali ausiliati». Per una ricostruzione del tema: G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. II, Parte III, Milano, 1920, 235 ss.; G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato, ora in Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1987, Giuffrè, 365 ss.; M.S. GIANNINI ha affrontato il tema del *munus* pubblico sin dalle *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950 e poi in diversi altri scritti, da ultimo in Diritto amministrativo, I, Milano, 1993, 119 ss. Per un approfondito esame cfr. anche A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, nel quale si rinviene una puntuale analisi ricostruttiva dei diversi orientamenti ermeneutici; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000; P. DURET,

Si tratta, come detto, di un modello di conferimento di funzioni pubbliche a privati del tutto peculiare, in un sistema in cui risulta difficile ricondurre ad uno schema unitario le varie forme e tipologie di conferimento di funzioni pubbliche a soggetti privati. Secondo parte della dottrina, peraltro, «è impossibile, oltre che inutile, cercare di individuare tratti comuni alle diverse ipotesi di servizio o funzione pubblici, svolti dai privati, in modo da delineare una fattispecie tipica, una sorta di massimo comune denominatore dei diversi casi, sì da farne un vero e proprio istituto giuridico»[45].

Nel caso in esame, è evidente come il *rating* condivida alcuni profili con altre ipotesi di esercizio privato di funzioni pubbliche, discostandosi però sotto altri non meno rilevanti aspetti. Non potendo entrare nel merito di ogni singolo punto d'analisi, basti considerare che, a titolo esemplificativo, l'attività delle agenzie di *rating* non appare riconducibile alle ipotesi in cui a soggetti privati vengono conferite funzioni certificative, in quanto il *rating* non attesta la conformità o la non conformità dell'emissione del titolo rispetto ad una normativa specifica, né tantomeno svolge una funzione certificativa, con riguardo al rispetto delle regole che disciplinano il processo di emissione del titolo da parte dell'emittente. Inoltre, le agenzie di *rating* non sono perfettamente assimilabili a società di revisione. Infatti, i giudizi di *rating* non sembrano avere la medesima natura delle certificazioni dei bilanci rilasciate dalle predette società. Sebbene tali certificazioni e i giudizi di *rating* possano fondarsi tecnicamente su indicazioni qualitative particolarmente qualificate nell'oggetto, è da escludersi che le valutazioni di *rating* possano essere qualificate come atti costitutivi di certezze pubbliche[46] relative, come invece è proprio delle certificazioni delle società di revisione. Queste ultime certificano, appunto, la validità dei bilanci, mentre le prime si limitano a esprimere valutazioni sul merito di credito e previsioni circa la solidità di un emittente o di un'emissione[47].

L'ambiguità della compresenza tra interesse pubblico e natura e attività delle agenzie di *rating*, basata su regole tecniche la cui fonte è rinvenibile nello *ius privatorum*, rende indubbiamente difficoltoso collocare il fenomeno del *rating* nelle tradizionali categorie giuridiche, senza il tentativo di sforzi ermeneutici proiettati a varcare le frontiere degli schemi canonici, quantomeno sotto il profilo epistemologico.

Riassumendo, sono due le coordinate generali individuabili, per provare a inquadrare giuridicamente la fattispecie. In primo luogo, l'attività delle agenzie di *rating* è qualificabile come attività imprenditoriale, assoggettata a forme di regolazione, in relazione all'inerenza ad esse di interessi generali. Inoltre, per la considerazione secondo la quale l'attività di *rating* è idonea ad influenzare in maniera rilevante il funzionamento dei mercati finanziari e per l'inerenza all'interesse generale accennato, l'ordinamento, nazionale o, più efficacemente oggi, sovranazionale, prevede modalità di registrazione e poteri di vigilanza, oltre che sanzionatori, affidati a specifiche autorità pubbliche indipendenti. Ne discendono due corollari. Da un punto di vista soggettivo, viene in rilievo la definizione delle agenzie quali *public-private gatekeepers*, fondata sulla coesistenza, in capo a tali soggetti, di una doppia legittimazione: una proveniente dal mercato e una che deriva dalla regolazione. Sotto il profilo oggettivo, emerge l'attribuzione di un rilievo pubblicistico ad un'attività oggettivamente privata, sul presupposto di una intrinseca connessione con interessi pubblici.

Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati, Padova, Cedam, 2004, 115 ss. Rispetto al tema delle agenzie di rating e l'inerenza all'interesse pubblico alla tutela degli investitori e al buon funzionamento del mercato cfr. S. AMOROSINO, *Rilevanze pubblicistiche dell'attività delle agenzie di rating*, cit., 418 ss; L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 201 ss.

[45] Così F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur*., XII, Roma, 1989, 1.

[46] Secondo autorevole dottrina, la certezza pubblica definisce quell'insieme di attività che si compongono di una fase accertativa (di dati, stati giuridici, qualità) e di una fase dichiarativa degli stessi, con efficacia *erga omnes*. Così M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.,* Milano, Giuffrè, 1960, 769 ss.

[47] Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati,* cit., 383.

Riconoscendo, dunque, che tale fenomeno possa esser riconducibile alla nozione gianniniana di attività oggettivamente qualificata per inerenza a pubblici interessi, rimane comunque la considerazione per la quale ciò si inserisce pienamente in quella che è stata definita: «una crescita della complessità delle forme di partecipazione del privato al procedimento amministrativo e all'emergere negli Stati di un network procedimentale articolato»[48]. Un processo nel quale risulta difficoltoso verificare non solo le modalità di partecipazione degli interessati, Stati compresi, alla formazione delle valutazioni delle agenzie, che trovano un riconoscimento ormai anche su scala globale, ma anche l'eventuale estendibilità a tali soggetti dei princìpi e delle regole in materia di procedimento e attività amministrativa. Anche perché, nell'ipotesi in esame, non si tratta di attività riservata ai pubblici poteri, il cui esercizio è conferito ai privati, ma un fenomeno nato dal mercato con lo scopo di ridurre l'asimmetria informativa tra le parti, il cui risultato è assunto a fini regolativi dai pubblici poteri.[49] V'è chi si è spinto ad affermare che l'autorità delle agenzie di *rating*, originariamente discendente dal mercato, oggi rinvenga una legittimazione «pubblica, legale e *government oriented*»[50], mentre non manca chi ribadisce, in ogni caso, che oggi tali soggetti continuano, tra tutte, a svolgere una funzione «epistemica»[51] nei mercati e nei rapporti tra emittenti e investitori.

Ruolo epistemico che, tuttavia, non si è positivamente disvelato durante la crisi finanziaria sprigionatasi tra la fine del primo e gli inizi del secondo decennio degli anni 2000, che ha mostrato non solo, come anticipato, l'insufficienza dei metodi utilizzati dalle agenzie per la valutazione dei prodotti finanziari strutturati, ma anche le disfunzioni strutturali nell'operare delle attività di *rating* nei confronti del debito sovrano, tanto da contribuire al precipitarsi delle condizioni di finanziamento sui mercati finanziari degli Stati.

3. *L'influenza dei giudizi di rating sulle politiche degli Stati, specie nelle crisi economico-finanziarie: una fenomenologia.* - Per sopperire all'insufficienza delle risorse finanziarie derivanti dalle entrate pubbliche e, soprattutto a partire dalla seconda metà del ventesimo sec., per realizzare politiche pubbliche nazionali sempre più dispendiose[52], gli Stati hanno intensificato il ricorso all'emissione di strumenti di debito pubblico. A partire dagli anni '90, cresciuta in maniera rilevante l'esposizione debitoria pubblica, è divenuto inevitabile, per gli stessi Stati, esser sottoposti ai giudizi di *rating,* per il ricorso al mercato finanziario dei titoli.

---

[48] Così S. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., 17 ss. V. anche ID., *Oltre lo Stato*, cit., 109 ss. e 120 ss.

[49] Cfr., in merito, L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 203-205.

[50] Così L. PIANESI, *Le agenzie di rating*, cit., 205.

[51] Per *epistemic authority* la dottrina americana – C.M. BRUNER, *States, Markets and Gatekeepers: public-private regulatory regimes in an Era of Economic Globalization*, in *Michigan Journal of International Law*, 2008, Vol. 30, spec. 149 ss. – fa riferimento a quella tipologia di autorità riconosciuta a determinati soggetti, in virtù di particolari competenze, conoscenze e practices. Secondo un tale orientamento, per il rating l'intervento della regolazione produce effetti capaci di incidere sulla natura stessa dell'autorità e della legittimazione delle agenzie, dando vita a un soggetto ibrido, in cui appaiono convivere unitariamente due forme di autorità. Di ruolo delle agenzie quali autorità epistemiche parlano anche O. PALAZZOLO, P. N. SALEMI, *Le agenzie di rating nel discorso pubblico,* cit, 284 ss.

[52] Per un'analisi dettagliata sui motivi dell'aumento esponenziale della spesa pubblica cfr., *ex multis*, S. CASSESE, *L'incompletezza del «Welfare State» in Italia*, in *«Politica del diritto»*, 1986, n. 2, 253; sulle ragioni economico-finanziarie del disavanzo, ENTE PER GLI STUDI MONETARI, BANCARI E FINANZIARI «LUIGI EINAUDI», *Il disavanzo pubblico in Italia: natura strutturale e politiche di rientro*, 2 voll., Bologna, il Mulino, 1992; D. FRANCO, *L'espansione della sfera pubblica in Italia*, Bologna, il Mulino, 1993; G. MORCALDO, *La finanza pubblica in Italia*, Bologna, il Mulino,1993; F. REVIGLIO, *Meno Stato più mercato – Come ridurre lo Stato per risanare il Paese*, Milano, Mondadori; in tema di incremento della spesa, fondamentale il saggio di M.S. GIANNINI, *Osservazioni critiche sull'ordinamento della pubblica spesa*, in A.C. JEMOLO, L. PICCARDI, M.S. GIANNINI, S. BUSCEMA (a cura di), *Lo sperpero del pubblico denaro*, Milano, Giuffrè, 1965, 92 ss.; S. CASSESE, *La costituzione economica*, cit. Per una panoramica in tema di governo della spesa pubblica, vd. F. BASSANINI, S. MERLINI (a cura di), *Crisi fiscale e indirizzo politico*, Bologna, il Mulino, 1995; G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996; A. BRANCASI, *Governo della spesa pubblica e divieto di disavanzi eccessivi*, in G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, il Mulino, 1998, 61.

Ciò è dovuto essenzialmente a due fattori: la necessità di invogliare gli investitori all'acquisto dei titoli; l'esigenza di risultare affidabili, tramite l'acquisizione di un *benchmark* multifattoriale mondiale, ossia un indicatore di affidabilità politico-economica, rivolto sia ai mercati che all'opinione pubblica interna.

Tale indicatore, perfezionato nel corso del tempo, sostanzia il *rating* sovrano, il cui oggetto non è definito da regolamentazioni, ma rimesso alla determinazione delle agenzie[53]. Per tale ragione, tuttavia, le discipline sovranazionali (europea e americana) – dopo la crisi finanziaria del 2008 – hanno previsto alcuni vincoli di carattere generale, valevoli per tutte le attività di *rating*, con lo scopo di rafforzare la professionalità e la indipendenza dei valutatori, di prevenire e contrastare conflitti di interesse, di incrementare il tasso di trasparenza, anche mediante procedimenti di formalizzazione e registrazione delle fasi del processo valutativo[54].

Va anzitutto chiarito che, tuttavia, stante la sostanziale omogeneità del valore alfanumerico finale, il metodo di formulazione del giudizio varia tra le agenzie[55]. Volendo prendere a modello la metodologia utilizzata dall'agenzia che fornisce *rating* sul maggior numero di Stati, il procedimento di definizione del giudizio poggia su diverse fasi, che tengono conto della volontà e della capacità di ciascun paese di onorare integralmente il titolo di debito alla scadenza prestabilita. In prima battuta, si procede alla valutazione di alcuni fattori chiave: l'efficacia istituzionale e i rischi di natura politica (trasfusi nel punteggio politico); la struttura economica e la prospettiva di crescita (trasfusi nel punteggio economico); la posizione internazionale di investimento e la liquidità esterna (trasfusi nel punteggio esterno); la flessibilità monetaria (trasfusi nel punteggio monetario); l'onere del debito e la performance fiscale (ricompresi nel punteggio fiscale). I diversi fattori trovano poi ampio riflesso nell'articolazione di punteggi (espressi in scala da 1, più forte, a 6, più debole), frutto di analisi quantitative e considerazioni qualitative. La parte quantitativa si limita a calcolare, in forma aggregata e in maniera descrittiva, dati riguardanti le performance statali rispetto ai profili esaminati (es. misurazione effetti dell'attuazione delle politiche fiscali, monetarie e commerciali degli Stati o la determinazione dell'*economic assessment*, calcolato in base al livello di reddito, misurato in PIL pro-capite).[56] Le considerazioni qualitative, diversamente, attengono alla conformità delle politiche statali a degli standard determinati dalle medesime agenzie, «di buona flessibilità fiscale e di *market-friendliness* dell'assetto istituzionale».[57] Si giunge così alla declinazione di svariati profili valutativi. Il profilo economico-politico, frutto del punteggio politico e di quello

[53] Lo chiarisce puntualmente G. SIRIANNI, *Il rating sovrano*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2012, 7 ss., che evidenzia come «I rating sovrani si differenziano dunque profondamente dai più rigorosi *rating* bancari interni IRB (Internal Rating Based) previsti da Basilea 2, per i quali è prescritto l'impiego di modelli che comprendono una valutazione del grado di accuratezza, completezza ed adeguatezza dei dati che sono stati utilizzati per una specifica assegnazione di rischio».

[54] G. SIRIANNI, *Il rating sovrano,* cit., 8. Il punto 23 dei considerata del regolamento delegato sistematico UE 447/2012 della Commissione europea stabilisce che «È opportuno che le agenzie di rating del credito utilizzino metodologie di rating che siano rigorose, sistematiche, continuative e soggette a convalida anche sulla base della pertinente esperienza storica e di test retrospettivi. Tuttavia, un tale requisito non dovrebbe in alcun caso costituire motivo di interferenze con il contenuto dei rating e con le metodologie da parte delle autorità competenti e degli Stati membri».

[55] Per una ricostruzione puntuale dei criteri per la formulazione dei *ratings* sovrani cfr. O. PALAZZOLO, P. N. SALEMI, *Le agenzie di rating nel discorso pubblico,* cit, 281 ss. Adottando l'impostazione teorica contenuta nel saggio citato, qui interamente citata, si è scelto di analizzare le metodologie dell'agenzia di *rating* Standard and Poor's. Per una recente comparazione tra le metodologie e i *ratings* sovrani assegnati a diversi paesi dalle agenzie americane S&P, Fitch e Moody's con quelli assegnati dall'agenzia cinese *Dagong*, cfr. E. REGALLI, E. SOANA, M. GAIA, *Il rating sovrano: un confronto fra agenzie*, in *BANCARIA*, 2017, 12-29. Gli autori, ad esempio, chiariscono che «Le più recenti analisi di Iyangar (2010 e 2012), prendendo in considerazione i rating di MOODY'S e S&P'S riferibili a 93 paesi nel 2007 e a 105 nel 2010, mettono in evidenza differenze significative nel rating assegnato dalle due agenzie e rilevano come tale differenza tenda ad aumentare nel corso del tempo. Molti degli indicatori di riferimento appaiono, però, comuni fra le due agenzie, e le divergenze di giudizio paiono riconducibili soprattutto a valutazioni soggettive circa le variabili *external balances* e *external* e *internal debts*.».

[56] O. PALAZZOLO, P. N. SALEMI, *Le agenzie di rating nel discorso pubblico,* cit, 295.

[57] Così O. PALAZZOLO, P. N. SALEMI, *Le agenzie di rating nel discorso pubblico,* cit, 296.

economico, è dato sulla base di considerazioni sulla stabilità delle istituzioni governative, sull'efficacia delle politiche statali e sulla capacità di resistenza dell'economia nazionale. In particolare, il punteggio politico ricomprende valutazioni anche riferite ai comportamenti pregressi di ciascun Stato rispetto alla gestione di passate crisi economiche e finanziarie, politiche, oltre che nel saper mantenere azioni prudenti, dirette ad una crescita economica bilanciata. Anche in questo caso, come chiarito in dottrina, «i punteggi assegnati nei ratings sovrani dipendono dal grado di aderenza da parte degli Stati ai modelli del buon debitore elaborati dalle agenzie, anche individuando delle politiche ben precise (come le riforme su pensioni e sanità), che gi Stati devono attuare per ottenere un buon punteggio»[58]. Il punteggio monetario, il punteggio esterno e quello fiscale concorrono alla determinazione del profilo di flessibilità fiscale e performance, che concerne la sostenibilità dell'onere del debito pubblico, la solidità dell'equilibrio fiscale, in virtù della posizione statale esterna. La valutazione unitaria dei due profili porta alla definizione del livello indicativo di *rating*, eventualmente corretto da uno o più indici di aggiustamento straordinario, quali il rischio politico molto elevato, l'onere del debito alto, gravi catastrofi naturali ecc., allo scopo di determinare il *rating* in valuta estera. L'applicazione di due criteri ulteriori[59] porta alla definizione del *rating* in valuta locale. Nel caso in cui si valuti uno stato membro di un'unione monetaria (es. Stati UE), i *rating* in valuta estera e in valuta locale coincidono.

L'esito finale è rappresentato da una scala alfabetica[60], secondo una simbologia pressoché simile tra le maggiori agenzie di *rating*[61]. In particolare, è sufficiente specificare come Standard & Poor's classifichi i *ratings* da un massimo di AAA ad un minimo di D per il lungo termine, da A1+ a C per il breve termine; Moody's da un massimo di Aaa a C per il lungo termine e da P-1 a Not Prime (NP), per il breve; FITCH da AAA a D, per il lungo periodo, mentre per il breve vanno da F1+ a F3 (categoria di investimento), da B a C (categoria speculativa). La categoria *investment* è quella in cui sono compresi i *rating* con valutazione superiore a BBB mentre negli *speculative grade* vi sono i *rating* al di sotto di questa soglia. Più è alto il *rating*, minore è il rischio derivante dall' investimento. Più è alta la valutazione, più bassi sono i tassi di interesse sulle obbligazioni emesse. Di norma, sotto la classificazione nell'ambito della lettera C sono ricompresi titoli fortemente speculativi, a tassi ben superiori al 10 per cento, a forte rischio di insolvenza o di *default* dell'emittente.

A tale classificazione si accompagnano ulteriori esternazioni- *outlook*, *reviews*, *watches*–, con le quali sono segnalate eventuali evoluzioni del *rating,* secondo valutazioni inerenti tendenze riscontrate in campo politico ed economico, per ciascuno Stato. In particolare, l'*outlook* si sostanzia in una previsione di medio e lungo termine, che indica le stime di crescita per l'emittente oggetto di valutazione. Tale indice si declina in tre aggettivi: positivo, negativo, stabile. Un *outlook* positivo indica generalmente una prognosi di miglioramento delle condizioni politico-finanziarie di uno Stato; un *outlook* stabile è indice di una previsione per la quale non si prevedono cambiamenti, mentre un *outlook* negativo è sintomatico di prevedibili, futuri, peggioramenti e declassamenti.

Una tale classificazione è in grado di determinare, nei mercati finanziari, effetti non di poco conto, specie ove le valutazioni si sostanzino in giudizi negativi. Mentre la variazione in negativo dell'*outlook* consiste in una prognosi di abbassamento del *rating*, dovuta ad una

---

[58] Così O. PALAZZOLO, P. N. SALEMI, *Le agenzie di rating nel discorso pubblico,* cit, 297.

[59] Si tratta dei fattori inerenti valutazioni su politica monetaria indipendente e profondità dei mercati di capitali in valuta locale.

[60] Classificazione introdotta per la prima volta da Fitch nel 1924. Cfr. "*Rating" e "outlook", cosa sono?,* in *www.corriere.it/economia/18_agosto_31/rating-outlook-cosa-sono-fitch-italia-5c453a54-ad5b-11e8-aed0-106e9275cc0a.shtml*

[61] Per una panoramica aggiornata, comparata tra le tre maggiori agenzie statunitensi e la cinese DAGONG, cfr. i dati pubblicati da *www.money.it/-scala-rating-agenzie-sp-moodys-fitch-dagong-*

valutazione di una probabile incapacità statale di attenersi agli standard precedenti, un *downgrade* del *rating* "certifica" per i mercati una nuova condizione statale di minore garanzia di solvibilità, con la conseguenza della diminuzione del prezzo delle obbligazioni e un proporzionale incremento del tasso di interesse[62]. In sostanza, la variazione dell'*outlook* può condizionare mediatamente la fase di *decision-making* delle politiche pubbliche; un *downgrade* è in grado di determinare effetti incrementali del costo del debito pubblico, cui consegue l'aumento della difficoltà da parte degli Stati nel ripagarlo.

Talune analisi empiriche[63] hanno provato a dimostrare, con risultati apprezzabili, come gli *outlook* negativi siano in grado di determinare effetti non irrilevanti sullo *spread*, specialmente per i paesi posizionati ai livelli inferiori della graduatoria di rischio; oltre che le scelte di *upgrading* e *downgrading*, «per la valenza para-regolatoria che è loro sovente attribuita, producono effetti rilevanti sulla liquidità del mercato, inducendo le istituzioni bancarie, le assicurazioni, i fondi pensionistici etc. ad effettuare acquisti e vendite»[64].

Alcuni studi[65], prendendo in considerazione i *rating* sovrani di 19 Stati membri dell'area Euro, riferiti al periodo 2005-2015, rivelano come i giudizi finali scaturiscano, oltre che da alcune variabili fondamentali, quali quelle sopra descritte, anche dalla valutazione di altre variabili non oggettive, di differente impatto fra Stati, nel tempo, a tal punto da far ritenere che «E' proprio la soggettività e l'opacità nell'assegnazione dei *rating* ad averli promossi dal ruolo di meri giudizi al ruolo di strumento di competizione tra paesi»[66]. V'è da aggiungere che spesso i giudizi sono pronunziati sulla base di una base informativa carente, poiché i dati macroeconomici utilizzati sono soprattutto di provenienza statale, e quindi condizionati tanto dalla efficienza dei sistemi statistici nazionali e dai criteri, spesso anche di natura politica, in virtù dei quali si giunge all'elaborazione dei relativi flussi informativi. Anche se trattasi di dati integrabili con quelli del Fondo Monetario Internazionale, spesso i dati finanziari raccolti sono limitati rispetto alle informazioni che sarebbero necessarie, ad esempio con riferimento all'andamento dei conti con l'estero e alle riserve valutarie. Opacità e inadeguatezza informativa costituiscono limiti che prestano il fianco a rischi manipolativi sui mercati, specie se si considera che, per quanto detto, i giudizi di *rating* non si limitano a rendere una fotografia attuale della realtà, ma tendono a conformarla, incidendo «sulla possibilità degli stati, sviluppati e non, di accedere ai mercati, sul costo del debito sovrano, ed in ultima analisi su un valore comune, quale quello della stabilità finanziaria»[67].

Una tale ricostruzione consente di esaminare con maggiore consapevolezza e con sufficiente rigore scientifico quanto accaduto, a titolo d'esempio, durante la crisi del debito sovrano in Europa, dal 2009[68].

---

[62] Meccanismo ed effetti sono puntualmente spiegati da M. LIEBERMAN, R.E. HALL, *Economia. Principi e applicazioni*, 6 ed., Milano, Apogeo Education, 2015, 623 ss.

[63] Il riferimento è allo studio di J. KIFF, S. NOWACK e L. SCHUMAKER, *Are rating agencies powerfull? An investigation into the impact and accuracy of sovereign ratings)*, in *IMF Working Paper*, 2012, che hanno analizzato 72 dei titoli sovrani valutati da Moody's ed hanno messo a confronto 101.176 *spread* quotidiani e 194 decisioni di rating (*downgrading, upgrading, outlook* positivi e negativi), nel periodo gennaio 2005-luglio 2010. Le evidenze empiriche sembrano dimostrare, sulla base del confronto tra l'evoluzione del rating sovrano con quello dello spread dei titoli sovrani corrispondenti nel periodo compreso tra il mese di gennaio 2005 ed il mese di giugno del 2010, l'opinione secondo cui esiste una stretta relazione tra l'andamento dei titoli pubblici e l'attività delle agenzie.

[64] Così G. SIRIANNI, *Il rating sovrano,* cit., 12, par. 5.

[65] Cfr., in particolare, A. D'AGOSTINO, R.A. LENNKH, *Euro Area Sovereign Ratings: An Analysis of Fundamental. Criteria and Subjective Judgement*, in *Working Paper Series, no 14, European Stability Mechanism*, 2016.

[66] Così E. REGALLI, E. SOANA, M. GAIA, *Il rating sovrano,* cit., 6.

[67] Così G. SIRIANNI, *Il rating sovrano,* cit., 12, par. 5.

[68] Rispetto alla crisi finanziaria e all'analisi dei mezzi impiegati per contrastarla, cfr, tra gli altri, G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e le misure di 'riduzione dello Stato',* in «*Giornale di diritto amministrativo*», 2010, n. 12, 1303; ID., *Il meccanismo europeo di stabilità e le nuove frontiere costituzionali dell'Unione*, in «*Giornale di diritto*

Diversi i fattori che scatenarono e propagarono, in ambiti differenti, la crisi finanziaria di quegli anni. In primo luogo, dalla bolla immobiliare si passò rapidamente alla crisi finanziaria privata, cagionata dall'emergere dei problemi e dei rischi legati agli investimenti finanziari in prodotti creditizi strutturati, da parte delle banche. A ciò seguì il crollo del mercato statunitense dei titoli correlati alla cartolarizzazione dei mutui erogati a soggetti ad alto rischio di insolvenza (*subprime*), con evidenti errori delle agenzie di *rating* nella valutazione della solvibilità dei creditori. Alcuni istituti bancari valutarono fallacemente la capacità di smobilizzare rapidamente risorse investite a lungo termine per fronteggiare ingenti passività a breve o imminente scadenza, secondo principi di sana gestione della liquidità bancaria, con la conseguenza di aver determinato notevoli squilibri nei bilanci e, conseguentemente, una diffusa sfiducia degli investitori e dei mercati sulla solidità di tali intermediari.

Certamente, ebbero un peso l'assenza, negli ordinamenti bancari dei principali paesi, di misure adeguate ed effettive, di vigilanza di carattere macroprudenziale, nonché di regole uniformi in materia di requisiti patrimoniali delle banche. Ciò portò, già nel settembre 2008, al fallimento di banche di investimento di rilievo planetario (Lehman Brothers), pur in presenza di *rating* positivi, con effetto a cascata su altri istituti. Seguirono numerose operazioni di salvataggio statale[69] nei confronti degli istituti bancari e finanziari in dissesto, che portarono all'ingresso dei governi nella gestione e nel capitale delle banche in crisi, ricorrendo in misura estremamente ingente all'indebitamento pubblico.

Si è dunque segnalato in dottrina il «concreto pericolo del passaggio da un "fallimento del mercato" a un "fallimento dello Stato"», per chiarire come la crisi del debito sovrano degli Stati costituisse uno sviluppo della crisi finanziaria del 2008[70].

La crescente sfiducia degli investitori, la diminuzione dei consumi e della produzione, l'incremento esponenziale del debito pubblico sovrano – è il caso europeo, ove si è manifestata la più grave crisi di solvibilità statali – portarono a far emergere rapidamente la fragilità della finanza pubblica di diversi paesi, a tal punto che i timori circa il possibile dissesto di stati europei contrassegnati da finanze pubbliche già deteriorate e a più elevato debito pubblico determinarono un aumento considerevole dei differenziali di tasso (c,d, *spread*) richiesti dagli investitori per l'acquisto dei titoli di debito pubblico di tali stati.

Basti citare il precipitare degli eventi seguìto, a partire dall'ottobre del 2009, all'annuncio da parte del nuovo governo greco di una revisione del rapporto deficit/PIL al 12,5 per cento anziché al 3,7 per cento, come invece comunicato dal precedente governo. Stessa sorte toccata il mese successivo al governo portoghese, costretto a rivedere al rialzo la stima del deficit pubblico in rapporto al PIL, portandola dal 5,9 per cento all'8 per cento.

L'agenzia FITCH declassò immediatamente e costantemente, nei mesi seguenti, il *rating* sul debito pubblico greco, seguita da *Standard & Poors* e MOODY'S, entro dicembre del medesimo anno. Nel giro di poco tempo, si scatenò una violenta reazione dei mercati finanziari, con un conseguente deprezzamento dei titoli di debito pubblico greco, fino al punto di non consentire più allo Stato ellenico di emettere nuovi titoli di debito a un tasso accettabile. Nel 2011 le tre maggiori agenzie declassificarono ancora più pesantemente il *rating* greco, portandolo rispettivamente a CCC (FITCH), ossia vulnerabile, CCC (*Standard & Poor's*), ossia debito altamente speculativo, Caai (MOODY'S), ossia insolvente. Per la Grecia diventò quasi

amministrativo», 2012, n. 5, 461 ss.; R. PEREZ, *Il trattato di Bruxelles e il fiscal compact*, in «*Giornale di diritto amministrativo*», 2012, n. 5, 469 ss.; ID., *Il ritorno del bilancio*, in «*Giornale di diritto amministrativo*», 2016, n. 6, 758.

[69] Per una puntuale ricostruzione, anche con punte di analisi prospettiva, dei salvataggi statali degli istituti bancari dopo la crisi del '29 e quella del 2008 cfr., tra gli altri, G. FONDERICO, G. VESPERINI, *Il salvataggio pubblico delle banche*, in G. NAPOLITANO (a cura di) *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali,* Bologna, il Mulino, 2012, 17 ss., in particolare per la crisi del 2008 37 ss.

[70] Cfr. G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in ID (a cura di) *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali,* Bologna, il Mulino, 2012, 384.

impossibile ricorrere al mercato obbligazionario e fu costretta a tagli per 6,5 miliardi di euro e all'adozione di drastiche misure di privatizzazione di asset pubblici per ottenere nuovi prestiti dal FMI e dalla UE.

Estesa a macchia d'olio, nell'ottobre 2011, l'azione di *downgrade* coinvolse duramente anche altri Stati europei, ivi compresa l'Italia, paese in cui, tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012 lo spread BTP-BUND (titoli di debito pubblico tedeschi) superò i 500 punti base e i tassi di interesse a breve dei BTP raggiunsero l'8 per cento e fu necessario un cambio della compagine governativa, in una formula di composizione ministeriale tecnica, con il sostegno di larga parte dell'emiciclo parlamentare, per una risposta decisa alla crisi. Nel gennaio 2012 *Standard & Poor's* declassò il *rating* di nove paesi europei: Italia, Francia, Austria, Spagna, Cipro, Malta, Portogallo, Slovacchia e Slovenia, cui si aggiunse il declassamento del rating del fondo salva Stati EFSF; FITCH declassò il *rating* di 5 paesi europei, ossia Italia, Spagna, Belgio, Cipro e Slovenia.

Bisognerà attendere il 2017 per l'annuncio, da parte del governo ellenico, di ritorno sui mercati per il finanziamento del debito pubblico greco, dopo un triennio.

In sostanza, nella zona euro, la crisi del debito sovrano di quegli anni, determinata dalla eccessiva spesa in deficit della Grecia e dalla sua tanto veloce quanto inesorabile impossibilità a finanziarsi sui mercati, ha generato un effetto a cascata sugli altri paesi aderenti all'Unione monetaria europea, facendo esplodere le difficoltà economico-finanziarie nell'area, specie di Cipro, Irlanda, Spagna e Portogallo, Italia[71]. Allo stesso tempo, stati quali Francia, Germania, Olanda e Lussemburgo, più solidi dal punto di vista economico-finanziario, furono coinvolti in quanto finanziatori dei paesi in difficoltà. Gli istituti bancari di questi ultimi, peraltro, con lo scoppio della crisi iniziarono a smobilitare e (s)vendere sul mercato ingenti quantità di titoli degli Stati colpiti, probabilmente contribuendo ad alimentare la spirale di crisi.

Diverse sono le cause della crisi della zona euro di quegli anni, identificate dalla dottrina e di seguito sinteticamente riportate. Crisi non paragonabile – è bene precisarlo – con quanto avvenuto con i dissesti bancari e delle finanze di diversi paesi nei primi anni '90 del ventesimo sec[72]. La prima ragione[73] è presto detta: l'adozione di politiche pubbliche esorbitanti rispetto alle soglie di sostenibilità finanziaria e il ricorso costante all'indebitamento hanno posto gli Stati in condizione di estrema fragilità finanziaria, dinanzi alle speculazioni finanziarie. In una condizione nella quale, per di più, mentre i debiti rimangono nazionali, il mercato bancario risulta integrato. Allo scoppio della crisi, non era individuabile nell'ordinamento eurounitario uno strumento dedicato di intervento rispetto a ipotesi di insostenibilità del debito di uno Stato europeo. La seconda è perciò individuabile nel periclitante funzionamento dei meccanismi giuridici ed economici posti a presidio dell'unione monetaria europea, che si unisce alla assenza di forme adeguate e coordinate di governo economico europeo, finalizzate al controllo della finanza pubblica e delle dinamiche macroeconomiche dei paesi dell'eurozona. In ultimo, ha pesato il ritardo nell'adozione di meccanismi di vigilanza capaci di arginare le disfunzioni dei mercati finanziari, che hanno consentito atteggiamenti gravemente nocivi nei confronti degli stati da parte di intermediari finanziari e agenzie di *rating*. Tramite i progressivi e costanti downgrade, queste ultime, in un certo qual senso, diedero una spinta rilevante al precipitare delle

[71] Per un quadro sul rating attribuito all'Italia dal 1986 al 2023 cfr. il report "*Trentasette anni di rating sull'Italia: il lungo crollo*", in *www.truenumbers.it/rating-italia/*

[72] Cfr., in tal senso, C.M. REINHARDT e K.S. ROGOFF, *This Time is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton, Princeton University Press, 2009, trad. it. *Questa volta è diverso. Otto secoli di follia finanziaria*, Milano, Il Saggiatore, 2010, 75 ss., ripresi, con considerazioni analoghe e puntuali, da G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano*, cit., 385 ss.

[73] Compie un'accurata disamina delle cause della crisi G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano*, cit., 386 ss., il quale evidenzia, inoltre, che "*default* statali e crisi bancarie rappresentano due facce della stessa medaglia: un livello eccessivo di debito nel sistema".

valutazioni di affidabilità dei paesi colpiti dalla crisi, contribuendo a comprometterne le capacità di ricorso al debito sui mercati finanziari per il finanziamento delle politiche pubbliche, fino al punto di non riuscire, in taluni casi, quali quello greco, a garantire anche alcuni servizi pubblici essenziali.

Rinviando al prosieguo della trattazione la disamina delle misure adottate dagli Stati europei in risposta alla crisi, anche in un'ottica di idoneità, a diversi anni di distanza, a rispondere ad eventuali nuove e diverse crisi di matrice speculativa che dovessero manifestarsi, un'analisi fenomenologica dell'influenza sulle politiche statali del *rating* sovrano, specie durante le crisi sistemiche, sarebbe incompleta ove non si citasse il caso della recente emergenza pandemica, che ha avuto risvolti significativi non solo in termini sanitari, ma anche sociali, economici, finanziari.

Alcuni studi recenti hanno evidenziato come «la pandemia da coronavirus ha colpito l'economia globale attraverso una complessa interazione tra shock di domanda e offerta. Di conseguenza, l'economia globale ha vissuto la combinazione di un crollo del commercio globale, di prezzi bassi delle materie prime globali, di un rapido deterioramento dei bilanci pubblici e privati e di una recessione economica sincrona»[74]. Le economie dei paesi dell'eurozona hanno registrato una significativa contrazione del PIL e un deciso aumento della spesa pubblica e del debito pubblico. Basti riferire che il PIL italiano è diminuito nel 2020 dell'8,9 per cento, mentre la Spagna ha registrato un decremento dell'11 per cento. Il deficit pubblico è consequenzialmente aumentato in tutti i paesi UE, sia per le maggiori spese sanitarie e di *welfare*, sia per far fronte alla crisi produttiva delle economie. In media, nei paesi UE, il debito pubblico ha superato il 90 per cento del PIL. Per far fronte alla crisi, nel marzo 2020, la Commissione europea ha sospeso per la prima volta il Patto di stabilità e crescita (PSC) per garantire la flessibilità necessaria e proteggere le economie degli Stati membri. Una sospensione durata alcuni anni, culminata con la riforma del Patto di stabilità, di cui si dirà, con rinnovate regole di bilancio oggi entrate in vigore ed operative. Nel marzo 2020, inoltre la BCE ha reso noto il suo Programma di acquisto di titoli di Stato e obbligazionari per l'emergenza pandemica (PEPP), finalizzato alla stabilizzazione dei mercati finanziari, diminuendo drasticamente le pressioni sui paesi con debito pubblico più elevato mediante l'acquisto di titoli obbligazionari del settore privato e pubblico per un totale pari a settecentocinquanta miliardi di euro, incrementato dopo qualche mese a 1.350 miliardi di euro, lasciando al contempo invariati i tassi di interesse, con un orizzonte temporale fino a giugno 2021. La pandemia ha portato altresì all'adozione di strumenti di debito comune per azioni, quale il NGEU, ossia il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Facility*, *RRF*), che consta di 723,8 miliardi suddivisi in 338 miliardi di erogazioni a fondo perduto e 385,8 miliardi di prestiti, cui si è aggiunto un meccanismo di assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa (*REACT-EU*), a cui sono stati destinati 50,6 miliardi di euro. La Commissione europea, per la prima volta, grazie ad un affidabile e forte *rating* creditizio, è stata incaricata della raccolta sui mercati finanziari di circa settecentocinquanta miliardi di euro. Gli Stati sono stati chiamati a adattare la loro politica economica per gestire la crisi sanitaria e limitare gli effetti negativi di medio-lungo termine, scommettendo anche sulla ripresa, mediante l'adozione di Piani nazionali, finanziati proprio con il NGEU, strutturati in riforme e investimenti e intrisi di condizionalità realizzative, ai fini dell'erogazione dei fondi.

Si tratta, come noto, di crisi differente rispetto a quella del 2008. Mentre in quel caso, come evidenziato, si ebbe una crisi di sistema che dalla finanza si trasferì presto all'economia reale,

[74] Così D. SCHILIRÒ, *The eurozone and the various crises from 2008 to 2020*, in *MPRA Paper No. 119246*, 2023, 10, nonché, per un approfondimento empirico, ID, *COVID-19 Crisis and the Public Debt Issue: The Case of Italy*, *in International Journal of Business Management and Economic Research*, 11(4), 2020, 1851-1860.

la crisi economica del 2020 deriva invece da un evento imprevedibile, l'emergenza pandemica, con effetti diretti sull'economia reale[75] e di seguito sulla sfera finanziaria.

Stante quanto appena eccepito e consapevoli degli strumenti introdotti dopo la crisi finanziaria del 2008 dall'Unione europea e dagli Stati membri, la dottrina economica si è interrogata sui giudizi di *rating* adottati nei confronti dei debiti pubblici statali durante la pandemia. Non v'è dubbio che, almeno in astratto, il giudizio di *rating* sugli Stati potesse essere negativamente influenzato dalla emergenza sanitaria, economica, sociale, a causa dell'incremento del debito pubblico, generato allo scopo di far fronte alle spese correlate all'emergenza e al rallentamento dell'economia, indotto dalle misure di contenimento deliberate dai singoli stati[76].

Invero, tali studi sembrano dimostrare un atteggiamento prudente delle agenzie, le quali, salvo casi sporadici, non hanno proceduto a declassamenti e a modifiche in negativo del *rating* assegnato, e, diversamente che oltre un decennio fa, non hanno nemmeno aumentato la frequenza di monitoraggio dei *rating* già emessi, riducendo persino il fenomeno di "comportamento gregario" (*herding*[77]) che caratterizza i mercati finanziari.

Tenuto conto di quanto appena chiarito, occorre interrogarsi sulla solidità degli strumenti fiscali, monetari e di vigilanza e controllo adottati dagli Stati, specie dopo la crisi finanziaria del primo decennio degli anni 2000.

4. *I rimedi normativi, regolatori e finanziari alle crisi: tutela degli stati e degli investitori.* - La risposta europea alla crisi del debito sovrano e alle turbolenze determinate dallo *shock* finanziario citati è stata diretta verso più versanti. Da un lato, si è intervenuti nell'ambito della gestione dei singoli rischi di insolvenza, mediante la previsione e l'istituzione di strumenti di assistenza finanziaria, in favore degli Stati dall'economia nazionale più a rischio e contrassegnati da fragilità debitorie importanti. Dall'altro, si è inteso adottare politiche e misure di consolidamento dell'integrazione fiscale ed economica, allo scopo di assicurare in via strutturale l'equilibrio delle finanze pubbliche, la riduzione dell'esposizione debitoria, con un'ottica alla crescita economica. Si è altresì posta l'esigenza di rafforzare la cooperazione internazionale tra i governi, le banche centrali e le autorità di vigilanza. In ultimo, si è agito regolamentando alcuni aspetti dell'attività di *rating*.

Sotto il primo profilo, una volta superata l'intemperia dovuta al necessario intervento, con strumenti intergovernativi, sulla situazione greca[78], gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione europea si sono concentrati nello strutturare "meccanismi giuridico-finanziari in grado di affrontare tempestivamente i problemi di instabilità sistemica: ciò anche al fine di meglio

---

[75] Com'è stato evidenziato, «A livello economico, le conseguenze più gravi della crisi innescata dal Covid-19 interessano, tuttavia, l'economia reale.» Così A. SALLUSTRI, *COVID-19: quali conseguenze sui settori produttivi? Un focus sull'Italia*, in *Documenti geografici*, 2020, 234, che compie già una prima disamina, direttamente nel 2020, a partire dalle rilevazioni ISTAT.

[76] Affronta il tema proprio un recente studio, cui si rinvia integralmente per un'analisi empirica puntuale: G. MATTAROCCI, *I rating dei titoli di Stato durante la crisi pandemica*, in *Bancaria*, 2, 2022.

[77] Per un approfondimento si rinvia, senza pretesa di esaustività, a M. BADDELEY , "*Herding social influence and economic decision-making: socio-psychological and neuroscientific analyses*", in *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci*, 2010, nonché a D. BERNHARDT, M. CAMPELLO, E. KUTSOATI, *Who herds?,* in *J. Financ. Econ. 80* (3), 2006, 657- 657; J. RANGVID, SCHMELING, A. SCHRIMPF, *What do professional forecasters' stock market expectations tell us about herding, information extraction and beauty contests?,* in *Journal of Empirical Finance*, 20(C),2013, 109-129.

[78] Si pensi, al riguardo, al piano di sostegno finanziario, originariamente di importo pari a centodieci miliardi di euro, di cui trenta stanziati dal FMI e ottanta dagli Stati membri dell'area euro, mediante un meccanismo di prestiti bilaterali coordinati, definito in due distinti accordi stipulati l'8 maggio 2010. In tal senso, specifico *Loan Facility Agreement(*senza dimenticare l'*Intercreditor Agreement* per i profili di funzionamento e diritti/doveri reciproci*)* è stato stipulato tra la Grecia, con la Banca di Grecia in qualità di agente, e gli stati europei.

delineare un sistema di regole, condizioni e sanzioni idoneo a disincentivare comportamenti «opportunistici»"[79].

Il primo strumento, disciplinato con Regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010[80], è consistito in un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF), quale programma di finanziamento temporaneo dell'UE, al fine di garantire assistenza finanziaria agli stati membri soggetti a gravi perturbazioni economiche o finanziarie, cagionate da circostanze eccezionali che esulano dal controllo statale. Il MESF si sostanziava in un sostegno fornito tramite prestiti o linee di credito, tenuto conto della possibile applicazione del sostegno delle bilance dei pagamenti, su richiesta dello Stato interessato, secondo una procedura non esente da complessità. Alla richiesta doveva essere allegata una dichiarazione dei bisogni finanziari, definita a seguito di un confronto con la Commissione europea e con la BCE. Inoltre, lo Stato richiedente era chiamato a sottoporre alla Commissione e all'Ecofin una bozza di programma di risanamento economico-finanziario. La definizione dell'istanza spettava al Consiglio, su proposta della Commissione, a maggioranza qualificata. Com'è stato rilevato[81], si era in presenza di una riserva di competenza intergovernativa del Consiglio, in virtù del fatto che la decisione finale, ancorché ancorata a valutazioni tecniche operate dalla Commissione, implicava una assunzione di responsabilità politica degli stati membri. Una volta decisa positivamente la richiesta, la Commissione e lo Stato membro beneficiario erano chiamati a stipulare un *Memorandum of Understanding,* in modo da puntualizzare modalità e criteri di soddisfazione delle condizioni di politica economica generale fissate dal Consiglio. A garantire l'operatività del meccanismo soccorreva l'istituzione di un "veicolo speciale", deputato ad emettere obbligazioni, garantite dagli Stati membri in proporzione al loro contributo al capitale della BCE, denominato Fondo europeo di stabilità finanziaria – FESF (*European Financial Stability Facility* – EFSF). Dal 2012, con l'introduzione del MES, l'EFSF non può più fornire ulteriore sostegno finanziario, potendo però, alternativamente: ricevere il rimborso dei prestiti dai paesi beneficiari; effettuare il pagamento degli interessi e il rimborso dei capitali ai detentori di obbligazioni EFSF; rifinanziare le obbligazioni in essere.

Successivamente, da una parte si è proceduto ad una modifica dei Trattati (in specie all'art. 136), tramite procedura semplificata ai sensi dell'art. 48, par. 6, TUE, in modo da consentire l'attivazione di meccanismi permanenti di sostegno finanziario agli Stati, soggetti a condizionalità. D'altro canto, mediante la stipula di un trattato specifico da parte dagli Stati membri dell'area euro, nella forma di «organizzazione intergovernativa di diritto pubblico internazionale», in data 10 febbraio 2012 è stato istituito il Meccanismo europeo di stabilità (MES). La scelta normativa si deve alla volontà di superare le obiezioni presenti nei trattati (art. 122 e 125 TFUE) e di consentire l'introduzione di "una previsione derogatoria al principio

[79] Così Cfr. G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 389*,* nonché, per gli sviluppi ermeneutici, ID., *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato «co-assicuratore»,* in *«Giornale di diritto amministrativo»,* 2010, 1085 ss.

[80] Per una testimonianza storica cfr. G. TREMONTI, *Uscita di sicurezza*, Milano, Rizzoli, 2012, 99 ss, riportato in nota (14) anche da G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 392.

[81] G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 392-393, il quale sottolinea, altresì, come «Le modalità di provvista dell'intervento di assistenza costituiscono invece oggetto di un impegno dei Capi di tato e di governo, formalizzato nelle Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea del 9-10 maggio 2010. Tale impegno vincola gli Stati a rendere disponibili, ove necessarie, ulteriori risorse fino a quattrocentoquaranta miliardi di euro mediante l'istituzione di un «veicolo speciale», chiamato ad emettere obbligazioni, garantite dagli Stati membri in proporzione al loro contributo al capitale della Bce. Il veicolo speciale, denominato Fondo europeo di stabilità finanziaria – FESF (*European Financial Stability Facility* – EFSF), è stato costituito il 7 giugno 2010". Alle pagine successive del contributo si rinvia l'approfondimento anche di tale veicolo speciale, oggi parzialmente superato.

generale anti-salvataggi e fondata su una base più solida e meno discutibile di quella riferita alla non imputabilità della causa all'origine dell'emergenza da affrontare"[82].

Da un punto di vista politico ed economico, l'istituzione del MES «appare strettamente correlata alla necessità di dover rinvenire, a fronte della nominata crisi finanziaria, rimedi di natura diversa da quella delle misure solitamente praticate per evitare che potessero essere minati alle basi gli equilibri economici ed istituzionali dei paesi dell'Unione»[83].

Il MES [84] è chiamato a fornire assistenza finanziaria agli stati membri della zona euro che si trovino o rischino di essere soggetti a gravi problemi finanziari, secondo uno spettro rigido di condizionalità economiche, sulla base dello strumento di assistenza finanziaria scelto e negoziato con la Commissione e lo Stato membro beneficiario. Inoltre, il MES, nell'ambito di un ampio orizzonte operativo, può: raccogliere fondi attraverso l'emissione di strumenti finanziari e la conclusione di accordi con governi, istituzioni e operatori di mercato; erogare prestiti in favore di singoli Stati membri; procedere anche ad acquisti di titoli del debito pubblico, sia sul mercato primario sia su quello secondario. In determinati casi, il MES ha la possibilità di ricapitalizzare direttamente gli istituti finanziari di importanza sistemica nella zona euro. La Commissione e il MES hanno il compito di valutare periodicamente i rischi di rimborso degli Stati membri beneficiari che sono usciti dai programmi di assistenza finanziaria. Anche in questo caso, l'assistenza del MES è fornita su istanza dello Stato richiedente. La valutazione sui rischi per l'area euro, sullo stato e sulla sostenibilità del debito pubblico del paese richiedente è affidata alla Commissione, in raccordo con la BCE e il FMI. La Commissione è chiamata anche a negoziare con lo Stato richiedente un programma di aggiustamento macroeconomico. La decisione finale spetta al Consiglio dei governatori del MES e al Consiglio di amministrazione della medesima organizzazione.

Come precisato anche da Banca d'Italia[85], il MES ha un capitale sottoscritto pari a 704,8 miliardi di euro, di cui 80,5 sono stati versati, mentre la sua capacità di erogare prestiti è fissata in cinquecento miliardi di euro. L'Italia, ad esempio, ha sottoscritto il capitale del MES per 125,3 miliardi di euro, versandone oltre 14. I diritti di voto dei membri del Consiglio sono proporzionali al capitale sottoscritto dai rispettivi paesi. Germania, Francia e Italia hanno diritti di voto superiori al 15 per cento e sono dunque titolate a porre un veto persino sulle decisioni prese in condizioni di urgenza.

Rispetto all'efficacia del meccanismo, è la stessa Banca d'Italia a sostenere che il MES «attenua i rischi di contagio connessi con eventuali crisi di un paese dell'area dell'euro … riduce la probabilità di un default sovrano, almeno per i paesi le cui difficoltà sono temporanee e possono essere risolte con prestiti o linee di credito». Il Meccanismo, peraltro, è stato oggetto di riforma, non ratificata dall'Italia[86]. Una riforma che, invero, secondo gli studiosi, è data per consentire di dotarsi uno strumento aggiornato che funga da «garanzia […] alla risoluzione di

[82] Così G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 397. Cfr., anche, B. DE WITTE, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, in *Swedish Institute for European Policy Studie*s, 2011, n. 6, in *www.sieps.se*, 6, richiamato nel medesimo saggio.

[83] F. CAPRIGLIONE, *Una strana vicenda: la mancata ratifica del MES*, in *Rivista di Diritto bancario*, IV, 2023, 593.

[84] L'organo deliberante è il Consiglio dei governatori (*Board of Governors*), composto dai ministri delle finanze degli Stati membri della zona euro. Il Commissario europeo per gli affari economici e monetari e il Presidente della Bce partecipano alle riunioni in qualità di osservatori. Il decide dii «comune accordo» in materia di concessione di assistenza finanziaria. Tuttavia, per ragioni acceleratorie, in virtù di quanto deliberato nel Consiglio europeo dell'8-9 dicembre 2011, la regola dell'unanimità può essere derogata, ove ricorrano situazioni di particolare emergenza. G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 398.

[85] Cfr. *www.bancaditalia.it/media/fact/2019/mes_riforma/index.html* , cui si rimanda anche per la citazione successiva.

[86] Sulla questione cfr., per tutti, F. CAPRIGLIONE, *Una strana vicenda: la mancata ratifica del Mes*, in *Rivista di Diritto bancario*, IV, 2023, 590 ss.

crisi bancarie sistemiche, un rischio potenzialmente serio anche in Europa data la rapida crescita di tassi di interesse e le spinte recessive»[87].

In questo senso, non stupisce che dinanzi alla emergenza pandemica recente i ministri delle finanze dell'Eurozona abbiano incluso tra le misure adottate per contrastare la pandemia da COVID-19 anche l'intervento del MES, prevedendo l'esclusione delle spese sanitarie dirette e indirette connesse, dai vincoli del meccanismo, oltre che stabilendo la possibilità per gli stati dell'area euro di ottenere liquidità entro un massimo del 2 per cento del PIL fino alla fine del periodo emergenziale[88].

Non manca, invero, chi ha notato come, almeno inizialmente, l'istituzione del MES non abbia prodotto l'effetto sperato nei confronti dei mercati, per svariate ragioni, tra le quali spiccano l'esiguità delle risorse previste; la farraginosità dei meccanismi e la tempistica per l'attivazione dell'assistenza; la complessità della *governance* interna e la connaturata dipendenza dal processo intergovernativo e, dunque, politico[89]. Inoltre, rilievi sono stati mossi anche con riguardo alla sottrazione del MES alla disciplina, ai princìpi, ai controlli dell'ordinamento eurounitario, come quelli in tema di partecipazione al processo deliberativo, o in termini di trasparenza e persino rispetto alle regole che governano il sindacato giurisdizionale, fermo restando quanto specificamente previsto dal trattato istitutivo, che consente la devoluzione della controversia alla Corte di giustizia europea, in caso di contestazione da parte dello Stato membro rispetto alle decisioni del Consiglio dei governanti in ordine a conflitti a uno Stato membro della zona euro e il Mes in relazione all'interpretazione e all'applicazione del trattato istitutivo. Non sono previste forme di accesso documentale, non vi sono obblighi, nemmeno informativi, nei confronti del Parlamento UE, né strumenti valutativi a valle dell'azione del MES.

In ogni caso, ancora oggi la valutazione di *rating* del MES da parte delle agenzie è pari ad una tripla "A"[90], con un *range* di fiducia nei mercati piuttosto elevato.

Decisivo è stato l'intervento della Banca centrale europea, grazie alla indipendenza che le è propria e alla capacità finanziaria di cui gode. Superata una prima fase in cui la BCE è rimasta aderente alla missione istituzionale di protezione della stabilità dei prezzi, deciso il piano di prestiti bilaterali alla Grecia da parte degli stati membri, con una decisione del maggio 2010 fu varato un programma per i mercati finanziari. Le banche centrali dell'area euro furono autorizzate all'acquisto sul mercato secondario di "titoli di debito idonei negoziabili emessi dai governi centrali e da enti pubblici degli Stati membri la cui moneta è l'euro"[91]. Successivamente prima la BCE avviò l'acquisto – anche in forma diretta - di titoli di debito sul mercato secondario, aumentando il raggio d'azione anche agli Stati, come Spagna e Italia, che non avevano richiesto misure di assistenza finanziaria. Le modalità di intervento, giudicate in dottrina *extra ordinem*[92], si sostanziarono, di fatto, nell'introduzione, nei confronti dei governi dei due paesi citati, di forme di condizionalità legate all'attuazione di riforme e interventi di politica economica e fiscale, vergate in lettere a doppia firma tra Presidente della BCE e quello di ciascuna delle due banche centrali nazionali. Un'azione comunque estremamente efficace, trainata dalle dichiarazioni del Presidente Draghi, secondo il quale «Within our mandate, the ECB is ready to

---

[87] Così M. BORDIGNON – F. SCINETTI – N. SCUTIFERO, *Il meccanismo europei di stabilità*, in *osservatorio-cpi.unicatt.it/ocpi-pubblicazioni-ilmeccanismo-europeo-di-stabilita*.

[88] Cfr. l'editoriale dal titolo *Cos'è il MES e cosa può fare contro il COVID-19*, in *www.orizzontipolitici.it / cose-il-mes-e-cosa-puo-fare-contro-il-covid19*.

[89] G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 402.

[90] Cfr., anche di recente, quanto riportato da *www.huffingtonpost.it/economia/2024/06/05/news/il_vecchio_fondo_salva_stati_viene_declassato_tutta_colpa_della_francia-16097629/*

[91] Decisione della Banca centrale europea del 14 maggio 2010 (BCE/2010/5).

[92] Così G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 406.

do whatever it takes to preserve the euro. Believe me, it will be enough»[93]. Tramite una politica di *quantitative easing,* dal marzo 2015 e sino all'aprile 2020 la BCE diede mandato alle banche centrali degli Stati membri della zona euro, Grecia esclusa, di acquistare obbligazioni del debito sovrano per circa 2,2 miliardi di euro[94].

Di fatto, in funzione anche di supplenza rispetto ai ritardi nelle scelte da parte degli Stati membri, la BCE, all'interno di un quadro normativo non mutato, assunse quasi un ruolo di agenzia fiscale, salvifico per la stabilità finanziaria di tutta l'area euro[95].

Rimanendo sul versante di riduzione del debito sovrano e di contenimento della spesa pubblica, va segnalato l'intervento di revisione[96] del Patto di stabilità e crescita (PSC)[97], ultimata con la posizione del Parlamento Europeo del 28 settembre 2011 e con la decisione del Consiglio dell'8 novembre 2011[98]. In sostanza, i regolamenti del 2011(cd. *Six-Pack*) e il *Two-Pack* del 2013[99] hanno introdotto svariate modifiche sia al braccio preventivo che a quello correttivo del PSC[100]. In particolare: è stato introdotto un parametro di riferimento per l'aumento annuale della spesa degli Stati membri, al netto delle misure in materia di entrate; è stato istituito il semestre europeo per coordinare il monitoraggio delle politiche di bilancio ed economiche nell'UE e migliorare le tempistiche della consulenza sulle politiche fornita agli Stati membri; si è consentito l'avvio della procedura per deficit eccessivo non solo quando il deficit statale superi annualmente la soglia del 3 per cento del PIL, ma anche sulla base del criterio dell'insufficiente riduzione annua del 5 per cento del debito in eccesso verso il valore di riferimento indicato (il 60 per cento del PIL). La disciplina citata, inoltre: ha previsto l'imposizione di sanzioni finanziarie graduali fino a un massimo dello 0,5 per cento del PIL del rispettivo Stato membro; ha stabilito un calendario comune di bilancio e la correzione dei disavanzi eccessivi per gli Stati membri della zona euro; ha introdotto nuove norme relative alla sorveglianza rafforzata degli Stati membri della zona euro durante e dopo l'attuazione di un programma.

Ancora, nel 2013 è entrato in vigore il trattato intergovernativo sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria e in ispecie il titolo III del trattato predetto, noto come il patto di bilancio. Il titolo III citato concerne, invero, l'adozione

---

[93] Discorso di Mario Draghi, presidente della BCE, alla Global Investment Conference a Londra, 26 luglio 2012.

[94] Dato rinvenibile in *eublog.eu/articolo/34765/%C3%89-definitivo:-il-programma-di-quantitative-easing-della-BCE-era-proporzionato/Baroncelli*

[95] La Corte di giustizia europea, invero, ha avuto modo di chiarire che le decisioni relative al programma di QE sono state prese dalla BCE nell'ambito del suo mandato, dunque pienamente legittime. Cfr., esemplificativamente, C-493/17, *Weiss*, in *eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0493*

[96] Cfr. I. VISCO, *La nuova governance economica europea*, in *Italianieuropei*, 5, 2011, 12 ss.

[97] Si tratta di una disciplina in vigore sin dal 1997, al fine di assicurare un coordinamento delle politiche di bilancio e misura per l'equilibrio delle finanze pubbliche egli Stati membri dell'UE bilancio, mediante la definizione della soglia per il disavanzo pubblico nazionale e il debito pubblico, i cosiddetti "criteri di Maastricht per le finanze pubbliche". Il PSC si compone di una parte, cd. braccio preventivo, al fine di garantire la stabilità delle politiche di bilancio degli Stati membri UE, coordinate con la fissazione di parametri quantitativi e obiettivi di bilancio da perseguire; nonché di una ulteriore parte, cd. braccio correttivo, che riguarda la procedura per i disavanzi eccessivi (PDE), che si sostanzia in un procedimento con il quale scatta l'applicazione di obiettivi di bilancio più rigorosi per gli Stati membri che superano il disavanzo di bilancio o il massimale del debito definito nel PSC (rispettivamente il 3 per cento e il 60 per cento del PIL).

[98] Per il dettaglio dei provvedimenti UE adottati si vedano: il regolamento UE 16 novembre 2011, n. 1175(misure preventive), che abroga il regolamento CE 7 luglio 1997, n. 1466 in tema di rafforzamento della sorveglianza sui bilanci pubblici e di sorveglianza e coordinamento delle politiche economiche; il regolamento UE 16 novembre 2011, n. 1173, in materia di sorveglianza sui bilanci pubblici; il regolamento UE 8 novembre 2011, n. 1177(misure correttive), di modifica del regolamento CE 7 luglio, n. 1467; i regolamenti 16 novembre 2011, n. 1176 e 16 novembre 2011, n. 1174, dedicati alla prevenzione degli squilibri macroeconomici e di competitività ed al potenziamento della procedura di riduzione degli stessi, e la direttiva del Consiglio 2011/85/UE, in materia di standard minimi per le finanze pubbliche. Ne dà puntuale conto G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 411.

[99] Regolamento (UE) n. 472/2013 e regolamento (UE) n. 473/2013.

[100] Per una ricostruzione completa della disciplina UE e interna sul controllo della finanza pubblica non può non rinviarsi, tra i più recenti, a R. PEREZ, *Il controllo della finanza pubblica*, in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., 356 ss.

di regole di bilancio nazionali precipuamente collegate a quelle del braccio preventivo del PSC, con l'introduzione, nello specifico, di una regola del pareggio di bilancio ai più alti livelli della gerarchia delle fonti nazionali e di un meccanismo correttivo attivato a livello nazionale in caso di violazione di tale regola. La Commissione europea è stata dotata di ulteriori poteri, quello di avviare la procedura finalizzata alla dichiarazione di esistenza di deviazioni statali rilevanti rispetto agli obiettivi di bilancio (*early warning*) o la presenza di gravi squilibri macroeconomici (*in-depth review*)[101]. Con riferimento alle procedure di deficit eccessivo attivate, basti citare un dato: dall'istituzione al 2020 sono state avviate per venticinque Stati membri, ma non sono state comminate sanzioni finanziarie[102].

Con il sopraggiungere della pandemia da COVID-19, per rispondere alla crisi la BCE è tornata a intensificare la propria azione sui mercati secondari dei titoli obbligazionari. inoltre, a livello UE è stata attivata la clausola di salvaguardia generale del PSC[103], consentendo agli Stati membri di discostarsi dagli obblighi di raggiungimento dell'obiettivo di bilancio a medio termine o di seguire un percorso di avvicinamento a tale obiettivo.

Con il superamento dell'emergenza sanitaria, le istituzioni europee e gli stati membri hanno iniziato a valutare l'opportunità di riformare le regole del PSC. Dopo un iter complesso, nel 2024 si è giunti all'approvazione della riforma. Ai fini della presente trattazione, sembra opportuno riportare, in estrema sintesi, i caratteri fondamentali dell'intervento riformatore. L'obiettivo dichiarato è quello di ridurre i rapporti di indebitamento e i deficit in modo graduale, sostenibile e diretto alla crescita economica, sostenendo le riforme e gli investimenti in settori strategici quali la difesa, l'istruzione, la digitalizzazione e la tutela dell'ambiente. Con riferimento ai contenuti essenziali della riforma, in primo luogo va precisato che non mutano i valori di riferimento, per le funzioni poc'anzi declinate, del 3 per cento per il rapporto deficit/PIL e del 60 per cento per il rapporto debito/PIL previsti dal TFUE. A mutare sono le modalità di raggiungimento degli obiettivi i quali, peraltro, non sono più fissati in maniera omogenea per tutti. Com'è stato notato in dottrina, il nuovo PSC recepisce un metodo improntato alla condizionalità e al raggiungimento di obiettivi puntuali per ciascuno stato. Da un punto di vista tecnico, il rilievo principale per il perseguimento, da parte degli stati, del proprio indirizzo politico economico consiste nel passaggio dal vincolo del saldo strutturale a quello della spesa primaria netta, individuata come «la spesa pubblica al netto della spesa per interessi, per sussidi di disoccupazione, per sovvenzioni dell'UE e per misure discrezionali sul lato delle entrate». In tal senso, l'art. 5 del regolamento (UE) 2024/1263 prevede che allorquando il debito pubblico statale sia superiore al sessanta per cento del PIL sia il disavanzo al 3 per cento del PIL, la Commissione invii allo Stato membro interessato una «traiettoria di riferimento» per procedere alle misure di aggiustamento e razionalizzazione della spesa netta. Tale traiettoria concordata riguarda un arco temporale di quattro anni, che può essere esteso fino a sette, qualora lo Stato membro interessato si impegni ad implementare investimenti e riforme strutturali nei settori considerati strategici per lo sviluppo dell'Unione. I paesi con un debito pubblico superiore al novanta per cento saranno chiamati ad una riduzione annua di almeno l'uno per cento, mentre quelli con un debito tra il sessanta per cento e il novanta per cento dovranno operare misure per una riduzione pari allo 0,5 per cento. Inoltre, gli stati con rapporto debito/ PIL superiore al novanta per cento dovranno compiere aggiustamenti annuali del saldo primario, fino al

[101] Cfr. G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano,* cit., 413, che richiama puntualmente la disamina compiuta da S. MICOSSI, *La politica economica a un punto di svolta*, in *«Italianieuropei»*, 2011, n. 5, 20 ss.

[102] In *ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policycoordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/stability-andgrowth-pact/corrective-arm-excessive-deficit-procedure/excessive-deficit-proceduresoverview_en.*

[103] Sulla "prima volta" dell'attivazione della cd. *general escape clause* cfr. C. DOMENICALI, *La Commissione europea e la flessibilità "temporale" nell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita*, in *federalismi.it*, 19, 2020.

raggiungimento della soglia dell'1,5 per cento del PIL, mentre per quelli con rapporto debito/ PIL fra il sessanta per cento e il novanta per cento il margine si attesta al valore dell'1 per cento.

Manca del tutto, invero, l'istituzionalizzazione auspicata dell'assunzione di titoli di debito comune UE, sulla scia di quanto fatto per il NGEU e gli interventi di riforma del PSC, invero, appaiono più diretti a semplificare le regole precedenti, che a produrre una svolta, tanto è vero che c'è chi paventa il rischio che finiscano per aumentare i divari fra gli stati più virtuosi e quelli già pesantemente indebitati[104].

Fin qui gli interventi su assistenza finanziaria ai paesi UE in difficoltà e le regole per la riduzione della spesa e il contenimento del debito.

La risposta delle autorità internazionali alle crisi di natura finanziaria ha investito anche il profilo dell'assetto istituzionale della vigilanza bancaria e finanziaria.

In ambito europeo[105], già tra il 2009 e il 2010 è stata approntata un'architettura di vigilanza finanziaria finalizzata a conferire maggiore incisività ai settori di analisi e vigilanza macroprudenziali e a implementare l'attività di regolamentazione e vigilanza dell'unione. In tal senso, sono stati istituiti[106] il Comitato europeo per il rischio sistemico (*European Systemic Risk Board* – ESRB), con funzioni di vigilanza macroprudenziale, oltre che una pluralità di autorità europee di vigilanza macroprudenziale (*European Supervisory Authorities* – ESA, in tutto tre), differenziate per ambito di intermediazione, assicurativo, bancario, mobiliare (EIOPA – EBA - ESMA). Nel 2012 il Comitato europeo per il rischio sistemico e le autorità europee di vigilanza sono state riunite nel SEVIF, del quale fanno parte anche il comitato congiunto delle stesse autorità e le autorità dei singoli Stati membri. È divenuta operativa altresì nell'eurozona l'Unione bancaria[107] fondata su un Meccanismo unico di vigilanza (MVU)[108], con compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e, in maniera complementare, sul Meccanismo di risoluzione unico, cui è affidata la responsabilità della gestione accentrata della crisi bancarie nell'ambito dell'area euro. A tale ultimo strumento è affiancato il fondo di risoluzione unico, con lo scopo di finanziare le misure di risoluzione delle crisi. Dalla fine del 2014, altresì, il MVU permette l'esercizio di funzioni congiunte e poteri di vigilanza[109] sugli istituti bancari da parte della BCE e delle autorità di vigilanza degli Stati dell'area euro e dei paesi extraUE che decidessero di aderire.

Unitamente agli interventi del 2014 e degli anni successivi, l'obiettivo perseguito da un lato è stato quello di prevedere dei meccanismi capaci di gestire eventuali casi di dissesto bancario, evitando l'insorgere di ripercussioni per la stabilità finanziaria e per le finanze pubbliche all'interno della zona euro, dall'altro a delineare una cornice armonizzata di regole per la gestione delle crisi bancarie, coordinate con quanto previsto dal *Financial Stability board*. In tal senso il riassetto istituzionale della vigilanza finanziaria in ambito europeo è stato delineato in maniera del tutto coordinata rispetto a quanto avvenuto a livello internazionale. Basti considerare che il

---

[104] Di tale avviso, e.g., F. LOSURDO, *Riforma del patto di stabilità e finanziamento dei beni pubblici europei*, in *diariodidirittopubblico*, 2024. Per alcune prime riflessioni sul percorso di riforma cfr. L. BARTOLUCCI, *Il percorso della riforma del Patto di Stabilità: il compromesso raggiunto peggiora la buona proposta della Commissione (ma è comunque un passo in avanti rispetto al "vecchio" Patto),* in *diritticomparati.it,* 2023; G. G. CARBONI, *Il percorso della riforma del Patto di Stabilità: il compromesso raggiunto peggiora la buona proposta della Commissione (ma è comunque un passo in avanti rispetto al "vecchio" Patto)*, in *federalismi.it*, 21, 2023; F. SALMONI, *Commissione UE e 'nuovo' Patto di stabilità e crescita: quali altri vincoli?*, in *federalismi.it*, 33, 2022.

[105] Per una ricostruzione puntuale cfr., su tutti, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., 230 ss.

[106] regolamenti del Consiglio dell'Unione numeri 1092,1093, 1094, 1095/2010/UE, del 24 novembre 2010

[107] Per un'analisi anche del percorso giurisprudenziale di costruzione dell'Unione bancaria europea cfr. M. DE BELLIS, *La costruzione giurisprudenziale dell'Unione bancaria tra consolidamento e garanzie: un bilancio a dieci anni,* in *Riv, it. dir. com*., 1, 2024, 65-118.

[108] Regolamento UE n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013.

[109] Sull'architettura di vigilanza finanziaria, bancaria, sul MVU, sui poteri ispettivi si vedano, *ex multis*, M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv, it. dir. com*., 6, 2015, 1553 ss.; ID., *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2021.

nuovo accordo di Basilea, cosiddetto «Basilea tre»[110], ha ridefinito la disciplina sul capitale bancario, allo scopo di individuare requisiti patrimoniali più appropriati rispetto alle diverse tipologie di rischio, adeguando il trattamento prudenziale di alcuni strumenti finanziari al livello effettivo di rischiosità di ciascuno, puntando a salvaguardare l'equilibrio dei bilanci delle banche. I nuovi standard di Basilea sono stati trasposti a livello europeo nella fissazione di discipline finalizzate a circoscrivere gli ambiti discrezionali delle regolamentazioni nazionali. In tal senso il regolamento, UE/575/2013 ha individuato i requisiti di capitale per le banche e le società di intermediazione mobiliare operanti nell'unione europea, oltre che gli obblighi di comunicazione al mercato. Numerose ulteriori previsioni puntuali sono state stabilite nella direttiva 2013/36/UE, recepita in Italia con il decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 75. Nel 2019[111], ancora, sono stati stabiliti nuovi requisiti di capitale e di liquidità ed è stata attribuita alle autorità di vigilanza la possibilità di imporre requisiti aggiuntivi allo scopo di contenere i costi di compliance per le banche di dimensioni contenute, di fronteggiare rischi specifici, assorbire le perdite, ricapitalizzarsi in maniera più efficace.

In questo quadro regolatorio, l'autorità bancaria europea assume un ruolo determinante. In particolare, è chiamata a implementare il funzionamento del mercato interno, garantendo una vigilanza e una regolamentazione adeguate, efficienti e armonizzate a livello UE. L' EBA sviluppa e mantiene il codice unico europeo per gli istituti bancari dell'UE, mediante l'adozione attraverso l'adozione di *binding technical standard*, orientamenti e norme tecniche vincolanti. Il codice unico si connota quale insieme unico di norme prudenziali armonizzate per gli istituti finanziari in tutta l'UE. Inoltre, è incaricata di valutare i rischi e le vulnerabilità del settore bancario dell'Unione, in particolare mediante relazioni periodiche sulla valutazione del rischio e stress test effettuati a livello dell'UE, in collaborazione con le autorità nazionali. Ulteriori funzioni sono state attribuite nel 2019[112] in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario per finalità di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, che si articolano nell'esercizio di valutazioni sulle autorità di vigilanza nazionali virgola di azioni anche sanzionatori e poteri sostitutivi nell'ipotesi di inerzia dei predetti enti nazionali, nell'elaborazione delle linee guida sull'attività di controllo. Attività di controllo pubblico sulle banche che, è possibile affermarlo, oggi risulta dispiegarsi secondo un sistema efficace di valutazione e prevenzione dei rischi, di condivisione di linee guida, standard, ruoli e compiti tra istituzioni UE e autorità nazionali.

Un ultimo accenno va fatto con riguardo agli interventi sovranazionali in tema di attività di *rating*.

In virtù del ruolo giocato dalle agenzie di *rating* durante la crisi del 2008 e degli anni immediatamente successivi diversi sono stati gli interventi e le iniziative approntate a livello internazionale per incidere sull'attività di tali soggetti privati. Sotto il versante europeo, con una serie di atti regolamentari[113] è stata dettata una disciplina non solo di carattere definitorio, ma anche sui procedimenti di emissione del giudizio di *rating*, sulla *governance* delle agenzie di *rating,* sui conflitti di interesse, sulla vigilanza e i connessi poteri sanzionatori, procedendo, tra l'altro, ad introdurre un obbligo di registrazione quale condizione dell'operatività delle agenzie nel territorio dell'Unione europea. Infatti, unicamente il *rating* emesso da agenzie così registrate può essere utilizzato a fini regolamentari, invero non innovando, ma sistematizzando il quadro precedente[114]. Le funzioni di registrazione, e più in generale di vigilanza, sono state affidate all'Autorità europea di vigilanza sugli strumenti e sui mercati finanziari (ESMA), cui spetta anche

[110] Sul Comitato di Basilea e gli accordi di Basilea si veda, *e.g.*, il puntuale esame di M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., 15 ss. 160 ss., 216 ss., 251 ss., 310 ss.

[111] Regolamento UE 2019/876 e direttiva UE 2019/878.

[112] Regolamenti UE 2175 e 2176/2019 e direttiva UE 2177/2019.

[113] Regolamenti UE 1060/2009, modificato dal reg. del. della Commissione 946/2012, 462/2013.

[114] Cfr., sul punto, M. DE BELLIS, *La nuova disciplina europea delle agenzie di rating*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2010, 453 ss, cui si rinvia per un'analisi puntuale della disciplina.

l'irrogazione delle sanzioni previste dalla disciplina UE. L'ESMA si connota per essere l'unica istituzione sovranazionale, in ambito europeo, di supervisione delle agenzie di *rating,* con alcuni limiti*:* basti pensare che non può entrare nel merito delle metodologie e dei risultati delle attività delle agenzie virgola in quanto essi appartengono all'autonomia organizzativa ed operativa di tali soggetti.

La disciplina statunitense, inserita nel *Dodd Franck Act*[115], appare per certi versi analoghi a quelli europea, ma risente della necessità di integrazione da parte di numerose discipline attuative.

A livello globale si è proceduto ad una revisione del codice dello IOSCO[116], che raggruppa le autorità di regolazione dei mercati mobiliari e all'adozione, da parte del *Financial Stability board,* di specifici indirizzi, nel 2010.

Parte della dottrina ha rilevato come a livello globale si possa in realtà parlare solo di un "assetto debole e di razionalizzazione incompiuta delle architetture istituzionali della vigilanza finanziaria"[117], mentre a livello europeo e statunitense, intoccata la possibilità di discutere del merito delle valutazioni metodologiche delle agenzie, un assetto finalizzato a prevedere una dettagliata, quanto insufficientemente pervasiva, regolazione e di una precipua supervisione virgola in realtà finiscano per rafforzare la credibilità delle agenzie di *rating*.

In tal senso, non pare nemmeno evidente come dalla disciplina regolatoria citata possano derivare effetti, almeno in via eventuale, capaci di sostenere e promuovere la nascita di un mercato concorrenziale del *rating,* in un quadro regolatorio definito.

5. *Asimmetrie tra potere del rating e degli stati. Considerazioni conclusive.* – Lo studio delle asimmetrie tra mercato e Stato ha portato taluni ad affermare che le difficoltà di gestione delle crisi degli ultimi decenni siano parte degli effetti di un mercatismo spinto agli estremi, che ha condotto ad uno scenario internazionale contrassegnato dalla dittatura dei mercati e della finanziarizzazione economica[118], cui gli Stati non avrebbero saputo contrapporsi adeguatamente.

Secondo tale visione, le risposte statali alle crisi, sia quella finanziaria del 2008, sia quella derivante dalla pandemia, sarebbero allora da valutarsi come rinnovate politiche tese a rinchiudersi nei confini nazionali, riprendendo in mano i momenti decisionali, in una prospettiva di progressiva deglobalizzazione e di riaffermazione democratica.

Se è possibile affermare che le crisi, soprattutto la più recente, abbiano contribuito a disvelare la debolezza di un approccio ideologico tendente alla promozione di effetti taumaturgici dei mercati, è pur vero che, in qualche modo, gli Stati stessi si sono quantomeno avvantaggiati della globalizzazione, che ne ha persino ampliato la sfera d'azione. È mutato, dunque, lo spazio entro il quale si muove il potere pubblico sull'economia. A mutare, altresì, sono stati anche gli attori coinvolti. Terminata l'era del monopolio statale, la parcellizzazione che ne è conseguita ha portato alla luce la necessità di un confronto con una pluralità di soggetti, pubblici e privati, governativi e non governativi, di portata internazionale, già per la definizione del sistema di regole di governo globale dell'economia. Allo stesso tempo, d'altro canto, ciò ha significato anche alimentare alcune forme di dipendenza, se non anche, talvolta, di schiavitù, dai mercati stessi. L'indebitamento progressivo e incessante, il peggioramento delle finanze

---

[115] *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, detto «*Dodd – Frank Act*», in *www.sec.gov*. In tema cfr. E. LUDWIG, *Assessment of Dodd Frank Financial Regulatory Reform: Strenghts, Challenges, and Opportunities for a strong regulatory system*, 29, Yale J. on Reg., 181; in Italiano: I. CORTESI, *Il DODD Frank Act. Obiettivi generali e prospettive future*, in *Riv. trim. dir. ec*., 2, 2013, 3 ss.

[116] Per una disamina si veda M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., 21 ss. Il volume – 173 ss. - esamina il rapporto anche tra il codice di condotta IOSCO e il dibattito sulla regolazione delle agenzie di *rating.*

[117] Così S. AMOROSINO*, Rilevanze pubblicistiche*, cit., 423, che richiama E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2010, 1, 57 ss.

[118] G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanzia*ria, Padova, CEDAM, 2011.

pubbliche cagionato da politiche di spesa fuori controllo per diversi decenni hanno fatto sì che alcuni Stati combattessero ad un certo punto "a mani nude" dentro e contro i mercati, affidando il destino delle proprie politiche alla speculazione finanziaria e alla forza epistemica dei giudizi di *rating*.

Più precisamente, invero, il *rating* finisce per collocarsi in posizione intermedia tra i due attori: Stati e finanza privata. I primi hanno bisogno del ricorso alla seconda per drenare risorse. Il *rating* può svolgere allora una funzione utile quando gli Stati finanziano a debito spese strutturali, volendo alimentare le proprie politiche pubbliche a velocità e dimensioni superiori rispetto alla capacità fiscale degli Stati stessi. Ancora più utile se l'intento è quello di ricorrere a forme di «debito buono»[119], nell'accezione invalsa negli ultimi anni e riferita agli investimenti in termini di crescita economica e sociale e non già di spreco di risorse. Il sistema di apprezzamento del *rating* sui titoli statali e gli effetti a cascata sulla determinazione dei saggi di interesse si rivelano cruciali per il sostentamento e il progresso statale e sociale. Questo meccanismo – d'altro canto – espone gli Stati, come si è rilevato, a rischi speculativi di portata rilevante. Ed è proprio nel vortice della speculazione finanziaria che si riverbera un altro lato dell'attività delle agenzie di *rating*, quasi fosse assimilabile alla figura di Giano bifronte. L'effetto di utilità del rating, nelle variazioni negative, talvolta quasi a ritmo precipitativo, si trasforma in un acceleratore degenerativo che, consapevoli o meno le agenzie, può prestarsi all'incalzare speculativo delle crisi finanziarie.

Come si è avuto modo di verificare nel corso della presente trattazione, i principali rimedi approntati dagli Stati in risposta alle crisi sono stati di livello comunque sovranazionale, nella consapevolezza, non erronea, che dalle crisi globali occorra proteggersi con interventi comuni[120], anche al fine di prevenirne di nuove o di esser in grado di sostenerne il peso e gli effetti.

Nondimeno, ciò è avvenuto all'interno di un quadro politico mutevole, in cui accanto agli strumenti di apertura sovranazionale si affiancano politiche di protezione di interessi nazionali, caratterizzate da micro-interventi economico-finanziari, spesso dalla dubbia efficacia. Un paradosso che, se possibile, ha finito, da un lato, per rendere evidenti le difficoltà dei singoli stati e, dall'altro, ha incentivato poi il ricorso a soluzioni di portata internazionale, se non planetaria.

Nel percorso ondulatorio segnato dal continuo confronto tra Stati e mercati, tra interessi nazionali e quelli delle imprese globali, più simile alla linea disegnata da un pendolo che ad una retta dalla direzione definita, per la valutazione complessiva dei profili asimmetrici tra potere del *rating* e degli stati nell'ambito dei mercati finanziari, per il finanziamento delle proprie politiche pubbliche, le considerazioni appena svolte costituiscono la chiave ermeneutica per valutare misure e interventi introdotti, per prevenire e per affrontare i periodi di crisi.

Un elemento positivo, delineatosi con maggior vigore in sede europea, è certamente individuabile nella nuova architettura istituzionale di vigilanza bancaria e nell'adozione di regole, peraltro in continuo aggiornamento, di vigilanza macroprudenziale, oltre che di strumenti di *stress test* degli istituti bancari, in un'ottica di costante tutela degli investitori e dei risparmiatori.

Il ruolo centrale assunto dalla Banca centrale europea, non solo in tale direzione di coordinamento, ma anche nel varcare la frontiera della funzione di mantenimento della stabilità dei prezzi nell'Eurozona, verso l'adozione di politiche di *quantitative easing*, risultate molto efficaci.

---

[119] L'espressione si deve a Mario Draghi, nel 2020, ma chiarito in un intervento all'Accademia dei Lincei nel luglio 2021.

[120] Lo chiariscono S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2014, 65 ss.

Un'efficacia riscontrata, in termini certamente non irrilevanti, anche rispetto all'azione di dimostrazione di fiducia da parte dei mercati, che ha posto la BCE quale scudo alle difficoltà degli stati e di cui le agenzie di *rating* hanno tenuto e tendono a tenere conto.

Efficace pare essere la previsione di meccanismi di stabilizzazione finanziaria e di assistenza agli stati in difficoltà, su tutti il MES, al quale, infatti, il *rating* attribuito continua ad essere di livello elevato. Peraltro, com'è stato accuratamente evidenziato, l'istituzione stabile di organismi permanenti come il MES costituisce, per l'UE, un processo capace di segnare una "svolta costituzionale", mediante la previsione, per la prima volta, di un Fondo, posto a sostegno dello stato membro in difficoltà e dunque di una comunità di cittadini con la quale non si condividano solo vantaggi dell'integrazione, ma anche i rischi[121].

Rimangono aperte, tuttavia, alcune questioni.

In primo luogo, l'entità delle risorse finanziarie che costituiscono il capitale autorizzato per il MES pone dei dubbi circa l'effettiva capacità degli strumenti ivi previsti di svolgere appieno la funzione a cui sono preposti, nell'ipotesi di crisi debitorie statali di portata e raggio pari o superiore a quella a cavallo tra i primi decenni del 2000[122]. Ulteriori dubbi sorgono rispetto alla carenza di istituti di *accountability* del MES. Senza ripetere quanto già sottolineato nel corso della disamina, l'assenza di strutturate forme di consultazione, l'iter decisionale previsto, la mancanza di strumenti di controllo adeguati da parte del Parlamento europeo, rendono lo strumento soggetto ad ulteriori riflessioni in termini di democraticità della *governance* dell'organismo e rispetto del principio di trasparenza, fondamentale nell'esercizio della funzione amministrativa e, in generale, chiamato a contrassegnare l'azione dei pubblici poteri.

Inoltre, anche rispetto alla nuova disciplina in termini di riduzione dell'indebitamento degli stati UE, dettata dalla riforma del Patto di stabilità e crescita, pur riconoscendo la bontà degli obiettivi, rimane sullo sfondo il rischio che, in una competizione tra stati nel gioco globale dell'economia, si finisca per avvantaggiare unicamente gli stati già virtuosi, con un *rating* elevato e debiti sovrani sotto controllo. *Rating* il cui peso, va chiarito, è certamente ridotto in presenza di regole che comportino l'impossibilità di finanziare a deficit ogni tipologia di spesa pubblica strutturale.

In un contesto di integrazione sovranazionale, di globalizzazione economica e giuridica, specie all'interno di unioni monetarie tra Stati, la stabilità finanziaria può giocare un ruolo determinante, fino ad assurgere a bene pubblico[123], oggetto di specifica tutela. Se da una parte, quindi, gli stati che fanno parte di tali unioni hanno il diritto (e il dovere) di pretendere il rigore dai conti pubblici, dall'altra, come accaduto per il MES, la tutela complessiva più efficace impone che vi siano, oltre a misure di rigore, anche interventi di condivisione dei rischi.

È così, invero, che con l'indebitamento comune, durante la crisi pandemica, le istituzioni UE hanno offerto una risposta nel presente – rispetto alla contingenza della crisi – e per il futuro, con il programma NGEU.

Ciò porta a ritenere che in un rapporto di interdipendenza tra Stati e mercati, nei quali l'influenza delle agenzie di *rating* è tuttora forte, seppur meno che in passato, gli interventi più efficaci siano quelli che coniughino i due aspetti citati e che possano immaginare non solo verifiche contabili attente e puntuali, ma anche forme di debito comune, non per finanziare politiche di spesa ormai insostenibili, ma per sostenere le difficoltà di ciascuno e la crescita economica comune, secondo un maggiore coordinamento della politica economica tra gli stati.

---

[121] Cfr., sul punto, G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea, cit., 421-422.*

[122] Aspetto colto già immediatamente dopo l'istituzione del MES da G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea,* cit*.,* 401 ss.

[123] G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea,* cit*.,* 420 ss.; nonché ID, *The Two Ways of Global Governance after the Financial Crisis: Multilateralism versus Cooperation among Governments*, in «International Journal of Constitutional Law», vol. 9, n. 2, 2011, 310 ss.

Diversamente, ancora oggi, non è da escludersi che le speculazioni finanziarie non possano tornare a colpire gli Stati più fragili, con conseguenze nefaste, non solo nell'ambito dell'Eurozona.

Quanto appena affermato, naturalmente, non può, in conclusione, non essere contestualizzato rispetto alle spinte politiche e sociali che determinano il cuore della politica nazionale ed europea e sono capaci di segnarne il passo, i confini e i momenti di rottura, soprattutto in prospettiva. Il sistema dell'indebitamento pubblico, infatti, è paragonabile all'albero degli zecchini d'oro della fiaba di Pinocchio, situato presso il campo dei miracoli descritto dai personaggi del Gatto e della Volpe. Il racconto fantasioso offerto a Pinocchio vuole che la miracolosa natura del terreno sia in grado di determinare, in brevissimo tempo, un albero capace di fruttare monete in quantità, senza fine. Scoperto l'inganno, ciò che resta è solo un mucchio di terra. Oltre la metafora, l'opposizione politica e sociale a fare a meno dell'indebitamento pubblico per realizzare ogni sorta di politica e pratica, per sollecitare facili arricchimenti o variegate prebende, quale motore immateriale di ricchezza, potrebbe essere in grado di scardinare le politiche frugali europee o di mettere in discussione financo l'istituzione che le propugna. In un tale scenario, la debolezza dell'integrazione europea, politica e finanziaria, rischierebbe ancora una volta di dar la stura, per il tramite del deprezzamento del rating, a conseguenze nefaste per gli Stati e per le comunità. Perché l'organismo regga ad ogni forma virale futura occorre, allora, che vi sia uno sviluppo immunitario efficace, costante, non improntato solo al rigore, ma alla sussidiarietà e all'integrazione politica comune.

GIANLUCA BUTTARELLI

LA CONCORRENZA TRA STATI E *BIG TECH* NELL'ESERCIZIO DELLA SOVRANITÁ: IL CASO META

SOMMARIO: 1. La struttura transnazionale dei mercati digitali e la natura dei poteri privati. – 2. La normatività delle regole private negli ambienti digitali. – 3. Tutto accade nella piattaforma: sanzioni, reclami e «tribunali» privati. – 4. Santi Romano a *Menlo Park*? La pluralità degli ordinamenti giuridici nell'epoca delle strategie di reputazione aziendale. – 5. L'intervento pubblico nei mercati digitali: modelli giuridici a confronto. – 5.1. Il tecno-liberismo americano. – 5.2. L'approccio regolatorio europeo. – 5.3. Il controllo burocratico in Cina. – 6. Tre ragioni per una (possibile e necessaria) convivenza tra regole pubbliche e private negli spazi digitali.

1. *La struttura transnazionale dei mercati digitali e la natura dei poteri privati*. – Negli ultimi due decenni si è assistito ad un fenomeno di progressiva centralizzazione delle interazioni *online* in diversi settori di mercato, con il consolidamento economico di un ristretto numero di società digitali[1]. Il modello della piattaforma digitale si fonda, nella sua essenza, sulla ristrutturazione e ridefinizione delle funzioni di intermediazione, dalle quali è dipeso sin qui un profondo riassestamento dei fattori produttivi nell'intera economia globale[2].

Attraverso la facilitazione del processo economico di scambio, le società tecnologiche hanno creato un cruciale fattore di immediatezza nel rapporto tra utenti nei diversi lati del mercato, raccogliendo e aggregando in modo efficiente le informazioni, riducendone i costi di ricerca e di gestione. Esse hanno inoltre stabilito un fondamentale rapporto reputazionale e di fiducia con i consumatori, su cui si basa buona parte dell'odierno successo commerciale di tali infrastrutture digitali. Le piattaforme consentono quindi a diverse tipologie di operatori del mercato (consumatori, produttori, venditori, ecc.) di beneficiare dei rispettivi vantaggi economici conseguenti all'attività di disintermediazione *online*.

L'elemento cruciale di tale sistema è insito nel processo di valorizzazione dei dati circolanti nella piattaforma, che è funzionale ad una profilazione degli utenti per l'estrazione di informazioni ad alto valore commerciale, come ad esempio le preferenze di consumo e la disponibilità a pagare.

Facilitate dal cospicuo numero di utenti su scala globale, le piattaforme digitali usufruiscono di imponenti economie di scala che consentono, sotto un profilo di efficienza produttiva, la loro espansione anche in mercati contigui o complementari[3]. Rendimenti di scala crescenti, uniti ad economie di varietà e al funzionamento di rilevanti esternalità di rete, hanno condotto quindi ad un (inevitabile) aumento del livello di concentrazione nei mercati, favorendo posizioni di sostanziale monopolio.

La presenza combinata di significative barriere all'ingresso e all'espansione di potenziali concorrenti, unita alla scarsa propensione al cambiamento delle scelte di consumo degli utenti, rende di fatto le posizioni di mercato difficilmente contendibili, azzerando le possibilità di dinamiche competitive nei mercati digitali[4].

---

[1] Per una disamina dell'evoluzione tecnologica e dei nuovi modelli di mercato, si cfr. P. BELLEFLAMME e M. PEITZ, *The Economics of Platforms. Concepts and Strategy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, 10-40.

[2] Il mercato dei servizi digitali non costituisce infatti uno specifico settore dell'economia, ma piuttosto una nuova modalità di interazione economica e sociale che interseca trasversalmente una moltitudine di settori commerciali e industriali. Sulle implicazioni della *platform economy* per il riassetto dei fattori della produzione si v., *ex multis*, F. CHIRICO e A MANGANELLI, *Mercati e servizi digitali*, in *Economia e diritto della regolazione*, a cura di C. Cambini, A. Manganelli, G. Napolitano e A. Nicita, Bologna, il Mulino, 2024, 359 ss.

[3] F. PASQUALE, *Two Narratives of Platform Capitalism*, in 25 *Yale Law & Policy Review* (2016), 309 ss.

[4] Si cfr. J. KRÄMER e D. SCHNURR, *Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies*, in 18 *Journal of Competition Law and Economics* (2021), 255 ss.

Se dunque il *core business* si basa sull'estrazione di valore dai dati, l'aspetto fondamentale dell'economia delle piattaforme risiede tuttavia nella gestione esclusiva di tale potere informativo e nella relativa capacità di elaborazione algoritmica.

L'internalizzazione e lo sfruttamento esclusivo delle rendite informative degli utenti conducono infatti alla creazione di enormi ecosistemi di dati chiusi che alimentano a loro volta le posizioni di supremazia nel mercato già esistenti[5].

In tale elemento risiede forse più il tratto più significativo e peculiare dell'intera economia delle piattaforme: la posizione monopolista induce gli utenti a limitare la propria libertà di fruizione ai servizi digitali offerti all'interno della piattaforma dominante, con il risultato di una notevole massificazione e uniformazione delle scelte di consumo, secondo un grado che non conosce precedenti nella storia economica e industriale recente[6].

In tale contesto, l'opzione di uscita del singolo utente dal sistema offerto dalla piattaforma monopolista appare sempre meno probabile; non solo a causa delle rilevanti esternalità di rete, ma anche in virtù dei costi-opportunità che una rinuncia ai rilevanti benefici che la piattaforma offre significherebbe in termini di perdita di efficienza nel consumo.

Tale processo finisce però con l'instaurare nell'utente un meccanismo di progressiva identificazione della piattaforma monopolista con l'intero mercato di riferimento[7].

L'internalizzazione delle preferenze di consumo presso un unico operatore economico, e il loro sfruttamento esclusivo, contraddicono una delle caratteristiche principali dei mercati concorrenziali: il decentramento delle informazioni e, soprattutto, la loro libera accessibilità da parte di tutti gli operatori. Quest'ultimi aspetti sono infatti condizioni imprescindibili per una paritaria dispersione del potere economico nel mercato di riferimento[8].

Al contrario, la realtà empirica dei mercati digitali pone in evidenza il perfezionamento di un meccanismo istituzionale di sostituzione e di immedesimazione della funzione sociale del mercato da parte delle piattaforme monopoliste.

Le considerazioni sin qui esposte restituiscono l'immagine del potere digitale quale dominio di incerta qualificazione, con plurime ed articolate ramificazioni nel contesto economico e sociale[9]. Quanto alle sue concrete forme di manifestazione, queste appaiono talvolta di difficile identificazione, caratterizzate da opacità ed ambiguità dei loro effetti, e da una scarsa intellegibilità del complesso reticolo di cause ed effetti che governano le interazioni nel contesto digitale.

Diversi ordini di ragioni sembrano giustificare questi assunti. Anzitutto, sotto il profilo della sua visibilità o riconoscibilità, il potere digitale possiede una fenomenologia sensibilmente

---

[5] C. ALAIMO e J. KALLINIKOS, *Data Rules: Reinventing the Market Economy*, Cambridge, MA, The MIT Press, 2024.

[6] Sulle relazioni storiche tra le concentrazioni di potere economico e le condizioni di salute democratica degli ordinamenti giuridici occidentali si rimanda all'attento saggio di T.WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, Bologna, il Mulino, 2021, in particolare i cap. 2 e 3.

[7] La piattaforma dominante tende a collocare i propri utenti in una sorta di mercato secondario dell'informazione in cui questi ultimi sono indotti ad esprimere le proprie preferenze di consumo nei limiti decisi dalla piattaforma, che a sua volta preseleziona le offerte sulla base delle informazioni disponibili. In questo senso la piattaforma svolge un essenziale ruolo di filtro e di controllo all'accesso ai mercati digitali secondo una funzione c.d. di *gatekeeping*, da cui discende la possibilità di applicare condizioni e pratiche commerciali abusive. Sulla nozione di *gatekeeper* si fonda l'intero funzionamento del *Digital Services Market* (art. 3, par. 1, 2), su cui *infra* par. 5.2.

[8] Il riferimento è al noto lavoro di F.A. HAYEK, *The Use of Knowledge in Society*, in 35 *The American Economic Review* (1945), 519 ss. Su posizioni più scettiche V. ZENO ZENCOVICH, *Do Data Markets Exist?,* in *MediaLaws – Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, 2019, 22 ss. per il quale i dati rappresentano una risorsa contraddistinta dalla non rivalità e non escludibilità dal consumo, il cui volume è in costante aumento; elementi che revocherebbero in dubbio l'utilizzo di alcuni tradizionali strumenti *antitrust*.

[9] O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Enc. dir. – Tematici. Potere e Costituzione*, 2023, 410 ss. L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, 2024, 1, 16-18.

diversa da quella assunta dagli altri poteri tradizionali[10]. Si tratta infatti di un potere che si esprime in prevalenza nella dimensione del fatto piuttosto che in quella del diritto, e di un dominio che si autogiustifica in virtù di un codice algoritmico anziché di una regola normativa.

Inoltre, il potere digitale non promana in apparenza da una fonte o da autorità formale riconosciuta, e perciò tendenzialmente non è tenuto a seguire un procedimento prestabilito per la sua esternazione, al contrario, ad esempio, del potere pubblico che necessita di particolari liturgie per garantire la sua legittimità giuridica ed accettabilità sociale[11].

In questo senso, la virtualità e l'immediatezza degli scambi *online* amplificano la percezione di un'apparente semplificazione dei rapporti economici e giuridici all'interno delle piattaforme.

La stessa circostanza per cui, in genere, i servizi digitali sono offerti gratuitamente o dietro un corrispettivo spesso irrisorio rispetto all'utilità che ne deriva, giustifica in prima approssimazione l'idea per cui l'offerta di beni immateriali in rete comporti in ogni caso un effettivo aumento del benessere del consumatore, mentre i pregiudizi per l'utente sarebbero trascurabili o inesistenti[12].

Tuttavia, è proprio nella contropartita dello scambio economico, e cioè nel consenso al riutilizzo dei dati personali dell'utente, che si annida il fulcro dell'asimmetria informativa e il primo fondamentale aspetto di scarsa trasparenza del modello economico delle piattaforme digitali. Ciò comporta generalmente una limitata conoscenza da parte degli utenti dei modi in cui i dati sono processati dalla piattaforma[13].

Dal controllo e dalla gestione centralizzata dei dati discende una notevole capacità di profilazione dei consumatori che rende possibile un'accentuata logica di personalizzazione dell'offerta di servizi digitali. Di qui l'ulteriore caratteristica per cui il potere digitale tende ad atteggiarsi con modalità persuasive piuttosto che coercitive, cioè con finalità seduttive rispetto alla propensione al consumo degli utenti, diametralmente opposte all'attitudine al divieto e all'imposizione tipiche del potere pubblico[14].

---

[10] Qui intesi nella duplice accezione di potere economico (*rectius*: monopolistico di mercato) e potere razionale-legale, che consegue in virtù dell'autorità del comando stabilito dalla legge, su cui W. WEBER, *Economia e società*, II, Milano, Edizioni di Comunità, 1974, 250-251. Sui poteri invisibili (allora di altro genere) aveva già attirato l'attenzione N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, Torino, Einaudi, 2011, «non si capisce nulla del nostro sistema di potere se non si è disposti ad ammettere che al di sotto del governo visibile c'è […] un potere invisibile che agisce accanto a quello dello Stato, insieme dentro e contro, sotto certi aspetti concorrente sotto altri connivente». Più di recente, sul tema, S. CASSESE, *Le strutture del potere*, Roma-Bari, Laterza, 2023. Sulle «autorità di fatto» nel diritto privato, e sulle riflessioni del potere regolamentare dell'imprenditore che solo in apparenza è subordinato dal consenso contrattuale del consumatore, si v. il fondamentale lavoro di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977, in particolare 63 ss.

[11] Si cfr. M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Torino, Einaudi 1977, 181 «il discorso e la tecnica del diritto hanno avuto essenzialmente la funzione di dissolvere all'interno del potere il fatto della dominazione per far apparire al suo posto due cose: da una parte, i diritti legittimi della sovranità e, dall'altra, l'obbligazione legale all'obbedienza».

[12] Si cfr., *ex multis*, J. M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in 164 *University of Pennsylvania Law Review* (2015), 148 ss.

[13] Non solo gli utenti ma talvolta gli stessi investitori non ricevono un'informazione societaria adeguata sul modello di *business* perseguito dalla piattaforma. Nel 2018 una *class* action di azionisti di *Facebook* ha intentato una causa per frode finanziaria in relazione alla violazione di alcune disposizioni del *Security Exchange Act* che impongono alle società quotate in borsa di rivelare i loro rischi aziendali. Nella fattispecie, *Facebook* avrebbe occultato le informazioni sulla violazione di dati che ha coinvolto nel 2016 la società di consulenza politica *Cambridge Analytica*. Sulla ridotta conoscibilità della logica algoritmica, *ex multis*, il fondamentale testo di F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambrdige, Harvard University Press, 2015. Che il segreto si annidi «nel nucleo più interno del potere» è d'altronde il portato più ovvio dell'intera concezione di potere nella società. Sul punto le bellissime pagine di E. CANETTI, *Massa e potere*, Milano, Adelphi, 2012, 339-361.

[14] Sul punto, ampiamente, M. R. FERRARESE, *Poteri nuovi: privati, penetranti*, *opachi*, Bologna, il Mulino, 2022, 140 ss. Sulla visione limitativa del potere connessa al solo carattere repressivo-sanzionatorio della legge già M. FOUCAULT, *Il discorso, la storia, la verità. Interventi 1969-1984*, Torino, Einaudi, 2001, p. 179 «il potere […] non pesa solo come una potenza che dice no, ma [...] produce delle cose, induce del piacere, forma del sapere, produce discorsi; bisogna considerarlo come una rete produttiva che passa attraverso tutto il corpo sociale, molto più che come un'istanza negativa che avrebbe per funzione reprimere».

Per altro versante, la stessa latitudine del potere economico delle piattaforme monopoliste assume incerte connotazioni ed è in rapida estensione, ben al di là dei confini propri dei mercati dei servizi digitali.

Da un lato, va segnalata la tendenza delle società tecnologiche dominanti di operare non solo per il tramite del livello applicativo della rete più prossimo all'utente finale, ma piuttosto di agire quale entità economica unitaria in grado di gestire e controllare anche gli ulteriori livelli dell'infrastruttura e della *governance* di *internet*.

Le strategie di conservazione e di utilizzo esclusivo dei dati mostrano infatti la tendenza a porsi quale ecosistema digitale chiuso e autoreferenziale, nel cui ambito è imposta l'applicazione dei processi e dei protocolli tecnici stabiliti dalle piattaforme stesse. Queste ultime sempre più spesso, poi, assumono funzioni assimilabili a quelle svolte dalle tradizionali infrastrutture a rete[15].

Ne discende l'ulteriore capacità sviluppata dalle piattaforme dominanti di esercitare il proprio potere economico, anche in un'ottica geopolitica, attraverso la gestione degli impianti fisici che rendono possibile l'interconnessione delle reti su scala globale[16].

Le preoccupazioni derivanti dai pregiudizi per gli utenti e dalle distorsioni alla concorrenza nei mercati digitali costringono spesso a confinare la maggior parte delle riflessioni all'esame dei singoli aspetti strutturali o comportamentali delle piattaforme monopoliste nell'attività di erogazione dei servizi digitali.

A ben vedere, però, a dispetto del carattere virtuale delle interazioni, l'essenza del potere economico delle società tecnologiche affonda le radici in un consolidato collegamento territoriale con le strutture fisiche che ne garantiscono il funzionamento.

In questo senso, la genealogia del potere digitale assume carattere concreto e tangibile, oltre l'immaginario dell'automazione algoritmica, rilevandone anche la dipendenza da sistemi globali di estrazione e di sfruttamento intensivo delle risorse naturali, contraddistinti da un forte impatto ambientale ed energetico[17].

---

[15] Il tema richiama il recente dibattito formatosi intorno all'estensione dei principi *antitrust* in tema di *essential facilities* al contesto dei mercati dei servizi digitali, principalmente in relazione alla funzione di *gatekeeping* svolta dalle grandi piattaforme. Sul punto, per un'esaustiva disamina delle principali argomentazioni a sostegno di tale teoria si rimanda a N. GUGGENBERGER, *The Essential Facilities Doctrine in the Digital Economy: Dispelling Persistent Myths*, in 23*Yale Journal of Law & Technology* (2021), 303 ss. Più di recente, in Italia, vi è chi ha proposto una sostanziale assimilazione dell'attività delle piattaforme digitali ai servizi di pubblica utilità, ai fini dell'applicabilità di un regime amministrativo ispirato ai criteri del servizio pubblico (in proposito, E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giur. cost.*, 2023, 1, in particolare 467-474). La tesi, seppur suggestiva, non sembra convincere. Anzitutto, manca il presupposto di una situazione di monopolio legale, derivante da diritti speciali o di esclusiva, che giustifichi una liberalizzazione dei mercati ed una regolazione proconcorrenziale delle infrastrutture essenziali. Al contrario, come argomentato nel testo, la tendenza monopolistica dei mercati digitali è dovuta principalmente all'operare di imponenti economie di scala e di rete, oltre agli effetti escludenti delle varie catture informative esclusive dei dati e delle preferenze di consumo degli utenti. Anche l'esigenza di una fornitura universale del servizio difetterebbe nei mercati digitali, connotati all'opposto da una non comune pervasività dell'offerta dei servizi telematici su scala globale. Mentre appare chiaro, per altro verso, che la condizione di monopolio l'eventuale accertamento del carattere essenziale di un'infrastruttura critica per gli altri operatori del mercato non conducono necessariamente ad un giudizio di essenzialità del servizio anche per gli utenti/consumatori. Sul punto si cfr. A. MANGANELLI, A. NICITA e G. COLANGELO, *Art. 102 TFUE*, in *Codice della concorrenza*, a cura di F. Arena e R. Chieppa, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, 45 ss.

[16] Centrale sul punto è l'estensione della prospettiva di indagine anche alla struttura proprietaria e alla gestione delle infrastrutture fisiche c.d. abilitanti (per esempio, *data center*). Secondo un rapporto redatto nel 2023 dal sito *TeleGeography* nel mondo ci sono circa 486 cavi sottomarini in fibra ottica, all'interno dei quali transita approssimativamente il 95 per cento dei dati digitali scambiati a livello globale. Le stime riportano che circa il 70 per cento dell'intera rete sia oggi controllato, direttamente o indirettamente, dai cinque principali attori del settore tecnologico (c.d. GAFAM).

[17] Si veda in proposito il fondamentale lavoro di K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Bologna, il Mulino, 2022, in particolare 249-254. Il tema del consumo energetico e dell'impatto climatico delle attività delle *Big Tech* è di costante attualità nel recente dibattito pubblico. Lo *United Nations Environment Programme* (UNEP) ha stimato nel 2022 che circa il 2-3 per cento delle emissioni globali di gas ad effetto serra sarebbero ascrivibili ad attività strumentali al funzionamento dell'economia digitale. Il dato è con ogni probabilità destinato ad una progressiva crescita, considerati i massicci investimenti sulla capacità computazionale dell'intelligenza artificiale degli ultimi anni. Le stime sull'impiego di

La comprensione dell'esatta dimensione del collegamento delle società tecnologiche con il territorio rimane tuttavia uno degli aspetti più controversi del rapporto tra queste ultime e i poteri pubblici.

Sin qui il dato empirico dimostra la tendenza delle piattaforme digitali ad escludere o minimizzare ogni collegamento stabile con un luogo fisico, spesso con la finalità di precludere l'applicazione della normativa nazionale di settore, ovvero di eludere forme di imposizione fiscale.

L'operatività trasversale delle attività delle piattaforme in una pluralità di territori nazionali non incide poi, di per sé, sulla necessità di un'offerta diversificata di servizi digitali. Quest'ultima, appunto, non muta in ragione delle differenti caratteristiche degli ordinamenti giuridici considerati. Nei limiti in cui ciò risulti funzionale al modello di *business* societario, le piattaforme digitali erogano infatti i propri servizi con modalità uniformi e indistinte per la generalità dei contesti territoriali e giuridici in cui operano a livello globale.

La plastica manifestazione del potere economico delle multinazionali tecnologiche risiede allora nella capacità di imporre un regime transnazionale di regole private che disciplini i rapporti giuridici all'interno della piattaforma, sfidando così i limiti applicativi e le difficoltà del potere conformativo della regolazione pubblica negli ambienti digitali.

Il vincolo territoriale cui è soggetto l'esercizio dei poteri sovrani degli Stati è l'elemento che con maggiore efficacia evidenzia l'asimmetria esistente tra la diversa estensione e sfera di influenza dei poteri pubblici e privati nel mondo digitale.

Tuttavia, i pur ridotti confini di validità della regolazione pubblica non rappresentano di per sé un ostacolo ad una sua applicabilità nei contesti digitali, come dimostrano ad esempio i recenti casi di extra-territorialità delle norme nel contesto europeo[18]. Piuttosto, è necessario interrogarsi su quali siano gli strumenti giuridici più opportuni a disposizione dei pubblici poteri per incidere nello spazio virtuale al fine di orientare le condotte dei prestatori dei servizi *online* e controbilanciarne il potere economico[19].

Un comune malinteso nella recente riflessione su queste tematiche è stato quello di considerare le piattaforme digitali come un'unica categoria uniforme, avente caratteristiche omogenee. Anche se accomunate da alcune generali proprietà inerenti alla loro struttura economica[20], le piattaforme conducono attività commerciali eterogenee e forniscono un'ampia gamma di servizi digitali tra loro diversificati[21].

Esse poi svolgono attività differenti in vari segmenti dei mercati digitali, a cui accedono modelli di *business* distinti. Ciò contribuisce a chiarire che lo stesso riferimento al potere digitale

---

acqua per raffreddare i *data center* fotografano una cronica dipendenza ed un'imponente appropriazione di risorse idriche da parte delle multinazionali tecnologiche, con considerevoli effetti sistemici già percepibili sull'intero approvvigionamento idrico globale, si cfr. i dati pubblicati da D. MYTTON, *Data centre water consumption*, in 11 *npj Cleam Water* (2021), 1-6.

[18] L'esempio paradigmatico riguarda la protezione dei dati personali in ambito europeo, così come disciplinato dall'articolo 3, par. 1 e 2 del Regolamento (UE) 2016/679, su cui ampiamente A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, New York*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 25-66. Più di recente, in relazione ai servizi digitali, l'articolo 2, par. 1 del Regolamento (UE) 2022/2065 prevede, in misura analoga, l'applicazione della normativa europea ai servizi intermediari offerti a destinatari situati nel territorio dell'Unione europea, «indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi». In senso conforme anche l'articolo 1, par. 2 del Regolamento (UE) 2022/1925 relativo alla concorrenza nei mercati digitali. Su questi aspetti si rinvia *infra* al successivo par. 6.

[19] In senso conforme, T. E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023, n. 2, 36-65. Più in generale, la questione non riguarda pertanto l'ammissibilità o meno di un intervento pubblico nell'economia digitale, quanto piuttosto l'esigenza di disporre di istituzioni efficienti, «che diminuiscono, non aumentano, i costi di transizione, che concorrono alla crescita e non ne distorcono i frutti ai propri fini», così G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022, 19.

[20] Sia consentito il rinvio a G. BUTTARELLI, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, n. 1, 116-117.

[21] Si pensi ad esempio ai settori della pubblicità *online*, dei servizi di *marketplace* generici, dei servizi di *browser*, *social media*, o ai servizi di comunicazione, condivisione video, ai servizi di pagamento, etc.

dei monopolisti di mercato non può far capo ad una nozione unitaria, trovando invece intensità e manifestazioni necessariamente diverse in ciascuno dei settori considerati[22].

2. *La normatività delle regole private negli ambienti digitali.* – Anteriormente alle preoccupazioni riguardanti l'assetto monopolistico dei mercati digitali e i pregiudizi per gli utenti, la qualificazione normativa delle piattaforme digitali è stata a lungo confinata al ruolo di semplici intermediari dell'informazione *online*.

Tale aspetto può forse oggi apparire addirittura secondario rispetto al funzionamento dell'economia dei mercati digitali. Eppure, è già nelle originarie scelte normative degli albori dell'impiego commerciale di *internet* che può scorgersi una fondamentale opzione di politica del diritto che per diversi decenni avrebbe poi condizionato il rapporto tra pubblici poteri e società tecnologiche. Tale scelta tutt'ora sopravvive, seppur in coabitazione rispetto ad altri significativi segnali di inversione di rotta.

Dapprima gli Stati Uniti nel 1996 con l'approvazione del *Communications Decency Act*, successivamente l'Unione europea con la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, stabilirono entrambi una sostanziale esenzione della responsabilità civile degli *internet service providers* (ISP) rispetto ai contenuti pubblicati dagli utenti negli spazi digitali[23].

Nei fatti, le disposizioni richiamate gettarono le basi per una più ampia immunità delle piattaforme digitali dalla regolazione pubblica. Entrambe apparivano fondate da un doppio ordine di ragioni: da un lato, l'intento pratico fu quello di non pregiudicare le potenzialità di sviluppo e di consolidamento economico di un mercato nascente, quale era il commercio elettronico; dall'altro lato, l'esigenza fu di evitare che i costi di un eventuale approccio pubblico restrittivo fossero traslati sugli utenti, evitando ad esempio che i *provider* potessero reagire all'introduzione di una regolazione pubblica restringendo, in un'ottica di autotutela, la libertà di espressione *online*[24].

In un senso più ampio, a prevalere in quegli anni fu l'applicazione di un modello di ispirazione neoliberista volto alla completa apertura dei mercati digitali, e funzionale a sottrarre la *governance* di *internet* rispetto ad ogni tentativo di ingerenza statuale[25]. Sebbene ciò, nei fatti, si tradusse nell'estensione su scala globale della sfera di influenza delle allora emergenti società tecnologiche statunitensi.

[22] La regolazione dei servizi digitali o del potere monopolistico digitale si interseca infatti necessariamente con la regolazione dei singoli settori interessati dal processo di digitalizzazione.

[23] La *Section* 230 (c)2 del *Communications Decency Act* sancisce la c.d. clausola del *Good Samaritan* secondo cui deve escludersi ogni responsabilità civile per gli ISP e per gli altri fornitori di servizi di *hosting* che rimuovono o modificano in buona fede i contenuti pubblicati dagli utenti e ritenuti illeciti o inappropriati. Di medesimo tenore gli artt. 12- 14, dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico. Sulle prospettive di riforma della *Section* 230 si v., *ex multis*, l'ampia disamina contenuta in D. K. CITRON, *How to Fix Section 230*, in 103 *Boston University Law Review* (2023), 715 ss., che muove dalla constatazione dell'assenza di adeguati incentivi giuridici ed economici per il contrasto alle forme di abusi *online*, da cui la necessità di una riforma che fissi il contenuto degli obblighi proattivi degli intermediari. Il dibattito pubblico statunitense su questo tema si è recentemente rianimato anche in connessione alla possibilità di un mutamento per via giurisprudenziale dello statuto normativo della responsabilità degli intermediari digitali. Sul punto si cfr. in particolare le sentenze della Corte Suprema *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 U.S. 417 (2023) e *Gonzalez v. Google LLC*, 598 U.S. 617 (2023).

[24] Secondo il funzionamento del principio della c.d. *collateral censorship*. Sul punto, diffusamente, J.M. BALKIN, *Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation*, in *Yale law school*, Public Law Research Paper No. 615, 2017. Lo stesso motivo indusse i legislatori a non allocare in capo agli ISP un obbligo generalizzato di controllo e sorveglianza rispetto ai contenuti pubblicati *online* dagli utenti.

[25] Per una ricostruzione del comune sentimento di sfiducia e di diffidenza delle prime comunità di sviluppatori verso ogni forma di intromissione governativa si v. K. WERBACH, *Digital Tornado: The Internet and Telecommunications Policy, FCC – OSP Working Paper 29*, 1997, a cui deve ascriversi una significativa influenza esercitata all'epoca sugli orientamenti politici dell'amministrazione Clinton in favore di un'emancipazione della gestione dei protocolli tecnici di *internet*.

Nel concreto l'astensione fu dunque per certi aspetti più politica che tecnica, volta a favorire la diffusione di un regime transnazionale di regolamentazione privata dei rapporti tra le piattaforme e gli utenti[26].

Per altro verso, l'inerzia legislativa muoveva anche dalla constatazione di un'inadeguatezza del diritto statale rispetto alla regolazione di fenomeni economici che ne trascendevano i confini territoriali. Ciò richiamava la più ampia ed annosa problematica relativa alla corretta individuazione delle fonti del diritto nel contesto economico della globalizzazione, resa ancor più eterea dalla creazione di nuovi spazi giuridici inesplorati in cui rapporti telematici si intessono in assenza di un preciso contesto o vincolo territoriale e fisico[27].

Ad ogni modo, l'arretramento degli Stati rispetto all'esercizio della potestà normativa, unito alla sostanziale carenza di disposizioni cogenti a livello globale[28], rappresentò, tra gli altri fattori, un fondamentale presupposto per lo sviluppo sistemi di autoregolamentazione degli operatori privati.

La tipologia di regolazione privata si è attuata, nella generalità dei casi, attraverso l'utilizzo di due strumenti essenziali, tra loro complementari: da un lato, la formulazione di regole di natura tecnica volte a definire l'infrastruttura della piattaforma; dall'altro lato, la graduale formazione di una nuova forma di *lex mercatoria* a carattere globale applicabile ai contesti digitali.

Sotto il primo aspetto, la regola tecnica stabilisce le modalità di concreto sviluppo e utilizzo delle funzionalità informatiche della piattaforma, e nel cui ambito sono possibili le interazioni tra utenti. In tal modo si delimitano in via preventiva i confini, le modalità e i termini di impiego delle infrastrutture tecnologiche. Questa prima soluzione è dunque propria di una normatività non espressa, che si avvale del linguaggio tecnico dell'informatica come strumento implicito di regolazione. Ciò solleva il tema, ad esso conseguente, della possibile concorrenza tra regole algoritmiche e regole giuridiche nell'effettiva definizione dei rapporti *online* tra utenti e piattaforme[29].

Lo sviluppo di una *lex mercatoria* ai mercati digitali è, sotto un diverso ambito, il risultato di una progressiva oggettivizzazione e standardizzazione delle interazioni e degli scambi *online*[30]. Questo processo è stato reso possibile dall'applicazione unilaterale di pratiche

---

[26] Sotto la spinta propositiva delle Nazioni Unite, nei primi anni 2000 fu promossa la creazione di un modello di partecipazione multilaterale degli *stakeholders* (si v. in tal senso, l'istituzione del *World Summit on Information Society* o dell'*Internet Governance Forum*), ma la funzione di questi organismi fu fin dall'origine confinata a quella di un *forum* di dialogo, sprovvisto come tale di poteri vincolanti. Per una disamina storica di quella stagione, si cfr. *ex multis* J. GOLDSMITH e T. WU, *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*, Oxford, Oxford University Press, 2006. Anche il successivo tentativo di ricondurre la *governance* delle infrastrutture e dei protocolli di *internet* nell'ambito dei meccanismi intergovernativi tipici della *International Telecommunications Union* (ITU) fallì per l'opposizione tenacemente manifestata dagli Stati Uniti e dalle altre nazioni occidentali (si v. al riguardo la proposta di adozione delle *International Telecommunication Regulations* (ITRs), avanzata da 89 Stati, tra cui Cina e Russia, nell'ambito della Conferenza di Dubai del 2012, quale strumento vincolante di regolazione internazionale dei protocolli di *internet*.

[27] Di «nuovi poteri sovrani» parla A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in *Diritti e libertà in Internet*, a cura di T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa e M. Bassini, Milano, Mondadori, 2017, 19-22, da cui origina la necessità di una nuova forma di costituzionalismo. Su come la globalizzazione influenzi la distinzione tra pubblico e privato, S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, il Mulino, 2013, 34-40. Per un'approfondita riflessione sui rapporti tra territorialità del diritto e globalizzazione economica si rinvia a G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Riv. AIC*, 2017, n. 3, in particolare 15-17.

[28] E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. pubbl.,* 2023, n. 1, 285 ss.

[29] Tra i primi studi, a cui si deve peraltro l'utilizzo della celebre espressione *code is law* si v. L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999. Per l'espressione *lex informatica* e relativa teorizzazione si rinvia a J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in 76 *Texas Law Review* (1998), 553 ss. Per G.L. CONTI, *Contratto sociale e* groundnorm *al tempo degli unicorni*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2022, n. 1, 78-79, la dimensione costituzionale della rete risiede nei protocolli informatici che ne consentono il funzionamento: «la *groundnorm* esist[e] effettivamente perché la rete è un ordinamento giuridico che si sviluppa a partire da una serie di codici».

[30] Fondametale sul punto F. GALGANO, *The New Lex Mercatoria*, in 2 *Annual Survey of International & Comparative Law* (1995), 99-110.

contrattuali uniformi[31], che riflettono a loro volta l'assetto dei rapporti di forza tra gli utenti e le società monopoliste nelle rispettive relazioni digitali.

L'accesso e l'utilizzo dei servizi offerti dalle piattaforme è infatti dettagliatamente disciplinato da regolamenti contrattuali.

Da un punto di vista formale, la composizione giuridica dei rapporti tra i diversi soggetti del mercato si sviluppa nell'ambito dell'ordinaria capacità ed autonomia contrattuale delle parti. Il principale strumento normativo dell'autoregolamentazione è costituito dalle condizioni e dai termini di servizio, cioè dal documento che stabilisce la disciplina del rapporto contrattuale tra la piattaforma e gli utenti, oltre alle modalità generali di erogazione dei contenuti digitali. L'esame dettagliato del contenuto degli *standard* di servizio delle maggiori piattaforme presenti sul mercato rivela tuttavia che la quasi totalità di essi contiene regolamenti fortemente asimmetrici dei rapporti contrattuali[32].

L'idealtipo di norma si esplica infatti attraverso l'imposizione di una serie di obblighi o limitazioni per l'utente, a cui fa da corrispettivo la previsione di un numero consistente di facoltà, poteri ed autorizzazioni «in bianco» per la piattaforma[33].

Tali condizioni non paiono suscettibili di miglioramento allo stato attuale, ove si consideri l'impossibilità pratica per l'utente di ottenere, tramite contrattazione, delle modifiche personalizzate alle condizioni generali di contratto[34].

Ciò, tuttavia, non può indurre a ritenere che l'autonomia privata, anche nei contesti digitali, sia da considerarsi illimitata o insindacabile, essendo sottoposta all'osservanza delle norme imperative e degli altri limiti che la legge impone all'autonomia contrattuale[35].

Le modalità con cui le piattaforme sfidano le regole poste dall'ordinamento vanno infatti al di là dell'antigiuridicità o contrarietà alla legge, ma piuttosto si servono di azioni più elusive che si basano sulla combinazione del potere economico di mercato e di quello contrattuale, oltre al dominio di fatto in ambito tecnologico.

Allo stesso tempo occorre anche evidenziare, in una visione pragmatica delle interazioni quotidiane in rete, che la posizione di subalternità dell'utente e la constatazione del carattere

---

[31] Sulle insidie ed opportunità di una personalizzazione algoritmica dei contratti di consumo si v. A. DAVOLA e R. PARDOLESI, *All'inferno e ritorno (con nuove insidie?). Standardizzazione e personalizzazione dei contratti dei consumatori*, in *Mer. con. reg.*, 2022, n. 3, 621 ss. Sulla circostanza per cui le *standard forms* contrattuali nei contratti di consumo non indichino di per sé uno strapotere contrattuale, quanto piuttosto l'asimmetria informativa e il grado di dipendenza economica, già in modo convincente F. KESSLER, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract Role of Compulsion in Economic Tranactions*, in 43 *Columbia Law Review* (1943), 629 ss.

[32] G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enc. dir. – Tematici. Potere e Costituzione*, 2023, 1008-1031.

[33] Per un inquadramento dell'asimmetria informativa e dello squilibrio contrattuale nei rapporti digitali piattaforma/utente, si cfr. R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri private e concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 3, 941 ss.

[34] Le condizioni contrattuali del servizio sono generalmente imposte dalle piattaforme sulla base della logica *take it or leave it*, per cui in questi casi all'utente residua una mera scelta tra l'accettazione passiva del loro contenuto o la rinuncia ad usufruire del servizio digitale o di alcune sue fondamentali funzionalità. In tempi recenti ha preso corpo uno strumento alternativo per ridurre le asimmetrie di potere contrattuale attraverso l'impiego dei c.d. *data trust*, che prevedono una gestione collettiva e in forma fiduciaria dei dati degli utenti. Questi ultimi possono infatti conferire i diritti di gestione dei propri dati personali ad un operatore qualificato (*trustee*), con il compito, ad esempio, di valorizzarne l'impiego ai fini di una monetizzazione o di una modifica in senso migliorativo delle clausole contrattuali e delle modalità di gestione dei dati da parte della piattaforma. Su questo tema, per un'ampia disamina, si cfr. K.A. HOUSER e J.W. BAGBY, *The Data Trust Solution to Data Sharing Problems*, in 25 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* (2023), 3, in particolare 119-136. Per un'analisi del panorama europeo, F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contr., imp. Eur.*, 2021, n. 1, 199 ss. In questo contesto, il recente Regolamento (UE) 2023/2854 (c.d. *Data Act*), applicabile a partire da settembre 2025, promuove la creazione di un mercato unico dei dati attraverso l'incentivazione delle pratiche di trasferimento e riutilizzo, imponendo ad esempio un obbligo per le piattaforme di rendere accessibili i dati del prodotto o servizio digitale correlato (art. 3), stabilendo quindi il diritto dell'utente di condividere tali dati con terzi parti commerciali (art. 5), con l'obiettivo di ridurre lo sfruttamento degli squilibri contrattuali che ostacolano l'accesso equo ai dati e il loro utilizzo (si cfr. considerando 2, 5 e 58 del Regolamento).

[35] In questo senso, G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. impr.*, 2022, n. 3, 721 ss.

ormai essenziale di alcuni servizi digitali conducono ad un'accettazione forzata e acritica del lungo elenco di condizioni e autorizzazioni che precedono la possibilità di usufruire del servizio digitale[36].

3. *Tutto accade nella piattaforma: sanzioni, reclami e «tribunali» privati.* – Le società tecnologiche hanno sviluppato nel tempo una tendenza a regolare ogni aspetto riguardante le attività degli utenti negli spazi digitali. Ciò include anche le questioni relative all'attuazione delle condizioni contrattuali e alla previsione di provvedimenti di tipo sanzionatorio nei casi di inosservanza da parte degli utenti.

In questo senso, le piattaforme dimostrano una preferenza esclusiva per l'utilizzo di strumenti di autotutela di tipo civilistico per l'accertamento e la repressione delle condotte illecite o indesiderate, a discapito del ricorso alle ordinarie procedure giurisdizionali offerte dagli ordinamenti giuridici in cui esse operano[37].

Le attività di applicazione e di ripristino degli *standard* contrattuali assumono forme ed intensità diverse[38]. Esse variano dal monitoraggio generalizzato delle interazioni sulla piattaforma al controllo specifico di determinate attività sensibili o di particolare rilevanza economica; dalla decisione di limitare l'operatività dell'utente precludendogli l'utilizzo di determinate funzionalità, fino a quella di escluderlo definitivamente dalla piattaforma[39].

---

[36] Sovente, poi, tale accettazione avviene in un contesto di ridotta consapevolezza o conoscenza del contenuto del regolamento contrattuale e del relativo squilibrio. Sul punto, più diffusamente, R. VAN LOO, *The new gatekeepers: private firms as public enforcers*, in 106*Virginia law review* (2020), 467 ss. Efficace sul punto la caratterizzazione delle piattaforme dominanti contenuta in G. CONTI, *op. cit*., quale «*commodities* delle libertà costituzionali dei loro utenti».

[37] Non risulta allo stato attuale che alcuna delle principali piattaforme monopoliste abbia finora intentato, né in Italia né negli altri principali ordinamenti, un procedimento giurisdizionale per l'accertamento delle violazioni contrattuali da parte del singolo utente. L'accesso alla giustizia per le società tecnologiche è dunque limitato alla contestazione dei provvedimenti delle autorità pubbliche che ingiungono il pagamento di somme di denaro (generalmente, procedimenti di natura fiscale) o condannano ad un determinato *facere* (in materia di concorrenza, *privacy*, diritti dei consumatori), oltre ai casi in cui tali società agiscono in qualità di convenute nei procedimenti instaurati da singoli utenti o da *class action*.

[38] Per una tassonomia degli strumenti di moderazione dei contenuti a disposizione delle piattaforme si rinvia a E. GOLDMAN, *Content Moderation Remedies*, in 28 *Michigan Technology Law Review* (2021), in particolare 23-40.

[39] Il fenomeno è definito come *deplatforming* e indica una forma di censura in *internet* praticata nei confronti di un utente o gruppi di essi. Consiste generalmente nel blocco della pubblicazione nella piattaforma tramite una sospensione temporanea, o attraverso una limitazione dei canali di diffusione del contenuto, fino al divieto definitivo. Nei casi più gravi di violazione degli *standard* contrattuali, la decisione societaria può anche includere il potere di disporre la rimozione dell'utente dalla piattaforma. Considerata ormai l'imprescindibilità dell'utilizzo dei *social network* ai fini di una completa ed effettiva partecipazione al dibattito democratico nella società, i *private order* particolarmente limitativi assumono le sembianze di una sorta di *ius vitae necisque* di carattere digitale. Un caso emblematico ha riguardato la disattivazione dell'account personale dell'allora presidente degli Stati Uniti Donald Trump dalle piattaforme *Twitter* (ora, *X)* e *Facebook* (ora, *Meta*) per il ruolo da questi avuto nella diffusione di notizie false in relazione ai risultati elettorali delle elezioni presidenziali e nella promozione dei disordini e delle violenze avvenute in occasione dell'attacco a *Capitol Hill* del 6 gennaio 2021. In concomitanza, *Twitter* ha dichiarato di aver disattivato o limitato circa 70 mila *account* di sostenitori legati al movimento di estrema destra *QAnon*. Per un primo commento, *ex multis*, L. FLORIDI, *Trump, Parler, and Regulating the Infosphere as our Commons*, in 34 *Philosophy & Technoogy* (2021), in particolare 1-5. Dal punto di vista degli effetti di *deplatforming*, la vicenda è significativa anche per le sue conseguenze. Immediatamente dopo la rimozione dalla piattaforma *Twitter* Donald Trump è transitato su *Parler*, una piattaforma *alt-tech* molto popolare tra gli utenti cospirazionisti o estremisti di destra caratterizzata da una politica di moderazione di contenuti più permissiva rispetto ai *social network* tradizionali, generando un cospicuo trasferimento di utenti. In seguito, *Amazon* decideva di disabilitare i *server* che ospitavano *Parler*, rendendolo di fatto *offline*, mentre società come *Apple* e *Google* rimuovevano la piattaforma dai rispettivi negozi *online*, concretando un particolare caso di *deplatforming* tra piattaforme. Nel 2022 Trump ha poi fondato una propria piattaforma, *Truth Social*, in funzione della campagna per le elezioni presidenziali del 2024. Per un'esaustiva ricostruzione dei fenomeni economici si v. J. VAN DIJCK, T. DE WINKEL e M.T. SCHÄFER, *Deplatformization and deplatformization as governance strategies*, in *Handbook of Media and Communication Governance*, a cura di M. Puppis, R. Mansell e H. Van den Bulck, Cheltenham, Edward Elgar, 2024, 500-513. I casi di *deplatforming* acquistano una considerevole importanza anche nelle transazioni commerciali. Di recente, per un'ampia e arguta ricostruzione estesa agli altri tipi di esclusioni riguardanti servizi critici di pubblica utilità, si v. G. SITARAMAN, *Deplarforming*, in 133 *The Yale Law Journal* (2023), 497 ss.

Nell'ambito dei *social networks* le prerogative delle piattaforme assumono poi notevole interesse con riguardo alle pratiche di moderazione dei contenuti *online* e agli inevitabili riflessi sulla tutela della libertà di espressione e sulle modalità di gestione del discorso pubblico[40].

In misura conseguente alla previsione di strumenti sanzionatori vi è poi generalmente la costituzione di procedure interne di reclamo o di contestazione delle decisioni della piattaforma, attraverso l'istituzione di apposite strutture societarie incaricate di gestire tali aspetti.

La strategia di creazione di un sistema compiuto ed autoreferenziale di gestione degli esposti e delle segnalazioni degli utenti è preordinata al conseguimento di due fondamentali obiettivi, tra loro interconnessi.

In primo luogo, essa è funzionale al mantenimento dell'attrattività degli ambienti digitali della piattaforma per la platea degli utenti. Gran parte del valore economico delle interazioni *online* è infatti dovuto alla conservazione della massa critica di utenti attivi, necessaria a sua volta al funzionamento degli effetti di rete[41]. Ciò è reso possibile anche dalla circostanza per cui la piattaforma si dimostri un effettivo garante dei valori stabiliti nelle proprie *community standards*.

In secondo luogo, la gestione interna delle controversie tra gli utenti e la piattaforma risponde all'esigenza di evitare, per quanto possibile, ogni tipologia di ingerenza esterna nella definizione dei relativi rapporti contrattuali[42]. L'offerta di rimedi, tendenti anche alla riconsiderazione delle precedenti determinazioni societarie, si muove dunque nella direzione di ridurre le occasioni di accesso da parte degli utenti agli strumenti «istituzionali» di protezione dei diritti offerti dalle autorità amministrative indipendenti e dagli organi giurisdizionali[43].

Entrambi gli aspetti, dunque, poggiano su motivazioni che hanno una funzione prettamente difensiva degli interessi vitali della piattaforma.

---

[40] Per un approfondimento relativo al dibattito sulla *public forum doctrine* negli Stati Uniti si cfr. le sentenze *Packingham v. State of North Carolina*, 582 U.S. (2017) e *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541 (S.D.N.Y. 2018), su cui, *ex multis,* recentemente E.L. ANDERSEN, *Social Media, the Modern Public Forum: The State Action Doctrine and Resurrection of Marsh*, in 50 *Mitchell Hamline Law Review* (2024), 46 ss. In Italia, per una prospettiva comparata, si cfr. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2021, n. 2, 43 ss. In termini ricostruttivi più ampi, si v. S. THEIL, *Private Censorship and Structural Dominance: Why Social Media Platforms Should Have Obligations to their Users under Freedom of Expression*, in 3 *Cambridge Law Journal* (2022), 645 ss.

[41] Si cfr. *supra* par. 1.

[42] Tra cui, soprattutto, l'eventuale ordine di un tribunale nazionale o un provvedimento sanzionatorio di un'autorità amministrativa che possa imporre una modifica del modello di gestione degli utenti.

[43] Si consideri ad esempio il famoso caso *Yahoo!* dei primi anni 2000 riguardante la legittimità della vendita di cimeli nazisti *online*. La controversia esprime in maniera emblematica sia l'atteggiamento refrattario della piattaforma ad eseguire un provvedimento giurisdizionale estero sia la sovrapposizione di norme giuridiche potenzialmente applicabili alla fattispecie. La sentenza del *Tribunal de grande istance de Paris, UEJF et Licra c. Yahoo! Inc.* del novembre 2000 (disponibile in *www.juriscom.net*), aveva accertato la natura illegale della vendita ai sensi della legge francese e disposto la rimozione degli articoli dal sito *online*, prevedendo una sanzione pecuniaria per il ritardo nell'esecuzione. Conseguentemente, la piattaforma *Yahoo!* ha adito il giudice federale statunitense asserendo l'incompetenza territoriale del giudice francese, lamentando anche la violazione delle disposizioni del primo emendamento sulla libertà di espressione. Nel novembre 2001 lo U.S. District Court for the Northern District of California *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001) ha affermato il difetto di giurisdizione dei giudici francesi sostenendo l'applicabilità del diritto statunitense in ragione della localizzazione dei server nel territorio americano. *Yahoo!* si è in seguito spontaneamente conformata alle richieste di rimozione degli articoli, di fatto rendendo non utile la prosecuzione degli ulteriori gradi di giudizio. Più di recente, limitatamente all'ordinamento italiano, si v. la sentenza della Corte di Appello L'Aquila, del 9 novembre 2021, n. 1659 che condanna *Facebook* al risarcimento del danno non patrimoniale, sotto forma di danno morale e relazionale, per la violazione ed erronea applicazione degli standard contrattuali per aver illegittimamente rimosso un utente dalla piattaforma. In senso conforme si cfr. Trib. Bologna, ordinanza 10 marzo 2021 (disponibile in *dirittodiinternet.it/*), secondo cui la rimozione del profilo personale, operata senza una specifica motivazione e in assenza di una comprovata violazione degli obblighi contrattuali da parte dell'utente o di una causa di recesso o risoluzione del contratto, configura una forma di inadempimento contrattuale della piattaforma, da cui l'emersione di un danno non patrimoniale risarcibile.

Da un punto di vista gestionale, le segnalazioni e le contestazioni degli utenti sono generalmente affidate, in prima istanza, a modelli informatici di raccolta e smistamento delle istanze. Studi empirici rivelano che larga parte della forza lavoro impiegata per le attività di riesame è delocalizzata in Paesi in via di sviluppo, da cui deriva che quasi sempre il moderatore non risiede nella stessa nazione di origine dell'utente che ha presentato ricorso[44]. Ciò può implicare una limitata conoscenza del decisore rispetto alle norme giuridiche che dovrebbero applicarsi alla controversia sulla base del criterio territoriale.

Difatti, nella maggioranza dei casi le decisioni di riesame tendono a considerare solamente le condizioni contrattuali inerenti all'erogazione del servizio digitale, omettendo l'applicazione delle rilevanti norme nazionali o internazionali.

L'analisi complessiva delle decisioni di secondo grado interne alla piattaforma ha inoltre evidenziato in molte situazioni una evidente parzialità del giudizio, teso primariamente alla difesa degli interessi economici della società, oltre all'assenza di adeguate garanzie procedurali.

In altri contesti, è stata accertata la mancanza di una concreta possibilità di contestazione della decisione ai fini di una effettiva modifica dei suoi effetti sui corrispondenti diritti e interessi dell'utente.

La serialità delle contestazioni giornaliere su larga scala globale ha indotto le piattaforme ad attivare programmi automatici di selezione e filtraggio delle segnalazioni. In larga parte si tratta di procedimenti algoritmici che operano in assenza di un intervento umano, alimentati da sistemi avanzati di intelligenza artificiale[45].

In molte delle fattispecie rilevate, dunque, i sistemi di reclamo interno delle piattaforme presentano criticità strutturali relative alla loro compatibilità con i canoni che definiscono il giusto procedimento. Tali aspetti critici hanno richiamato la necessità di una regolazione pubblica, quanto meno nel senso di garantire alcune condizioni minime di trasparenza ed equità dei procedimenti[46], oltre che di garanzia di una giustiziabilità esterna delle decisioni a maggiore impatto sociale o economico.

A fronte di una crescente esigenza di tutela dei diritti degli utenti, le piattaforme digitali sono impegnate in una costante attività di aggiornamento e di ampliamento dei propri sistemi di autoregolamentazione, nella prospettiva di un maggiore garantismo (e attrattività) delle proprie procedure interne.

In taluni contesti si è giunti anche all'istituzione di appositi «tribunali» privati, ovvero di organismi provvisti di talune caratteristiche o sembianze paragiurisdizionali, cui assegnare il compito di dirimere in ultima istanza talune controversie a maggiore impatto sistemico.

Il caso più emblematico riguarda l'istituzione nel 2020 dell'*Oversight Board* da parte di *Meta*, con l'obiettivo di assumere decisioni strategiche sulla politica di moderazione dei contenuti delle piattaforme collegate[47].

---

[44] Sulla delocalizzazione e lo sfruttamento di manodopera a basso costo, si v. l'inchiesta di A. Chen per *Wired.com* del 23 ottobre 2014. Sulle condizioni di lavoro e sui gravi rischi per la salute mentale dei moderatori si v. il *reportage* di C. NEWTON, *The Trauma Floor. The secret lives of Facebook moderators* pubblicato per *TheVerge* il 25 febbraio 2019. Ancora l'ampia inchiesta condotta da B. PERRIGO, *Inside Facebook's African Swetshop* pubblicato su *Time* il 14 febbraio 2022, sullo sfruttamento salariale e le accuse di tratta di essere umani in Kenya. Su questi temi anche le riflessioni di G. PITRON, *Inferno digitale*, Roma, Luiss University Press, 2022.

[45] Per un'ampia disamina dei diversi modelli di supervisione dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'attività di moderazione contenuti si rimanda a Y. NAHMIAS e M. PEREL, *The Oversight of Content Moderation by AI: Impact Assessments and Their Limitations*, in 58 *Harvard Journal on Legislation* (2021), in particolare 157-171.

[46] Ivi compreso il necessario intervento umano nei procedimenti, così come prescritto dall'art. 22 del Regolamento (UE) 2016/679, quantomeno nella fase di revisione di una decisione già presa dalla piattaforma all'esito di un reclamo o contestazione. Per la risposta regolatoria europea si rinvia *infra* par. 7.

[47] Per un esame dettagliato sulle fasi costitutive dell'*Oversight Board*, con riguardo alla designazione dei suoi membri e alla definizione della struttura e delle principali procedure, si rinvia a K. KLONICH, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in 129 *The Yale Law Journal* (2020), in particolare 2248-2473. Per un'analisi esaustiva dei caratteri di indipedenza funzionale e strutturale, nonché per un resoconto

Si tratta di un comitato composto da un gruppo di esperti, piuttosto eterogeneo per nazionalità e professionalità rappresentate[48], incaricato di pronunciarsi sia su ricorsi presentati da singoli utenti avverso le decisioni dei moderatori, sia su eventuali richieste di pareri consultivi da parte di *Meta*[49]. L'operatività e l'indipendenza finanziaria del comitato sono garantite dalla creazione di un *trust*, da cui consegue una formale separazione societaria tra «controllore» e «controllato»[50].

Il parametro di giudizio sostanziale per le decisioni del comitato è costituito dagli *standard* della *community* del gruppo *Meta*, mentre è garantita un'applicazione indiretta delle norme internazionali che tutelano i diritti umani[51]. Altre norme statutarie disciplinano il rapporto tra *Meta* e l'*Oversight Board* per quanto attiene in particolare agli obblighi di collaborazione informativa[52].

---

ragionato sulla «giurisprudenza» dell'organo, si cfr. A. GOLIA JR., *Pluralità degli ordinamenti giuridici e costituzionalizzazione degli spazi digitali. Osservazioni sulla giurisprudenza dell'Oversight Board*, in *Quad. cost.*, 2023, n. 3, 595 ss.

[48] Il *Board* è attualmente formato da ventuno membri nominati in modo da rappresentare, in proporzione variabile, ciascuna macroarea geografica in cui *Meta* è operativa. Le professionalità incluse sono piuttosto variegate: accademici, giornalisti, attivisti, giuristi, ex primi ministri.

[49] In relazione alla prima categoria di provvedimenti esistono tre tipologie di decisioni vincolanti che *Meta* è tenuta a implementare: i provvedimenti *standard* (che contengono una revisione approfondita della decisione dei moderatori), i *summary* (che riguardano i casi in cui *Meta* adotta un diverso provvedimento nelle more della decisione del comitato) e gli *expedited* (per i casi eccezionali di urgenza). La seconda categoria di provvedimenti è da ricondurre all'attività consultiva svolta dal comitato in relazione all'elaborazione delle *policies* aziendali. Secondo i dati dell'*Annual Report* per il 2023, *Oversight Board* ha concluso 53 procedimenti nel corso dell'anno (a fronte di un totale di 398.597 ricorsi ricevuti), mentre *Meta* dal 2021 avrebbe implementato, parzialmente o integralmente, 75 pareri emessi dal comitato. A voler tratteggiare un parallelismo ardito, il rapporto tra l'*Oversight Board* e *Meta* possiede diverse similitudini con quello intercorrente, *mutatis mutandis*, tra il governo e il Consiglio di Stato nell'ordinamento italiano: per l'esistenza di una funzione consultiva accanto a quella giurisdizionale, e per la possibilità, nell'ambito di quest'ultima, di ottenere l'annullamento di un provvedimento, anche per motivi aggiunti, con la previsione di una tutela cautelare.

[50] Nel 2019 *Meta* ha stanziato tramite contributo irrevocabile i fondi necessari al funzionamento dell'*Oversight Board* per un periodo iniziale di sei anni, affidandone contestualmente la gestione finanziaria ad una società fiduciaria, che instaurerà in via esclusiva i rapporti giuridici con il *Board*. La fiduciaria ha il potere di nomina dei membri del *Board* e, in caso di violazioni del codice di condotta, anche quello di rimozione. La nomina dei membri successivi a quelli originari segue un meccanismo di proposta da parte del *Board*, secondo un modello di cooptazione. Pur avendo un'influenza decisiva sulle decisioni riguardanti la composizione e l'autonomia organizzativa e finanziaria, il *trust* non può assumere risoluzioni riguardanti l'esercizio ordinario delle funzioni assegnate al *Board* o il merito delle decisioni da quest'ultimo assunte. Il testo del *Trust Agreement* è disponibile al seguente indirizzo: *www.oversightboard.com/governance/*.

[51] Appare significativo che le decisioni dell'*Oversight Board* non tengano in considerazione la normativa nazionale territorialmente applicabile, favorendo semmai l'applicazione di standard giuridici internazionali. Ciò amplifica il carattere essenzialmente transnazionale delle decisioni, che pongono il *Board* quale istituzione digitale del tutto svincolata dal contesto statuale, come osservato da G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, 2021, consultabile in *www.garanteprivacy.it*. Per A. GOLIA JR., *Pluralità degli ordinamenti giuridici e costituzionalizzazione degli spazi digitali. Osservazioni sulla giurisprudenza dell'Oversight Board*, cit., 605-608, in modo condivisibile, «la base giuridica dell'OB non è costituita direttamente da norme di diritto internazionale, ma da norme del proprio ordinamento" che opererebbero "una sorta di rinvio formale al diritto internazionale dei diritti umani».

[52] Le principali fonti che disciplinano l'organizzazione e la struttura dei procedimenti dell'*Oversight Board* sono contenute in due documenti, il *Charter* e il c.d. *Bylaws* (entrambi disponibili in: *www.oversightboard.com/governance*), che costituiscono parte integrante del *Trust Agreement* fondativo. I due testi definiscono l'insieme dei poteri spettanti al comitato, tra cui rientra quello di interpretare le *community standard* delle piattaforme *Meta*, quello di fornire istruzioni vincolanti sulla rimozione/modifica delle decisioni dei moderatori, e quello infine di fornire raccomandazioni su questioni specifiche, d'ufficio o su richiesta di *Meta*. Le piattaforme coinvolte sono obbligate a fornire le informazioni e l'assistenza necessarie al *Board* per poter svolgere il giudizio. *Meta* può rifiutarsi, motivando la propria decisione, nei casi in cui i dati richiesti non siano strettamente indispensabili, se risulta tecnicamente impossibile fornirli, o quando gli stessi non sono disponibili per questioni di sicurezza o di *privacy*. Più che sull'ampiezza delle possibili eccezioni è opportuno rilevare che in assenza di una proficua collaborazione delle piattaforme interessate l'intera attività del *Board* verrebbe di fatto meno. È significativo, inoltre, che l'eventuale diniego di assistenza di *Meta* non è censurabile da parte del *Board.*

Da un punto di vista processuale, il comitato dispone di un'ampia discrezionalità nella scelta dei casi su cui pronunciarsi, che spesso tende a privilegiare le fattispecie che presentano un potenziale maggiore impatto sulle *policies* societarie di *Meta*[53].

Le principali criticità riscontrabili nel modello dell'*Oversight Board* sono relative all'effettiva indipendenza (funzionale e di giudizio) del comitato rispetto a *Meta*, al grado di vincolatività delle decisioni del *Board*, alla loro concreta possibilità di incidere in modo apprezzabile sulla modifica degli aspetti essenziali del *core business* societario di *Meta* (per esempio, le politiche di moderazione, la gestione dei dati degli utenti, le pratiche di monetizzazione dei contenuti, ecc.), e infine, alla possibile parzialità o inadeguatezza delle decisioni.

Ad ogni modo, appare innegabile che l'effettiva attuazione delle decisioni dell'*Oversight Board* dipenda in ultima istanza dalla volontà di *Meta* di conformarsi alle relative deliberazioni[54].

Quest'ultima considerazione contribuisce a valutare in una prospettiva diversa il confronto tra l'attività dell'*Oversight Board* e quella delle corti giurisdizionali, in particolar modo quelle di ultima istanza, che spesso si è avanzato nella recente riflessione accademica[55].

Se si assume l'assenza in tali organismi dei caratteri e delle garanzie tipiche dell'esercizio della funzione giurisdizionale, la paventata sostituzione o trasformazione del potere giudiziario statale o sovranazionale per effetto dell'operare di «tribunali» privati di per sé non trova fondamento[56].

Di maggiore interesse è semmai comprendere quale posizione occuperanno tali sistemi privati all'interno del governo transnazionale del discorso pubblico *online*, e quale tipo di concorrenza o sovrapposizione è possibile immaginare con l'attività delle corti tradizionali.

Ad esempio, un possibile effetto derivante dal successo dei meccanismi privati di risoluzione delle controversie potrebbe essere quello di esonerare in parte le corti giudiziarie dal peso di un probabile aumento dei ricorsi nei prossimi anni, consentendo a quest'ultime di occuparsi di fattispecie che richiedono la fissazione di principi di diritto.

---

[53] Si tratta di un aspetto significativo e qualificante dell'intera attività del *Board* se si considera il ridottissimo numero di casi finora decisi a fronte del totale di ricorsi ricevuti pari a circa lo 0,00013 per cento (Fonte: calcolo autonomo sulla base dei dati del *report* del 2023). Nel documento *Overarching Criteria for Case Selection* (disponibile in: *www.oversightboard.com/governance/*) si precisa che «the Oversight Board will select cases that raise important issues for precedential impact [...] will be significant for public discourse, affect a substantial number of people, and ensure geographic and linguistic diversity». Nell'ampiezza, e contemporanea vaghezza, di tali indicazioni risiede uno dei fattori più critici e controversi dell'attività del *Board*. In senso conforme, si vedano le valutazioni di M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 68-70.

[54] In questo senso, il funzionamento del *Board* è concesso e supportato finanziariamente da *Meta* in modo del tutto spontaneo ed in assenza di obblighi di legge. Nulla vieta perciò che quest'ultima possa legittimamente riconsiderare tale scelta nel prossimo futuro, anche nella misura di voler selezionare o limitare le istruzioni o raccomandazioni cui adeguarsi. Se si vuole, il paragone può sorgere con il modello di costituzione ottriata di matrice ottocentesca (per esempio, lo Statuto Albertino), tipica degli ordinamenti monarchici, in cui la carta costituente è concessa unilateralmente dal sovrano, dalla cui volontà dipende interamente il procedimento di promulgazione. Se a spingere verso riforme costituzionali fu storicamente la pressione dei ceti borghesi e popolari, nel caso di *Meta* un fattore decisivo è svolto da strategie di reputazione aziendale e dalla volontà di concorrere ed anticipare gli ordinamenti nazionali nella gestione del discorso pubblico *online*.

[55] È infatti possibile registrare una certa tendenza a qualificare l'*Oversight Board* come una sorta di «Corte Suprema» di *Meta*. L'accostamento, di per sé, sarebbe privo di un'effettiva rilevanza senonché, in virtù dell'impropria comunanza semantica, finisce con l'autorizzare le conseguenti argomentazioni su una pretesa privatizzazione di funzioni sovrane o sull'avvenuta abdicazione del ruolo della giurisdizione negli spazi digitali, con l'effetto che l'*Oversight Board* impedirebbe finanche alle corti sovranazionali di pronunciarsi su temi riguardanti la libertà di espressione. Per un approfondimento di questi temi si v., *ex multis*, A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il «modello» dell'Oversight Board di Face- book*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 26, in particolare 144-151. Si cfr. inoltre F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, in particolare cap. III.

[56] Per espressa indicazione dei *Bylaws*, l'*Oversight Board* non può pronunciarsi sulle fattispecie originate da ordini autorità pubbliche, o che coinvolgono questioni riguardanti l'attuazione del diritto statale, né può emettere decisioni o pareri nei casi in cui possano rilevare conseguenze di natura penale per *Meta* e i suoi amministratori.

Nei fatti, gli organismi come l'*Oversight Board* possono svolgere una funzione deflattiva dei contenziosi digitali, considerato che è inverosimile che i tribunali statali, e a maggior ragione quelli sovranazionali, possano occuparsi nel prossimo futuro della complessiva gestione del discorso pubblico *online*, viste anche le caratteristiche (immediatezza, informalità e transnazionalità) e la quantità giornaliera delle interazioni digitali[57].

In quest'ottica i «tribunali» privati non sostituiscono quelli pubblici, ma semmai possono svolgere compiti in un certo senso complementari.

D'altronde, che questo sia l'indirizzo prevalente in atto è desumibile anche dall'analisi delle recenti regolazioni, in particolar modo quelle europee, che tendono a riconoscere e istituzionalizzare il ruolo delle piattaforme digitali nell'attività di moderazione dei contenuti e nella gestione interna dei reclami, nell'ambito di rinnovate garanzie procedurali[58]. In questo senso si muove anche la promozione degli strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie[59].

L'istituzione di «tribunali» privati va dunque letta anche nei termini di un'occupazione politica degli spazi digitali, attraverso l'istituzione di meccanismi che replicano per assonanza istituzioni o procedure familiari (e rassicuranti) per l'utente.

Talvolta ciò avviene per il tramite di meri simulacri di giuridicità che consentono l'applicazione di sistemi valoriali in contesti a-territoriali in cui gli Stati e le altre organizzazioni internazionali faticherebbero comunque ad intervenire[60].

Per altro verso, è irrealistico ipotizzare che ad una piattaforma multinazionale possa essere applicata un'unica regolazione o giurisdizione pubblica, sia essa nazionale, o su scala regionale o globale[61].

Gli organismi privati di risoluzione delle controversie operano quindi come istituzioni che partecipano ad un processo collettivo di produzione di valori normativi in relazione alla definizione delle regole della libertà d'espressione *online*[62].

Ad essi va quindi restituita la corretta collocazione di attori privati che rivestono una funzione diversa e non comparabile rispetto a quelli pubblici. Le loro decisioni sono infatti tanto vere fintanto che non vengono impugnate e finiscono per essere scrutinate dalle corti nazionali o internazionali, ovvero da autorità amministrative.

---

[57] Si cfr. E. DOUCK, *What Kind of Oversight Board Have You Given Us?*, in *The University of Chicago Law Review Online* (2020), 1.

[58] Si cfr. infra par. 5.2. Si v. G. FROSIO, *Platform Responsibility in the Digital Services Act: Constitutionalising, Regulating and Governing Private Ordering*, in *Research Handbook on EU Internet Law*, a cura di A. Savin e J. Trzaskowski, Edward Elgar, Cheltenham, 2023, 252 ss.

[59] L'art. 21 del *Digital Services Act* prevede l'istituzione di organismi privati per risoluzione extra giudiziale delle controversie tra la piattaforma e gli utenti. L'organismo per poter operare nel mercato europeo deve ricevere una certificazione da parte del coordinatore nazionale dei servizi digitali ed è necessario che provi di essere imparziale e indipendente, anche sul piano finanziario, dalle piattaforme, disponga delle competenze necessarie, sia facilmente accessibile e dimostri di poter risolvere le controversie in modo rapido, efficiente ed efficace, tramite regole procedurali chiare ed eque (par. 3). In ogni caso si tratterà di una decisione non vincolante tra le parti (par. 2). Per questo l'accesso a forme di risoluzione alternativa delle controversie lascia comunque impregiudicato il diritto dell'utente di avviare, in qualsiasi fase, un procedimento dinanzi ad un organo giurisdizionale per contestare la legittimità delle decisioni della piattaforma (par. 2).

[60] Sui rischi relativi all'utilizzo di «metafore costituzionali» per descrivere l'attività delle piattaforme digitali si v. J. COWLS, P. DARIUS, D. SANTISTEVAN e M. SCHRAMM, *Constitutional Metaphors: Facebook's "Supreme court" and the legitimation of platform governance*, in 26 *New Media & Society* (2024), 2448 ss. Secondo gli autori, l'accostamento acritico di istituti e concetti giuridici tradizionalmente riferibili all'ordinamento statale (per esempio, sovranità, costituzionalismo, corti supreme) all'attività delle piattaforme digitali rischia, da un lato, di legittimare nel discorso pubblico la sostituzione di funzioni sovrane da parte di operatori privati, dall'altro, di distorcere il significato di categorie giuridiche definite.

[61] Allo stato attuale, infatti, i propositi di regolazione su scala globale tramite strumenti di diritto internazionale rimangono utopistici, vista anche la polarizzazione degli approcci al mondo digitale, su cui *infra* par. 5.3.

[62] L.R. HELFER e M.K. LAND, *The Meta Oversight Board's Human Rights Future*, in 44 *Cardozo Law Review* (2023), 2274 ss.

4. *Santi Romano a Menlo Park? La pluralità degli ordinamenti giuridici nell'epoca delle strategie di reputazione aziendale.* – Nel 2018 ha avuto una considerevole eco mediatica una dichiarazione dell'allora amministratore delegato di *Facebook* secondo cui, per diversi aspetti, la gestione della piattaforma si avvicina più a quella di un'autorità governativa piuttosto che ad una società per azioni[63].

L'affermazione è senz'altro suggestiva per la forza evocativa con cui riesce a sintetizzare l'insieme delle responsabilità sociali e politiche che una piattaforma digitale di tali dimensioni è in grado di sollevare. Al contempo, essa è anche la constatazione dell'insieme degli «effetti collaterali» generati dalla propria attività che la piattaforma è chiamata a dover gestire, in aggiunta alle questioni «ordinarie» attinenti all'andamento del *business* societario.

Da questa prospettiva, la stessa creazione di sistemi di moderazione e di gestione dei contenziosi interni rappresenta un costo altrimenti evitabile per l'azienda, in quanto non strettamente connesso a quelli di produzione, eppure necessario a fini politici e sociali.

Le piattaforme di grandi dimensioni procedono quindi secondo propri tentativi di internalizzazione dei costi sociali della propria attività economica, sebbene questi risultino insufficienti, in assenza di correttivi, rispetto alla misura richiesta per il raggiungimento dei livelli ottimale di benessere sociale[64].

Anche da un punto di vista politico, nell'ultimo decennio le principali piattaforme di *social networks*, per inerzia gestionale o a causa di pratiche ingannevoli o illecite[65], hanno esercitato un'influenza determinante sui processi elettorali nazionali[66] e sulla formazione del consenso popolare in particolari contesti sensibili della vita delle comunità[67].

Alla luce di tali considerazioni, si può essere indotti a ritenere le multinazionali tecnologiche siano soggetti giuridici paragonabili nella loro struttura e funzione agli Stati nazionali, e considerare le piattaforme come potenziali «avversari» o «sfidanti» di questi ultimi, in grado cioè di condizionarne a vario titolo l'andamento e l'attitudine conformativa della società.

---

[63] Il testo integrale dell'intervista è disponibile su *vox.com*. È innegabile che *Meta* regoli quotidianamente una quantità di discorso pubblico che è incomparabile con qualsiasi altra attività esercitabile da un governo nazionale. Sulla necessaria interposizione del canone dei diritti umani all'interno delle attività di moderazione dei contenuti si v. S. Benesch, *But Facebook's Not a Country: How to Interpret Human Rights Law for Social Media Companies*, in 38 *Yale Journal on Regulation Bulletin* (2020), 86 ss.

[64] Rispetto alle tradizionali industrie, quella dei dati si caratterizza generalmente per un maggiore valore aggiunto del prodotto finale, un più alto tasso di estrattività, e un minor grado di redistribuzione degli utili all'interno della società. Le esternalità del capitalismo dell'informazione, a ramificazione transnazionale, influenzano poi la capacità delle istituzioni politiche territoriali di produrre decisioni che siano socialmente legittimate. Sul punto, per una riflessione sul mutamento della sfera pubblica negli ambienti digitali si v. J. HABERMAS, *Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere*, in 39 *Theory, Culture & Society* (2022), 145 ss.

[65] Il riferimento è al noto caso *Cambridge Analytica* del 2018 da cui emerse che la società di consulenza aveva raccolto i dati personali di circa 87 milioni di utenti *Facebook* (per la maggior parte residenti negli Stati Uniti), senza un loro preventivo consenso, per utilizzarli successivamente a scopi di propaganda politica. Le inchieste misero in luce la politica connivente della piattaforma rispetto alla raccolta e gestione dei dati in violazione della normativa *privacy*.

[66] Si consideri il caso delle ingerenze russe nelle elezioni presidenziali degli Stati Uniti del 2016 (c.d. *Russiagate*), realizzatesi anche tramite un utilizzo fraudolento delle piattaforme *Facebook* e *Twitter.* Più di recente, con riguardo alle elezioni politiche avvenute in Romania nel novembre 2024, la Commissione europea ha inviato una formale richiesta di informazioni alla piattaforma TikTok in relazione alle modalità con cui sono stati gestiti i rischi sistemici di una possibile manipolazione dei contenuti a sfondo politico, in violazione della legge europea sui servizi digitali (sul punto si v. l'art. 33, par. 1, lett. c) del *Digital Services Act*). Contestualmente è stato emesso un ordine di conservazione dei dati relativi alle attività e alle procedure avviate dall'azienda nel corrispondente periodo elettorale in vista di una possibile ulteriore indagine della Commissione. Nel dicembre 2024 la Corte costituzionale della Romania ha annullato i risultati del primo turno elettorale in conseguenza della desecretazione di alcuni documenti riservati sulla sicurezza dai quali emergerebbe una massiccia ingerenza straniera sul processo elettorale nazionale, proveniente in particolar modo dalla Russia.

[67] Secondo alcune organizzazioni non governative, gli algoritmi di *Facebook* hanno contribuito in maniera decisiva ai crimini perpetuati a partire dal 2017 dalle forze armate governative di Myanmar a danno della popolazione in minoranza dei Rohingya. Si cfr. il rapporto pubblicato da *Amnesty International* il 29 settembre 2022.

È indubbio che negli ultimi anni le piattaforme digitali abbiano implementato in misura esponenziale le proprie capacità di autoregolamentazione e di creazione di un proprio ordinamento interno.

Talvolta questi sistemi sono stati mutuati ad imitazione di principi e regole «burocratiche»[68], con lo scopo di disciplinare le regole di accesso e di comportamento, ma anche di palesare e tipizzare le modalità procedurali attraverso cui il potere digitale della piattaforma può manifestarsi nel rapporto con gli utenti.

Tali iniziative vanno colte nella più ampia strategia delle piattaforme di accrescimento della propria legittimazione nei riguardi degli utenti, con l'intento di porsi quali custodi del rispetto dei valori di democraticità, libertà e sicurezza negli spazi digitali[69].

Questa tendenza da un lato segnala un ruolo di supplenza svolto dalle piattaforme, esemplificato dal contestuale vuoto di garanzie della regolazione pubblica, dall'altro evidenzia una (seppur debole) e forse inaspettata *vis attractiva* esercitata da alcuni istituti tipici del diritto amministrativo in contesti del tutto estranei a quelli tradizionali di appartenenza[70].

L'architettura via via più complessa di organismi, uffici e dipartimenti rivela poi l'attitudine ad una parvenza di separazione delle funzioni e dei poteri interni alla piattaforma, sebbene del tutto sprovvista della tipologia di garanzie e del grado di indipendenza reciproca che caratterizzano i pubblici poteri.

L'insieme di questi indizi può tuttavia convincere circa l'esistenza di ordinamenti giuridici privati autosufficienti, del tutto separati da quelli statali di riferimento, in quanto dotati al loro interno delle funzioni regolatorie, di attuazione delle norme e di sanzione nei casi di inadempimento[71].

La capacità computazionale e algoritmica[72], insieme all'attitudine normativa ad elaborare l'insieme delle regole di comportamento all'interno di formazioni sociali transnazionali, costituirebbero perciò i caratteri fondativi degli ordinamenti giuridici digitali autonomi, svincolati in quanto tali dal potere pubblico statuale.

Tali ordinamenti sarebbero poi contraddistinti non soltanto dal carattere della normatività, ma altresì dalla propensione a definire un sistema valoriale di tipo originale, formando un indirizzo a valenza politica che attraversa orizzontalmente le comunità nazionali e modella la società[73].

In questo senso gli ordinamenti digitali assumo una rilevanza esterna sulla base dei criteri tradizionali di riconoscimento, e cioè l'esistenza, il contenuto e l'efficacia delle norme[74].

---

[68] Lo segnala L. TORCHIA, *Lo Stato digitale e il diritto amministrativo*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, Giappichelli, 2022, 493, per la quale «il diritto amministrativo non va mai letto attraverso la lente deformante della sovranità statale, ma in relazione al potere come situazione di asimmetria».

[69] Sul punto si cfr. gli *Standard della community* di *Meta*, consultabili su *www.transparency.meta.com.*

[70] Per taluni aspetti, i sistemi di reclamo e di contestazione delle piattaforme, in quanto gestiti da organi non gerarchicamente sovraordinati, possono richiamare alla mente il funzionamento dei modelli di ricorso gerarchico improprio.

[71] Per A. GOLIA JR., *Pluralità degli ordinamenti giuridici e costituzionalizzazione degli spazi digitali. Osservazioni sulla giurisprudenza dell'Oversight Board,* cit., 608-609 l'*Oversight Board* di *Meta* integra «un vero e proprio ordinamento giuridico» poiché presenta «una distinzione stabile tra norme primarie di condotta [..] e norme secondarie di riconoscimento, mutamento e giudizio».

[72] Sull'utilizzo degli algoritmi come metodo alternativo di creazione di regole e come forma di concorrenza al diritto, si cfr. *ex multis*, C. KATZENBACH, *Algorithmic governance*, in 8 *Internet Policy Review* (2019), in particolare 3-5.

[73] Per un'interessante ricostruzione del sistema normativo delle piattaforme come espressione di un ordinamento a regime patrimoniale, si cfr. G. SANTINI, *Leggere Mortati a Menlo Park. Le piattaforme digitali come espressione contemporanea del patrimonialismo*, in *Processi politici e nuove tecnologie*, a cura di M.C. Specchia, Torino, Giappichelli, 2024, 325-328.

[74] Si cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2018, 128-133.

Dal punto di vista delle relazioni reciproche tra ordinamenti giuridici, le istituzioni digitali possiedono quindi un carattere in parte originario, uno statuto a fini particolari, oltre ad un rapporto ondivago di subordinazione, e competizione, rispetto al potere statuale[75].

È dunque nelle caratteristiche peculiari del potere digitale, insieme seduttivo ed elusivo, nel grado di pervasività del dominio economico nei mercati, e nelle asimmetrie contrattuali con gli utenti, che risiedono i fattori che ad oggi garantiscono una concorrenza impari tra pubblico e privato nella definizione delle regole negli spazi digitali.

Se la normatività delle norme tecniche o contrattuali della piattaforma estende la propria efficacia ben al di là del contesto proprio di adozione, permeando gli ordinamenti giuridici statali, non può dirsi l'inverso: il dominio e la sovranità della legislazione nazionale faticano a ricevere un riconoscimento nei non-territori digitali[76].

Pubblico e privato esistono perciò contemporaneamente negli spazi digitali, ma possiedono sfere e capacità di influenza diverse.

Esistono tuttavia modi diversi di inquadrare l'espansione giuridica e sociale dei sistemi digitali di autoregolazione.

In una prospettiva più prosaica, l'ampliamento della sfera di rilevanza degli ordinamenti privati può leggersi come l'attuazione di meccanismi di reputazione aziendale e di strategie di *marketing* atte a conservare la base di utenti necessaria per il funzionamento dell'ecosistema della piattaforma, e anticipare o evitare così il ricorso degli utenti a rimedi e soluzioni esterne per la composizione delle controversie[77].

Infine, un diverso ordine di motivazioni, di natura pragmatica, può indurre a dubitare del carattere giuridico degli ordinamenti digitali privati.

A dispetto di una tendenziale uniformità nell'erogazione dei servizi su scala globale, le piattaforme hanno dimostrato nei fatti di applicare diversi criteri o *standard* decisionali, comprese eventuali limitazioni o interruzioni temporanee o definitive dei servizi offerti, in funzione delle contingenze verificatesi negli ordinamenti statali in cui operavano[78].

---

[75] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 123-125. L'ordinamento digitale può essere inteso come in parte derivato, in relazione all'utilizzo di schemi contrattuali per l'autodisciplina dei rapporti digitali nella piattaforma, e in parte originario, in relazione alla peculiare capacità regolativa della *lex informatica* algoritmica. Quanto all'estensione, l'ordinamento digitale è certamente a fini particolari, racchiusi dalla tipologia di servizi e dalle interazioni possibili nella piattaforma, sebbene abbia una valenza generalissima coinvolgendo una moltitudine di individui su scala globale, ben al di là dei confini statali. L'esatta individuazione del rapporto di supremazia o di subordinazione tra ordinamento statuale e digitale è invece tema di incerta diagnosi. Se il secondo dipende la propria operatività dal funzionamento delle strutture giuridiche statuali, è pur vero che in relazione ai caratteri dell'esistenza, del contenuto e dell'efficacia giuridica l'ordinamento digitale presenta in parte caratteri originari che escludono «di regola, che la sua esistenza sia rimessa ad un altro ordinamento» (p. 133). Per altro verso, gli ordinamenti digitali escludono ogni rilevanza statuale nel loro funzionamento nel senso che ne prescindono, in un'ottica transnazionale, per il raggiungimento dei loro scopi, salva l'applicabilità di una regolazione pubblica, che abbia però anche una valenza extra-territoriale.

[76] Per C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 124 ci troviamo piuttosto in un momento storico caratterizzano non dall'assenza di sovranità, ma da una «sovranità squilibrata, sconnessa, anomica, intermittente».

[77] La reputazione aziendale non è solo *marketing* o una mera proiezione dell'immagine o dell'identità societaria, ma è una questione di rapporti di forza, di esercizio del potere nel mercato. Essa è il risultato della relazione duratura con i propri utenti e con la relativa comunità di riferimento. Il *business* delle piattaforme non è basato sulla produzione di beni materiali o sull'erogazione di servizi ad un prezzo determinato, perciò, buona parte del valore delle attività nei c.d. *zero price markets* si basa sulla percezione e sul giudizio dell'utente medio rispetto all'attrattività dell'ecosistema della piattaforma. Ne è dimostrazione il fatto che ogni qualvolta che inchieste giornalistiche o giudiziarie portano alla luce attività illecite della piattaforma, ad esempio in relazione al trattamento dei dati personali degli utenti, il titolo azionario in borsa ha subito un considerevole ribasso. Lo stesso mutamento della denominazione societaria *Meta* nel 2021 può dirsi conseguenza dell'inchiesta del *The Wall Street Journal* denominata *Facebook files* (prima ancora, l'inchiesta relativa ai rapporti con la società di analisi dati *Cambridge Analytica* nel 2018 aveva sensibilmente menomato la reputazione del marchio *Facebook*). Per altro verso, la denominazione *Meta* non è solo un escamotage comunicativo, ma un ambizioso progetto di inclusione dell'utente in una realtà alternativa virtuale e totalmente immersiva, che aspira a divenire universale rispetto all'insieme delle interazioni *online* dell'utente.

[78] D'altronde, a voler portare all'estremo il ragionamento, anche un'interruzione intenzionale dei servizi digitali da parte della piattaforma, pur potendo comportare notevoli disagi alla comunità di utenti, non sarebbe sanzionabile con

Le ragioni sono in gran parte dovute a valutazioni di un'opportunità o convenienza politica di volta in volta stabilite in funzione della problematica specifica emersa[79].

Su questo atteggiamento è possibile sviluppare due tipi di considerazioni.

Da un lato, la constatazione che le regole, tecniche e contrattuali, della piattaforma non sono uniformemente e stabilmente definite. Sotto questo punto di vista, va anzi sottolineata una tendenziale flessibilità applicativa nella *governance* societaria, che farebbe emergere una sorta di normatività *à la carte*.

Dall'altro lato, le modalità di variazione del contesto della piattaforma possono essere repentine, radicali nel cambio di prospettiva, e spesso non trasparenti[80].

In conclusione, nel dibattito corrente la questione riguardante la scelta della fonte normativa cui delegare il compito di disciplinare i fenomeni digitali ha assunto un'importanza centrale, se non decisiva.

Le riflessioni propendono alternativamente per l'utilizzo della fonte negoziale o, più spesso, per la natura autoritativa della regolazione, con il conseguente interrogativo circa la sua estensione (nazionale, sovranazionale).

Qui le valutazioni finiscono spesso con l'arenarsi sullo scoglio della territorialità del diritto e della crisi della normatività statuale[81].

È probabile che nel prossimo futuro questa bipartizione di approcci possa ancora esistere: le aziende continueranno ad autoregolarsi mentre sarà sempre più pressante l'ambizione degli Stati di incidere nel contesto digitale.

Non più però una pretesa autarchica dei singoli Stati, ma piuttosto l'esito di una ripartizione geopolitica su scala regionale globale e per sfere di influenza.

5. *L'intervento pubblico nei mercati digitali: modelli giuridici a confronto.* – Le relazioni tra le autorità pubbliche e le grandi società tecnologiche variano in modo significativo nei diversi ordinamenti giuridici nazionali.

L'intervento pubblico nei mercati digitali segue modalità e fenomenologie diversificate in ragione degli obiettivi e delle strategie perseguite. Il paradigma pubblico della regolazione talvolta tende a disciplinare l'attività delle piattaforme in funzione del riconoscimento di nuovi diritti individuali; in altri contesti è invece preordinato a conformare l'attività economica in

---

strumenti diversi da quelli privatistici, in quanto le piattaforme non forniscono un pubblico servizio né costituiscono una *public utilities* in senso proprio. Su quest'ultimo aspetto è tuttavia in corso un lungo dibattito, in maggioranza di matrice statunitense, si v., *ex multis,* A. THIERER, *The Perils of Classifying Social Media Platforms as Public Utilities*, in 21 *Commlaw Conspectus* (2019), 249 ss. Più di recente, K. SABEEL RAHMAN, *Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as the New Public Utilities*, in 2 *Georgetown Law Technology Review*, (2018), 234 ss., V. BAGNOLI, *Digital Platform as Public Utilities*, in 51 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (2020), 903-905, nonché la *concurring opinion* del giudice Thomas nel caso *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 593 U.S. 2021 (disponibile in *www.supremecourt.gov*). In una prospettiva più disincantata, l'interruzione dei servizi *online* è stata spesso minacciata dalle piattaforme come arma di ricatto in concomitanza dell'entrata in vigore di nuove regolazioni più restrittive, come avvenuto per l'approvazione del *General Data Protection Regulation* e più recentemente del *Digital Services Act* e del *Digital Markets Act*, o anche in occasione delle trattative per la sostituzione dell'accordo USA-UE *Privacy Shield* a seguito della sentenza *Schrems II* della Corte di giustizia dell'Unione ruropea.

[79] Per citare un caso recente, l'organizzazione non governativa *Human Righs Watch* in un rapporto pubblicato nel dicembre 2023 (disponibile in *www.hrw.org*) sostiene che, a partire dal periodo immediatamente successivo all'attacco terroristico di *Hamas* del 7 ottobre 2023, *Meta* avrebbe applicato una radicale ed estesa politica di censura e di riduzione della visibilità dei contenuti pubblicati da utenti arabi palestinesi, ben al di là di un controllo sulla diffusione di messaggi d'odio o di incitamento alla violenza. In questo senso, può citarsi anche la decisione adottata da *Meta* nel gennaio 2025 di abbandonare i programmi di *fact-checking* nel territorio statunitense, a lungo sostenuti e finanziati in passato, in una non casuale corrispondenza con l'avvio del mandato presidenziale di Donald Trump.

[80] Ciò rimarca ancor di più la necessità di forme di legittimazione o di consultazione collettiva nei processi di aggiornamento degli statuti normativi delle piattaforme digitali.

[81] P. CAPPS e H. OLSEN (a cura di), *Legal Authority beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

un'ottica servente rispetto al perseguimento di scopi di natura politica; in altri frangenti, infine, lo strumento regolativo assume una condizione recessiva rispetto all'operare dei mercati.

I diversi approcci pubblici sono diretta espressione di una pluralità di fattori, tra cui, le differenti sensibilità sociali e culturali proprie di ciascun ordinamento, il grado di apertura e il tasso di innovatività dei mercati digitali, il regime giuridico delle attività economiche, il livello di protezione dei diritti individuali.

L'esame complessivo su scala globale delle dinamiche pubblico-privato nel contesto digitale conduce convenzionalmente all'individuazione di tre macro-modelli giuridici, cui assegnare un tendenziale compito di guida nell'esatta comprensione dell'identità e delle caratteristiche di ogni ordinamento.

Il primo modello è definibile come «mercato-centrico» ed è utilizzato per descrivere il contesto statunitense, contraddistinto da una (relativa) ridotta presenza di regolazioni pubbliche e allo stesso tempo da una radicata tradizione costituzionale di protezione delle libertà fondamentali (su tutte, la libertà di parola e quella dell'iniziativa economica), oltre che da una fiducia «tecno-ottimistica» nella capacità autoregolativa dei mercati e nella diffusione generalizzata dei benefici dell'innovazione.

Il secondo modello è inquadrabile come «normativo-centrico» ed è usato per delineare generalmente l'ordinamento europeo, in cui l'attenzione regolatoria si concentra sul riconoscimento di elevati livelli di protezione dell'individuo, in un più ampio contesto di apertura e libertà dei mercati digitali. In esso, la tutela dei diritti fondamentali del singolo diviene lo strumento principale per il contrasto dei fallimenti di mercato, sia nella prospettiva consumeristica che in quella concorrenziale.

Il terzo modello si può denominare come «stato-centrico», ed è riferibile a quegli ordinamenti giuridici contraddistinti da un marcato dirigismo, per i modi in cui l'autorità governativa esercita una considerevole influenza sull'attività delle società tecnologiche. Il modello si adatta a Stati come la Cina, nella quale il controllo «burocratico» delle infrastrutture digitali è funzionale all'adozione di vaste politiche di sicurezza nazionale e di controllo autoritario governativo, anche per il tramite di forme incisive di censura e di sorveglianza sociale.

Al pari di ogni altra generalizzazione, anche la divisione per modelli maggioritari è da intendersi alla stregua di un mero strumento che facilita la comprensione delle altrimenti complesse e stratificate dinamiche interne ad ogni sistema giuridico.

In questo senso, essa non deve far tendere ad un'interpretazione in termini omnicomprensivi o statici delle realtà economiche e giuridiche considerata.

Infatti, sebbene con forme e modalità divergenti, ciascun ordinamento incorpora al suo interno ognuna delle tendenze maggioritarie in atto nei vari modelli, in una continua attività evolutiva e di riassestamento degli equilibri istituzionali.

Così nel modello statunitense di recente hanno acquistato graduale riconoscimento le istanze favorevoli ad un più ampio intervento governativo al fine di correggere i diversi fallimenti di mercato, nel contesto di una robusta attenzione agli aspetti di sicurezza nazionale e di protezionismo commerciale.

Nel modello europeo, affianco alle tradizionali regolazioni limitative del *business* delle società tecnologiche sono state implementate normative che intendono incoraggiare la circolazione dei dati, con il presupposto di sostenere lo sviluppo dei mercati digitali; mentre le misure protezionistiche di localizzazione dei dati o di «sovranità digitale» rischiano di isolare i mercati europei in una prospettiva autarchica.

Infine, quanto all'ultimo modello «stato-centrico», la recente introduzione di regolazioni generali (in tema di *privacy,* concorrenza dei mercati, tutela dei consumatori) rivela l'intenzione del governo cinese di fornire un assetto normativo adeguato allo sviluppo dei mercati digitali asiatici, in vista di una prossima espansione della loro area di influenza nel contesto globale.

5.1. *Il tecno-liberismo americano.* – Uno dei tratti distintivi che connota lo spirito statunitense è la fede quasi inamovibile nella capacità del mercato di autoregolarsi e di garantire elevati livelli benessere sociale.

Sin dagli albori dell'epoca digitale il comune senso di entusiasmo e di fascinazione per lo sviluppo commerciale delle innovazioni tecnologiche ha a lungo promosso l'ideale di un *internet* libero, decentrato, ed emancipato da intromissioni governative, in cui diritti di partecipazione democratica e aspirazioni di crescita economica avrebbero potuto convivere e progredire[82].

Le società tecnologiche hanno da sempre opposto un deciso sentimento contrario alla regolazione delle interazioni *online*, giudicandola tanto indesiderabile quanto irrealizzabile[83].

L'aumento del benessere dei consumatori, l'alto tasso di innovazione e di competitività dei mercati, l'espansione dei contesti virtuali in cui manifestare la libertà di espressione sembrarono confermare in quegli anni l'adeguatezza di un approccio non interventista.

L'approvazione nel 1996 del *Communication Decency Act* segna il giro di boa del primo (e finora unico) intervento normativo a carattere sistematico, divenendo emblematico di un'intera stagione politica[84].

L'ampiezza delle esenzioni consente agli *internet service providers* di beneficiare dell'immunità in una inusuale doppia direzione, sia in caso di inerzia che in caso di condotta attiva in buona fede[85].

Tra gli scopi originali della regolazione ne figurava uno a spiccata connotazione pratica, quello cioè di evitare che gli intermediari fossero equiparate agli editori e quindi costrette a dotarsi di un adeguato apparato di moderatori.

A circa trenta anni di distanza, lo sviluppo delle società tecnologiche restituisce lo scenario paradossale in cui le piattaforme impiegano ora vaste risorse per la moderazione dei contenuti *online*, la quale segue però logiche di aderenza ai termini contrattuali e agli interessi societari, con nulle o scarse indicazioni normative.

In misura più significativa, l'immunità degli intermediari in *internet* trova piena giustificazione nella tradizione costituzionale americana che assegna la più ampia tutela alla libertà di espressione.

Il libero discorso assurge così a diritto fondamentale, mentre il concetto di *marketplace of ideas* sottolinea il vantaggio sociale derivante dal preservare un ambiente comunicativo in cui

---

[82] Per un'idea dello spirito insieme reazionario e visionario delle comunità di programmatori della *Silicon Valley* negli anni Novanta, imprescindibile R. BARBROOK e A. CAMERON, *The Californian Ideology*, in 6 *Science as Culture*, 44 ss., anche per il ritratto del sentimento antigovernativo che animava gli ingegneri e i *venture capitalists* californiani e la descrizione delle relative convinzioni riguardo l'ideologia di un'economia post-industriale e post-capitalista che trascendesse le istituzioni esistenti. Più di recente sul tema, M. O'MARA, *The Code: Silicon valley and the Remaking of America*, New York, Penguin Press, 2019.

[83] Rappresentativo del comune sentimento contrario alla regolazione pubblica il manifesto di J. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, presentato durante il vertice di Davos del 1996 (disponibile per la lettura in *www.eff.org*), in cui si afferma che i governi nazionali non hanno alcuna autorità morale o legale per imporre le loro leggi negli spazi virtuali in quanto distaccati dalla sovranità statale. In senso conforme, nella medesima stagione, si cfr. D. JOHNSON e D. POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in 48 *Stanford Law Review* (1996), 1367 ss., secondo cui la regolazione è inefficace nell'intercettare i rapidi mutamenti tecnologici, mentre le parti private sono meglio posizionate per sviluppare norme reattive e flessibili per il governo di *internet*. In senso critico, per una confutazione dell'idea contraria alla regolazione delle interazioni virtuali J. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in 65 *University of Chicago Law Review* (1998), 1199 ss.

[84] Si cfr. L. MERCIER, *The Communications Decency Act: Congress' First Attempt to Censor Speec Over the Internet*, in 9 *Loyola Consumer Law Review* (1997), 274 ss. Sulle recenti prospettive di riforma, si v. *ex multis* D. K. CITRON e B. WITTES, *The Problem Isn't Just Backpage: Revising Section 230 Immunity*, in 2 *Georgetown Law Technology Review*, 453 ss.

[85] Sulla fallacia di una simile «ingegneria» giuridica, diffusamente K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in 131 *Harvard Law Review* (2018), in particolare 1603-1613.

tutte le idee e le espressioni, anche estreme, possono trovare spazio senza forme di controllo o di censura, sia pubblica che privata[86].

La giurisprudenza della Corte Suprema ha negli anni ulteriormente rafforzato questa impostazione[87], nei fatti disincentivando indirettamente ogni possibile tentativo del Congresso di una modifica parziale dello statuto normativo dell'attività delle società digitali.

Negli ultimi anni il dibattito sulla libertà di parola ha assunto connotazioni decisamente politiche, sia per la controversia relativa alla qualifica di *public forum* dell'*account* presidenziale[88], sia per l'influenza esercitata dai *social network* in momenti cruciali della storia democratica del Paese[89].

L'inerzia legislativa ha contraddistinto anche il settore della *privacy* e del diritto della concorrenza. Gli Stati Uniti finora non hanno mai adottato una legge federale sulla protezione dei dati, con ciò rinunciando ad un approccio complessivo al tema, preferendo piuttosto regolazioni su specifici aspetti, che tuttavia sono inadatte a rispondere ai più ampi cambiamenti dell'industria tecnologica.

In ambito *antitrust*, negli ultimi venti anni le autorità pubbliche hanno osservato passivamente il mutamento della struttura dei mercati digitali verso posizioni di oligopolio, senza tuttavia registrare significative posizioni di contrasto[90].

Le ragioni vanno individuate nel tradizionale atteggiamento di diffidenza nei riguardi di interventi pubblici correttivi nell'economia americana, in quanto considerati come generalmente inefficienti e di ostacolo alle dinamiche innovative del mercato.

A ciò si aggiunge la tendenziale ritrosia a sanzionare comportamenti anti-competitivi degli operatori in presenza di rilevanti benefici per i consumatori, oltre alla constatazione di una sostanziale obsolescenza degli statuti normativi *antitrust*.

In tempi recenti, la *Federal Trade Commission* e il Dipartimento di giustizia hanno tuttavia dimostrato di voler avviare un nuovo corso con l'intenzione di sanzionare pratiche anticoncorrenziali[91] e concentrazioni monopolistiche di potere di mercato[92].

Un ambito in cui il grado di prossimità tra le società tecnologiche e il governo statunitense aumenta notevolmente è quello della sicurezza nazionale.

---

[86] In questo senso, gli Stati Uniti sono pronti a difendere la libertà di parola al di là dei confini generalmente fissati nel contesto europeo, come per alcune tipologie di discorsi incitanti all'odio o per ideologie ripugnanti che nel modello normativo di molti ordinamenti europei sarebbe considerati come lesivi della dignità individuale, o percepiti come un danno sociale cui rimediare.

[87] Si v. la prima decisione della Corte Suprema in tema, *Zeran v. America Online, Inc*., 129 F.3d 327 (1997), disponibile in *www.supremecourt.gov*, in cui viene confermata l'applicabilità della *Section 230* agli *internet services providers* sul presupposto di proteggere «freedom of speech in the new and burgeoning internet medium», mentre il riconoscimento di una responsabilità dell'intermediario *online* avrebbe costituito una «intrusive regulation of speech». Si v. inoltre *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 871– 872 (1997) per l'assimilazione della piattaforma alla stregua di una «virtual town square». Per un confronto con la recente giurisprudenza, in particolare la sentenza *Moody, Attorney General of Florida, et al. v. Netchoice, Llc, Dba Netchoice, et al.* 603 U. S. (2024), riguardante la costituzionalità di due leggi statali approvate nel Texas e in Florida che imponevano significativi oneri alle piattaforme in relazione alla moderazione dei contenuti, si v. le riflessioni di L. FABIANO, *Content moderation e free speech clause: il controverso rapporto fra libertà e responsabilità delle piattaforme digitali nella più recente giurisprudenza della Corte suprema federale USA*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 27, 88 ss.

[88] *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541 (S.D.N.Y. 2018). Si cfr. nota n. 40.

[89] Si cfr. nota n. 39.

[90] A far data dal caso *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (2001) non risultano ulteriori e significative investigazioni della *Federal Trade Commission* e del *US Department of Justice* in materia *antitrust* nel settore tecnologico.

[91] Dal 2021 la *Federal Trade Commission* è guidata da Lina Khan, nota per le sue posizioni antimonopolistiche delle società tecnologiche (sul punto L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in 126 *The Yale Law Journal* (2017), 710 ss.), da cui è derivato un rinnovato attivismo investigativo. Il più importante caso è stato avviato nel 2021 e riguarda l'acquisizione da parte dell'attuale *Meta* delle piattaforme *Instagram* e*WhatsApp* in precedenza concorrenti di *Facebook*. Secondo la FTC *Meta* detiene un potere monopolistico nel settore dei *social network,* che impedirebbe ai consumatori di godere dei benefici di una concorrenza nel mercato.

[92] Sul punto si v. *United States, et al. v. Google, LLC.* 2024.

Si tratta di un rapporto storicamente consolidato, a partire dall'importanza delle applicazioni militari nello sviluppo di *internet*[93], che in passato ha condotto a forme di collaborazione tacita volte a garantire un utilizzo governativo di dati e informazioni presenti nelle piattaforme[94], talvolta strumentali ad allarmanti attività di sorveglianza di massa[95].

Recentemente, alle preoccupazioni in tema di sicurezza nazionale si sono unite alcune misure di carattere più squisitamente protezionistico degli interessi commerciali statunitensi, come evidenziano i recenti tentativi legislativi di arresto dell'operatività di piattaforme digitali cinesi[96].

5.2. *L'approccio regolatorio europeo.* – La caratteristica essenziale del modello europeo risiede nella particolare attenzione riservata alla tutela dei diritti individuali. In esso, il settore pubblico assume un ruolo centrale nel fissare gli obiettivi e le finalità cui deve tendere l'andamento dell'economia digitale.

La regolazione diviene quindi lo strumento fondamentale per promuovere gli interessi degli utenti, preservare le strutture democratiche della società, garantire condizioni di concorrenzialità dei mercati e, infine, predisporre un'equa redistribuzione dei benefici, in un ambiente digitale sicuro e tutelato[97].

---

[93] A dispetto dei sentimenti anarco-capitalisti in voga nella *Silicon Valley* e dell'accentuata impostazione neoliberista dei mercati, gli investimenti governativi hanno avuto un ruolo imprescindibile nello sviluppo iniziale dell'economia digitale statunitense. Il *Defense Advanced Research Project Agency* (DARPA) ha infatti il merito di aver finanziato molti progetti innovativi, quali ad esempio ARPANET, predecessore di *Internet*. La stessa tecnologia *touch* alla base del funzionamento dei più moderni *smartphones* ha beneficiato di cospicue sovvenzioni governative per la ricerca, lo ricorda M. MAZZUCATO, *The Innovative State: Governments Should Make Markets Not Just Fix Them*, 2015, disponibile su *www.foreignaffairs.com*. Per un approfondimento, si v. A. BOMSE, *The Dependence of Cyberspace*, in 50 *Duke Law Journal* (2001), 1717 ss.

[94] Sul modello di collaborazione pubblico-privato nei settori della sicurezza informatica e della sorveglianza governativa, si v. K. EICHENSEHR, *Public-Private Cybersecurity*, in 95 *Texas Law Review* (2017), 467 ss., secondo il quale le società tecnologiche hanno assunto un ruolo quasi governativo su questioni chiave della sicurezza informatica, mentre il governo federale agirebbe meno come controllore o regolatore pubblico ma piuttosto quale partecipante al mercato e fruitore dei servizi e delle capacità infrastrutturali delle piattaforme. Si v. inoltre il caso *United States v. Microsoft*, 138 S.Ct. 1186 (2018) in relazione all'applicazione del *Cloud Act* che consente alle autorità investigative federali di ottenere un mandato o un'ingiunzione che costringa le aziende tecnologiche che operano nel territorio statunitense a fornire dati personali archiviati nei *server*, relativi, tra gli altri, anche ai servizi delle piattaforme *social media.* In tema di sorveglianza governativa, si v. il *Foreign Intelligence Surveillance Act*, così come emendato nel 2008, che consente l'accesso delle agenzie di *intelligence* anche i dati dei *social network*, perfino in una prospettiva extraterritoriale riguardante cittadini esteri.

[95] Il riferimento è al noto caso *Datagate* relativo alle attività di sorveglianza di massa messe in atto dalla *National Security Agency* (NSA) nei confronti di cittadini statunitensi e stranieri, conseguenti alle divulgazioni di numerosi documenti secretati da parte di Edward Snowden. Sulla collaborazione pubblico-privato in tema di cybersicurezza, si v. da ultimo l'*executive order* n. 14028 del 2021 che richiede alle società tecnologiche che gestiscono infrastrutture critiche di segnalare immediatamente tentativi di attacchi informatici alla rete.

[96] È quanto accaduto nel 2020 in relazione alle piattaforme cinesi *WeChat* e *TikTok* oggetto di distinti *executive order* del Presidente Trump, attraverso cui si disponeva un divieto di prosecuzione delle attività delle controllate delle piattaforme nell'eventualità in cui quest'ultime non fossero state vendute a società statunitensi (si v., in particolare, E.O. 13942/2020 che espressamente richiama l'esercizio straordinario dei poteri presidenziali in tema di commercio internazionale nei casi di emergenza nazionale. Il provvedimento è stato poi revocato e sostituito dal successivo E.O. 14034/2021 del Presidente Biden, che rimanda ad una successiva individuazione delle attività sulle piattaforme ritenute a maggior rischio per la privacy degli utenti. Si veda, da ultimo, il divieto di utilizzo dell'*app TikTok* sui dispositivi del governo federale statunitense, introdotto a fine 2022. Successivamente altri ordinamenti nazionali hanno poi introdotto il divieto per i dipendenti pubblici, tra cui Francia, Gran Bretagna, Belgio, Nuova Zelanda, Canada, oltre all'Unione europea. Vi sono tuttavia nazioni, come l'India e il Pakistan, che hanno esteso il bando delle piattaforme cinesi a tutta la popolazione. Nell'aprile 2024 il Congresso statunitense ha approvato una legge che ricalca i precedenti ingiunzioni a vendere (*The Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Application Act*). Nel dicembre 2024 la *U.S. Court of Appeals, DC Circuit* (case no. 24-113) ha confermato la conformità alla costituzione del *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*. In senso conforme si è espressa nel gennaio 2025 anche la *U.S. Supreme Court* (case *TikTok v. Garland No. 24-656).* Tramite un *executive order* immediatamente successivo alla pubblicazione della sentenza, il neoeletto Presidente *Trump* ha disposto infine una sospensione di 75 giorni di ogni applicazione per via amministrativa o giudiziaria del contenuto della legge.

[97] Si cfr. la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (2023/C 23/01) disponibile in *www.eur-lex.europa.eu*.

In questa visione, la trasformazione digitale è ancorata ai principi dello stato di diritto, nel più ampio quadro di un'economia capitalista di libero mercato in cui convivono aspirazioni, talvolta intrusive, di conformazione delle attività degli operatori economici più rilevanti. Rispetto all'approccio statunitense, il contesto europeo implica perciò una maggiore fiducia e consuetudine per interventi pubblici nell'economia in funzione di modifica degli equilibri allocativi e distributivi del mercato[98].

La disciplina normativa è orientata a mitigare le asimmetrie di potere esistenti con l'obiettivo di favorire un'economia digitale contraddistinta da una maggiore solidarietà ed equità, in coerenza con il modello europeo di economia sociale di mercato.

La regolazione assume a diverse latitudini un impatto significativo sul funzionamento delle piattaforme. I principali e recenti interventi normativi hanno riguardato la protezione dati personali, il contrasto ai contenuti d'odio e alla disinformazione *online*, la regolazione dei servizi digitali e l'affermazione di diritti degli utenti nei confronti delle piattaforme e, infine, le condizioni di liceità nell'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale. Per altro profilo, il legislatore ha promosso le condizioni di concorrenzialità dei mercati digitali, un quadro comune per la tassazione dei profitti, nuovi presupposti per la circolazione dei dati nel mercato unico, ed un regime speciale di salvaguardie per i lavoratori precari delle piattaforme.

La protezione dei dati personali possiede una lunga tradizione costituzionale all'interno dell'ordinamento giuridico europeo[99]. La conformazione della *privacy* quale diritto fondamentale distingue così nettamente l'esperienza europea da quella statunitense e, soprattutto, cinese.

L'obiettivo generale delle regolazioni è di promuovere l'autodeterminazione degli individui attraverso un maggiore controllo sui dati personali.

Con la prima direttiva *privacy*[100] si è sviluppato un modello attuativo decentrato basato sull'attività delle autorità indipendenti nazionali, allo scopo dotate di poteri normativi, di vigilanza, e di attuazione.

Il regolamento generale sulla protezione dei dati del 2016 impone numerosi limiti al trattamento dei dati e agli scopi per cui esso è possibile per le piattaforme digitali, disciplinando importanti strumenti di conoscenza e di tutela per l'utente[101].

Anche la tutela della libertà di parola e di informazione assume rango costituzionale, sebbene non incondizionato, dovendo essere contemperata con la necessità di garantire il rispetto della dignità umana, che può essere compromessa da discorsi ritenuti socialmente dannosi. Se confrontato con l'ordinamento statunitense, quello europeo adotta infatti un atteggiamento più restrittivo nei confronti dell'incitamento all'odio, delle espressioni razziste o xenofobe.

---

[98] In termini generali, sulle tipologie astratte di capitalismo, P. HALL e D. SOSKICE, *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2001. In relazione alle modalità di intervento pubblico nell'economia, su tutti, *ex multis*, F. BASSANINI, G. NAPOLITANO e L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, il Mulino, 2021. M. MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Sector Myths*, Londra, Penguin Books Ltd, 2018. Da ultimo, si cfr. inoltre A. MOLITERNI, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia*, in *Riv. reg. mer.*, 2024, n. 1, 63 ss.

[99] Si cfr. articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sul punto, più approfonditamente, T. STREINZ, *The Evolution of European Data Law*, in *The Evolution of EU Law*, a cura di P. Craig e Gráinne de Búrca, Oxford, Oxford University Press, 2021.

[100] Direttiva 95/46/CE.

[101] Nell'ambito del Regolamento (UE) 2016/679 si pensi ad esempio, alle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali (art. 6) e di categoria particolari di questi (art. 8), alle condizioni per il consenso (art. 7), alle informazioni da fornire all'interessato sulle modalità di gestione dei dati (artt. 12, 13, 14) ai diritti di accesso (art. 15), al diritto di rettifica (art. 16), all'oblio (art. 17), alla limitazione del trattamento (art. 18), alla portabilità dei dati (art. 20), al diritto di opposizione (art. 21).

La disciplina delle attività di moderazione dei contenuti *online* è in prevalenza affidata a strumenti di *soft law*, tramite l'adozione di codici di condotta ed altri strumenti di autoregolazione guidata adottati su base volontaria dalle piattaforme[102].

Tra gli obiettivi primari del diritto *antitrust* europeo vi è la massimizzazione del benessere dei consumatori. Si tratta di una decisa funzionalizzazione degli strumenti del diritto della concorrenza, considerato che quest'ultima è tradizionalmente impiegata per promuovere l'efficienza, piuttosto che l'equità[103]. In questo senso, il contrasto alle posizioni di monopolio dovrebbe porsi in ottica strumentale rispetto agli accresciuti vantaggi degli utenti finali.

Il *Digital Markets Act* (Regolamento UE 2022/1925) segna il passaggio dalla strategia di vigilanza *ex post* ad una forma di regolazione *ex ante* che recepisce in larga parte i risultati delle investigazioni delle autorità *antitrust* degli ultimi anni.

L'ambito di applicazione è ristretto all'attività delle piattaforme di ampie dimensioni (*gatekeepers*) che assumono contestualmente un impatto significativo sul mercato interno in termini di gestione consolidata e duratura di un punto di accesso nevralgico tra utenti commerciali e consumatori[104]. Dalla qualificazione discende una serie dettaglia di obblighi attinenti: *i*) alle limitazioni nell'utilizzo dei dati degli utenti che sconfinerebbero in uno sfruttamento abusivo della propria posizione dominante[105]; *ii*) alle garanzie di utilizzo della piattaforma a condizioni eque da parte degli operatori commerciali che offrono servizi concorrenti[106]; *iii*) alle altre garanzie di interoperabilità di alcune funzioni essenziali della piattaforma[107]; *iv*) agli oneri informativi e alla necessità di effettuare procedure periodiche di *audit* interno[108].

Il *Digital Services Act* (Regolamento UE 2022/2065) regola le condizioni per l'erogazione dei servizi digitali nel mercato interno. Da un lato, la normativa fornisce un campionario esteso di diritti per gli utenti, a spiccata valenza procedurale, che saranno azionabili allo scopo di limitare le modalità di esercizio del potere economico delle piattaforme. Dall'altro lato, la normativa stabilisce una nuova architettura di pubblici poteri nell'arena europea, con funzioni sanzionatorie e di controllo.

Riguardo il primo profilo, le garanzie informative e di partecipazione degli utenti hanno la funzione di accrescere la trasparenza, gli obblighi e le responsabilità delle piattaforme nella gestione di alcune funzionalità ed aspetti critici della loro attività[109].

---

[102] Si cfr. il Codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2022, elaborato dalla Commissione europea, a cui hanno finora aderito 34 grandi società tecnologiche. Il codice si compone di 44 impegni e 128 misure specifiche in particolare nell'ambito della demonetizzazione dei contenuti disinformativi, della trasparenza della pubblicità politica, dell'integrità dei servizi, del rafforzamento della comunità di *fact-checking*. Si veda inoltre il Codice di condotta sulla lotta all'incitamento all'odio illegale *online*, elaborato nel 2016, a cui partecipano le principali piattaforme di *social network*, la cui attuazione viene valutata attraverso un periodico monitoraggio da parte delle istituzioni europee (entrambi i codici sono disponibili in *www.digital-strategy.ec.europa.eu*). In alcuni ambiti più sensibili, l'Unione europea è intervenuta con una normativa *hard law* come nel caso del Regolamento (UE) 2021/784 relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici *online*.

[103] Come accade ad esempio nell'ordinamento giuridico statunitense. Tra i casi *antitrust* più rilevanti nel contesto europeo degli ultimi anni figura l'accertamento da parte della Commissione nel 2020 dell'abuso di posizione dominante da parte di *Google* nel mercato dei motori di ricerca e della comparazione dei prezzi dei prodotti. Su tale fattispecie, si v. da ultimo la sentenza CGUE *Google LLC e Alphabet c. Commissione europea*, C-48/22 P, del 10 settembre 2024 (disponibile in *www.curia.europa.eu*).

[104] Si cfr. art. 3, par. 1 e relative presunzioni previste al par. 2.

[105] Si cfr. art. 5, par. 2.

[106] Si cfr. art. 5, par. 3-8.

[107] Si cfr. art. 7.

[108] Si cfr. art. 14 e 15.

[109] Si vedano ad esempio gli obblighi di pubblicità riguardanti le procedure di moderazione dei contenuti, il processo decisionale algoritmico, l'utilizzo di sistemi automatizzati (art. 12, 13, 23), la disciplina dei meccanismi di notifica e azione (*notice and take down*, art. 14), gli obblighi di motivazione delle decisioni di esclusione dal servizio (art. 15), la previsione di garanzie nel sistema interno di gestione dei reclami (art. 17), la trasparenza della pubblicità *online* (art. 24), ed infine, l'insieme degli obblighi gravanti sulle c.d. *very large online platforms* e relativi alla valutazione del rischio sistemico (artt.

In relazione al secondo profilo, la regolazione istituisce nuove autorità amministrative nazionali cui affidare la responsabilità attuativa della disciplina, sebbene la competenza esclusiva della Commissione europea sulle piattaforme di grandi dimensioni (*very large online platforms*) rischia di esautorarne nel concreto le attribuzioni[110].

Le regolazioni europee sono permeate da rilevanti impegni programmatici a forte valenza politica e ideologica. Se il modello generale di economia che ne traspare può ancora dirsi di matrice liberale, è anche vero che le autorità pubbliche assumono significative prerogative di indirizzo e di condizionamento rispetto alle finalità sociali ed economiche perseguibili nei mercati digitali[111].

Per altro verso, l'ulteriore dato rilevabile dalle normative certifica la progressiva perdita di rilevanza degli Stati membri nella gestione della *governance* digitale, in favore di un modello accentrato di gestione dei poteri di vigilanza e di controllo presso la Commissione europea.

L'assetto normativo europeo assume poi una connotazione protezionistica con riferimento ad almeno due aspetti fondamentali.

Dal versante del mercato interno, l'attivismo regolatorio accresce l'insieme dei diritti individuali azionabili dagli utenti e al contempo disciplina le modalità di gestione dei dati da parte delle piattaforme digitali di grandi dimensioni, fissandone inoltre i limiti in relazione ai flussi transfrontalieri verso Paesi terzi[112]. La crescente preoccupazione per il controllo dei dati personali localizzati nel territorio europeo costituisce infatti una componente specifica della complessiva strategia di sovranità digitale europea[113].

Dalla prospettiva delle relazioni commerciali esterne, nell'Unione europea si è sviluppata di recente una maggiore consapevolezza sulla necessità di accrescere le capacità di sviluppo tecnologico e di ridurre le dipendenze economiche e produttive nel contesto geopolitico[114].

Tale coscienza tende a tradursi in forme di tecno-nazionalismo, indirizzate verso obiettivi di autosufficienza tecnologica e di autonomia strategica[115].

In questo senso, è emersa in ambiti europei la necessità di difendere anche le risorse tecnologiche da acquirenti stranieri, attraverso una selezione più attenta degli investimenti diretti esteri[116].

---

26 e 27), agli *audit* indipendenti (art. 28) e agli altri obblighi supplementari in materia di trasparenza e di pubblicità (artt. 30 e 33).

[110] Regolamento UE 2022/2065 artt. 49, 65, 66 e 75.

[111] Una delle principali critiche al modello europeo riguarda gli alti costi sostenuti dagli operatori economici al fine di conformarsi alla normativa, i quali gravano proporzionalmente molto di più su aziende di piccole o medie dimensioni piuttosto che sulle società multinazionali. Di questo elemento vi è stata negli ultimi tempi una presa di coscienza: se il GDPR aveva un ambito di applicazione indiscriminato, per l'applicazione del DMA e DSA è prevista una consolidata presenza nel mercato, confermata da alcuni indici presuntivi basati su specifiche soglie di fatturato e sul medio numero di utenti (si cfr. art. 3, par. 1 e 2 DMA, art. 33, par. 1 e 4 DSA).

[112] Si cfr. art. 31 *Data Governance Act* (Regolamento UE 2022/868) e art. 32 *Data Act* (Regolamento UE 2023/2854). Su questi aspetti, si v. E. FAHEY, *The EU as a Global Digital Actor: Institutionalising Global Data Protection, Trade, and Cybersecurity*, Londra, Bloomsbury Publishing, 2022.

[113] Ciò potrebbe infatti indurre altre economie globali ad introdurre lo stesso livello di protezione dei dati garantito nell'Unione europea. Questa, in sintesi, sembra la scommessa europea: sfruttare il vantaggio che deriva da essere il primo regolatore a su scala globale e innescare un processo di emulazione regolativa da parte dei paesi terzi, come accaduto in parte con l'approvazione del GDPR. È tutt'altro certo però che il *Brussels effect* possa essere replicato nel nuovo contesto digitale, in quanto l'importanza relativa dell'economia europea appare in costante (e inesorabile) diminuzione. Ancora più importante, gli standard tecnici sono diventati sempre più importanti nelle strategie di armonizzazione digitale e l'UE sembra avere una presa più debole su tali processi di standardizzazione (come dimostrato dall'esperienza piuttosto infruttuosa con il progetto di federazione *cloud* Gaia-X).

[114] Si cfr. il Regolamento (UE) 2023/1781 (*Chips Act*) che istituisce un quadro di misure per rafforzare l'ecosistema europeo dei semiconduttori.

[115] C. HOBBS (a cura di), *Europe's digital sovereignty: From rulemaker to superpower in the age of US-China rivalry*, European Council on Foreign Relations, 2020, disponibile in *www. ecfr.eu*.

[116] Si cfr. Regolamento (UE) 2019/ 452 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

In un'ottica speculare, è stato ampliato il regime di controllo sulle esportazioni di tecnologie avanzate, specie nei settori della sorveglianza informatica e dell'intelligenza artificiale[117].

Complementare a tale prospettiva è poi l'emersione di una nuova forma di politica industriale europea, più vicina per certi aspetti a modelli di economia dirigista, che prevede il sostegno finanziario alla produzione in quantità ottimali di alcuni beni ritenuti strategici, come batterie, *chip, cloud computing* e semiconduttori[118].

Negli ultimi anni in Europa si è assistito ad un fenomeno di iper-regolazione digitale, secondo direttrici eterogenee non sempre in coordinamento reciproco. Fondamentale sarà dunque comprendere in quale modo saranno conciliabili i criteri di apertura economica di mercato e di cooperazione commerciale in campo internazionale, con gli obiettivi di autosufficienza produttiva nei settori strategici e le altre misure di stampo protezionistico.

5. Il controllo burocratico in Cina. – Il modello cinese si caratterizza per un deciso intervento statale nell'economia digitale, in base al quale la tecnologia è concepita in prevalenza come strumento di sorveglianza e di propaganda a fini politici nella società civile. Gli obiettivi principali perseguiti dal governo in ambito digitale riguardano lo sviluppo dell'industria tecnologica, la stabilità sociale e il controllo delle comunicazioni *online* dei cittadini[119].

Il sistema cinese concreta una forma di autoritarismo digitale nella misura in cui la gestione delle società tecnologiche è soggetta al perseguimento dei fini statali. In quest'ottica, il modello giuridico cinese stato-centrico ha storicamente promosso lo sviluppo dell'industria tecnologica nazionale, sostenendo le società nazionali con generosi sussidi e proteggendole al contempo dalla concorrenza estera tramite l'attuazione di severe misure protezionistiche di mercato. L'obiettivo in origine fu infatti quello di isolare le aziende tecnologiche nazionali in modo che potessero raggiungere nel mercato interno la dimensione adeguata in relazione agli obiettivi macroeconomici del governo[120].

Il rapporto tra governo (*rectius*: il Partito comunista cinese) e le aziende tecnologiche nazionali è stato sempre contraddistinto da una accentuata simbiosi e reciproca utilità.

Come contropartita di una prima stagione regolatoria piuttosto permissiva, le società cinesi hanno spesso agito quale *longa manus* delle direttive governative nello svolgimento delle funzioni di sorveglianza dei cittadini.

La visione cinese sull'economia digitale è focalizzata sul duplice obiettivo del predominio tecnologico e del mantenimento della stabilità sociale attraverso il controllo politico delle interazioni *online*.

Dopo la crisi finanziaria del 2008, il governo cinese ha attuato una decisa politica industriale di sostegno allo sviluppo tecnologico nazionale, nella prospettiva di acquisire nel lungo termine un'autosufficienza nei principali settori strategici, riducendo la dipendenza dai centri produttivi esteri.

Il protezionismo digitale contraddistingue un elemento fondamentale del modello giuridico cinese, e ha trovato una specifica attuazione attraverso varie forme di restrizioni di mercato per le società tecnologiche straniere, quali ad esempio il vincolo di formare *joint venture* con *partner* locali o l'obbligo di condividere i dati degli utenti con il governo cinese. In questo senso è stato frequentemente disposto il blocco di siti *web* e di piattaforme, soprattutto statunitensi, che non avevano eseguito le indicazioni governative.

---

[117] Sebbene nel lungo termine ciò potrebbe in risultare in un rischio concreto di reazioni dei Paesi terzi, con l'inevitabile formazione di barriere commerciali digitali in entrata ed in uscita.

[118] Si cfr. i progetti in ambito europeo *Alliance on Processors and Semiconductor technologies* e *Joint Undertaking Chips*, consultabili in *www.european-union.europa.eu*.

[119] P. DU, S. YU e D. YANG, *The Development of E-Governance in China*, Berlino, Springer, 2019.

[120] A. BRADFORD, *Digital Empires*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

Il controllo politico è al centro del modello di *governance* pubblica digitale cinese. Negli anni il governo ha attuato una serie di misure, normative e tecnologiche, al fine di perseguire gli obiettivi di sorveglianza generalizzata, formalmente giustificati da interessi di sicurezza nazionale, di stabilità sociale e di moralità collettiva.

A questo riguardo, il *Great Firewall* è costituito da un insieme di applicazioni volte a limitare l'accesso degli utenti cinesi a contenuti *online* ritenuti socialmente dannosi[121]. Il sistema utilizza tecnologie che bloccano l'accesso a determinati siti *web*, censurano le informazioni che il governo cinese ritiene indesiderate, ed è progettato in modo da rimuovere l'anonimato degli utenti *online.* Il programma impedisce di fatto l'operatività di molte delle piattaforme digitali estere, accentuandone così i caratteri di misura protezionistica e di censura, con effetti sia interni che esterni al mercato digitale cinese.

A partire già dalle fasi iniziali del primo mandato del presidente Xi, il governo cinese ha ulteriormente inasprito il regime restrittivo che regola il comportamento *online* dei cittadini, e ha quindi istituzionalizzato un approccio ancor più autoritario della politica tecnologica cinese, attraverso l'approvazione di una serie provvedimenti normativi, in tema di sicurezza nazionale[122], informatica[123] e dei dati[124].

Con riguardo alla censura *online*, il governo persegue una strategia opportunistica finalizzata ad individuare una misura ottimale delle restrizioni.

Da un lato, vi è l'esigenza di attuare un controllo che non travalichi le soglie di tollerabilità della società cinese. Questa impostazione, più «permissiva», è funzionale, peraltro, all'acquisizione di un numero maggiore di informazioni sull'andamento del discorso pubblico.

Dall'altro lato, vi è l'esigenza di intervenire in modo repentino ed efficace nei casi concreti in cui la libera trasmissione di contenuti sgraditi dei singoli utenti può potenzialmente influenzare l'opinione pubblica.

L'intelligenza artificiale, e in particolar modo il riconoscimento facciale, costituiscono uno strumento ormai essenziale per la sorveglianza statale di massa. Il governo cinese tende a giustificare l'utilizzo di tali dispositivi in varie città come necessario per la sicurezza dei cittadini e per l'amministrazione efficiente dei servizi pubblici[125].

Più che alla sicurezza sociale o all'efficienza, i sistemi di riconoscimento e di profilazione preludono invece a forme sempre più invasive di controllo statale autoritario tramite strumenti tecnologici[126].

In questa prospettiva va inquadrato anche il programma *Social credit system*, che sviluppa un vasto (e allarmante) sistema di valutazione della reputazione economica e sociale dei cittadini cinesi[127]. In esso, sofisticati sistemi algoritmici aggregano una considerevole mole di informazioni dei cittadini che saranno strumentali all'assegnazione di un punteggio individuale. Quest'ultimo può condurre a varie forme di ricompense o, all'opposto, a sanzioni economiche o sociali.

---

[121] J. GRIFFITHS, *The great firewall of China. How to build and control an alternative version of the internet*, Londra, Bloomsbury, 2019.

[122] Legge sulla sicurezza nazionale emanata il 7 luglio 2015.

[123] Legge sulla cybersicurezza nazionale, approvata il 7 novembre 2016.

[124] Legge sulla sicurezza dei dati approvata il 10 giugno 2021.

[125] Valorizzando ad esempio i dati che indicano una riduzione della criminalità e una gestione semplificata dell'ordine pubblico attraverso il loro uso. Si cfr. F. NASI, *Il panopticon liquido: la sorveglianza nelle smart city cinesi*, 2021, disponibile su *www.pandorarivista.it*.

[126] R. ANDERSEN, *The Panopticon Is Already Here*, 2020, disponibile su *www.theatlantic.com*. Con riguardo al progetto *Sharp Eyes*, si v. D. GERSHGORN, *China's "Sharp Eyes" Program Aims to Surveil 100% of Public Space*, disponibile su *www.onezero.medium.com*. Sui sistemi di sorveglianza, si v. l'inchiesta di C. CAMPBELL, "*The Entire System Is Designed to Suppress Us": What the Chinese Surveillance State Means for the Rest of the World*, 2019, disponibile su *www.time.com*.

[127] D. SÍTHIG, M. SIEMS, *The Chinese Social Credit System: A Model for Other Countries?*, in EUI Working Papers, 2019, n. 1, 12-29.

Il programma è in sostanza preordinato alla sottrazione di diritti, anche fondamentali, degli individui considerati non socialmente affidabili secondo i criteri governativi.

Più di recente, il governo cinese ha avviato un'ambiziosa fase legislativa che ha condotto all'approvazione di una nuova legge organica sulla protezione dei dati personali[128] e sulla sicurezza informatica[129], oltre all'emanazione di una severa disciplina antimonopolistica nei mercati digitali[130].

Le motivazioni alla base del recente attivismo regolatorio possono essere molteplici.

Il controllo normativo statale riflette in primo luogo la crescente attenzione rispetto ala redistribuzione della ricchezza, e la conseguente necessità di perseguire una prosperità comune di fronte alle divisioni sociali e alle disuguaglianze crescenti nella società cinese[131].

Un secondo aspetto risiede nella volontà del governo cinese di riaffermare forme di controllo pervasivo sui dati gestiti dalle grandi società tecnologiche[132].

Il terzo ordine di ragioni riguarda la volontà del governo cinese di orientare l'industria tecnologica nazionale verso settori strategicamente più rilevanti che possano supportare la crescita economica a lungo termine del Paese, come la produzione di semiconduttori, *chip*, batterie, componenti elettronici ed altri sistemi *hardware*.

Il modello normativo cinese, per alcuni aspetti, possiede alcune specifiche somiglianze con il prototipo europeo che enfatizza l'equità e la ridistribuzione dei benefici sociali dell'economia digitale. È certo, tuttavia, che al di là dei recenti mutamenti legislativi rimangono intatte alcune essenziali caratteristiche del sistema cinese quali, la sorveglianza di massa, la sistematica violazione delle libertà civili e la soppressione della libertà di parola.

Per altro verso, la censura cinese e le pratiche di sorveglianza sociale complicano gli sforzi delle aziende tecnologiche cinesi di espandersi nei mercati esteri. Ciò illustra la tipologia di rischi politici, e di costi economici, che tali aziende possono scontare per l'insistenza del controllo statale nella loro *governance* societaria[133].

Sotto un diverso punto di vista, l'esperienza cinese ha anche dimostrato l'infondatezza di alcuni assiomi sottostanti al modello statunitense di sviluppo tecnologico.

In primo luogo, l'esempio cinese ha revocato in dubbio il presupposto che un sistema liberista di mercato sia indispensabile per il funzionamento di *internet*. Il governo cinese rappresenta infatti un'originale mediazione che consente il funzionamento di una prospera

---

[128] Legge sulla protezione delle informazioni personali approvata nell'agosto 2020, per la cui analisi si rimanda a L. WU, *The Chinese Personal Information Protection Law (PIPL): China's new law on personal information*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2022.

[129] Su cui, diffusamente, R. CREEMERS, *Cybersecurity Law and Regulation in China: Securing the Smart State*, in 6 *China Law and Society Review* (2021), 111 ss.

[130] Si cfr. R. CREEEMERS, *The Great Rectification: A New Paradigm for China's Online Platform Economy*, 2023, disponibile su *www.ssrn.com*.

[131] I. MAZZOCCO e S. KENNEDY, *Is It Me or the Economic System? Changing Evaluations of Inequality in China*, 2024, consultabile su *www.bigdatachina.csis.org*.

[132] In questo senso è significativo rilevare che il governo cerchi di rafforzare i diritti degli utenti cinesi nei confronti delle aziende tecnologiche, ma non nei confronti dello Stato stesso. Ad esempio, il *Personal Information Protection Law* (PIPL) prevede ampi diritti di protezione dei dati, ma contiene un'eccezione di sicurezza pubblica che consente all'autorità governativa di continuare a svolgere attività di sorveglianza di massa senza essere vincolata al rispetto dei diritti dei singoli (si v. in proposito l'art. 26).

[133] Su questi aspetti, A. ZHANG, *Chinese Antitrust Exceptionalism. How The Rise of China Challenges Global Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2021. L'azienda *Huawei* è stata uno dei principali obiettivi delle sanzioni statunitensi. Sulla base di due distinti *executive order* (si cfr. E.O. n. 13959/2020, E.O. n. 14032/2021) sia il presidente Trump che Biden hanno limitato gli investimenti di cittadini statunitensi in aziende che producono tecnologie di sorveglianza per il governo cinese. Gli Stati Uniti considerano *Huawei* un'estensione del Partico comunista cinese, rappresentando con ciò una minaccia per la sicurezza informatica e la sicurezza nazionale degli Stati Uniti. Nel contesto europeo, si v. da ultimo il *report Implementation of the 5G cybersecurity Toolbook* della Commissione europea del giugno 2023 (accessibile su *www.ec.europa.eu*), in cui *Huawei* è «materially higher risks than other 5G suppliers» (p. 2).

economia digitale (sebbene autarchica e subordinata ai fini politici), con un regime normativo autoritario tendente alla soppressione delle libertà individuali.

In secondo luogo, il sistema cinese dimostra un'inedita convivenza tra una cultura imprenditoriale dinamica, innovativa e tendente al progresso tecnologico, con un modello economico di stampo dirigista, contraddistinto da un pervasivo potere di indirizzo statale nei mercati digitali.

Sono infatti queste caratteristiche, tra le altre, a rendere difficile per gli Stati Uniti e l'Europa contrastare in un'ottica geopolitica il crescente fascino esercitato dal modello cinese, specialmente per i Paesi in via di sviluppo[134].

6. *Tre ragioni per una (possibile e necessaria) convivenza tra regole pubbliche e private negli spazi digitali.* – Un primo ordine di motivazioni va individuato nei rapporti che le norme di origine pubblica e privata hanno con il territorio di riferimento.

I mercati digitali hanno un'estensione transnazionale che oltrepassa i confini degli Stati nazionali. Il vasto potere economico acquisito consente loro di imporre unilateralmente una *lex mercatoria* di ispirazione neoliberista (per lo meno per le società di origine statunitense), refrattaria ad ogni regolazione esterna che modifichi il contenuto della relazione contrattuale con gli utenti, o che ambisca ad un effetto conformativo sulla concorrenzialità dei mercati.

Volendo sintetizzare, i principali obiettivi per ogni governo nazionale che si trovi a dover fronteggiare l'attività delle grandi società tecnologiche possono essere ridotti ai seguenti: una tutela efficace dei diritti degli utenti/consumatori; una gestione del discorso pubblico *online* coerente con il quadro normativo e socio-culturale di riferimento; mercati digitali equi, concorrenziali e contendibili; un'imposizione fiscale parametrata agli utili effettivi realizzati nel territorio nazionale; e infine, l'eventuale addebito parziale dei costi relativi alla trasmissione ed alla gestione delle rete per le società c.d. *over the top*[135].

Ciascuna delle tematiche elencate pone rilevanti criticità in merito alla concreta applicabilità di una regolazione pubblica, oltre a far emergere l'insufficienza di un approccio normativo autarchico su base nazionale.

Le incognite riguardano principalmente la sfera di efficacia delle norme pubbliche in relazione al carattere transnazionale della piattaforma, la circostanza secondo la quale la loro attuazione può essere notevolmente dispendiosa per l'accertamento dei presupposti applicativi e, infine, la constatazione per cui risultano comunque necessarie forme di cooperazione con gli altri Stati.

Se si considera l'ordinamento giuridico europeo, va peraltro aggiunto che per molti aspetti l'attuale struttura del mercato unico digitale impedisce una modifica unilaterale delle condizioni del suo funzionamento da parte di uno Stato membro.

Anche a volerne ammettere i presupposti, un ulteriore effetto negativo di questo scenario sarebbe poi una corsa «al ribasso» degli Stati per offrire le condizioni giuridiche ed economiche più favorevoli all'insediamento della sede legale delle società tecnologiche, come peraltro in passato già avvenuto, con risultati non esaltanti, in ambito fiscale[136].

---

[134] M. ERIE e T. STREINZ, *The Beijing Effect: China's "Digital Silk Road" as Transnational Data Governance*, in 54 *N.Y.U. Journal of International Law & Politics* (2021), 83 ss.

[135] Nel 2023 la Commissione europea ha avviato la consultazione dal titolo *The future of the electronic communications sector and its infrastructure*, disponibile in *www.digital-strategy.ec.europa.eu*, con lo scopo di vagliare la possibilità di introdurre una *fair share* in capo agli *OTT* che beneficiano dell'utilizzo delle infrastrutture digitali. Sul punto, si cfr. i dati relativi agli investimenti e ai costi sostenuti dalle aziende *telco* per la manutenzione e l'aggiornamento delle reti, contenuti nel *Annual Report 2023* dell'*European Telecommunications Network Operators' Association* (ETNO), disponibile in *www.connecteurope.org*. In favore di una condivisione degli investimenti commerciali M. DRAGHI, *The future of European competitiveness. Part. A., A competitiveness strategy for Europe*, 2024, p. 35, disponibile in *www.commission.europa.eu*.

[136] Come è noto le grandi piattaforme digitali tendono a fissare la propria sede legale e fiscale in un ristretto numero di Stati europei, in cui vige un regime d'imposta favorevole (si v. ad esempio la *Meta Platforms Technologies Ireland Limited*

In questo senso, anche una regolazione su scala regionale nel contesto globale può non consentire di affrontare alla base alcuni degli aspetti decisivi della struttura economica dei mercati digitali, che favoriscono posizioni di monopolio. Conseguentemente essa può non risolvere alla radice molti pregiudizi per i diritti degli utenti in rete.

Analizzando poi più nel dettaglio l'esperienza legislativa europea, è possibile rilevare che i casi di successo applicativo delle regolazioni di settore si fondano essenzialmente sul presupposto di una efficacia extra territoriale delle norme.

Se tale modello fosse esteso con formula esatta alle altre economie regionali, si avrebbero una pluralità di sistemi normativi-valoriali diversi, chiusi al loro interno e autoreferenziali nella fissazione delle regole, con una marcata propensione a disciplinare aspetti che rientrano in una sfera di interferenza con altri ordinamenti. Un aspetto non secondario in questo scenario riguarderebbe allora la gestione dei reciproci casi di *spill-over* degli effetti delle regolazioni e la composizione delle possibili asimmetrie tra diversi regimi giuridici[137].

Sotto un altro versante, occorre prendere atto con realismo dell'impossibilità di una regolazione globale del digitale[138].

I precedenti tentativi di gestione multilaterale e intergovernativa sono falliti, mentre si è affidato a società di diritto privato la regolamentazione e la gestione di alcuni aspetti e *standard* tecnici di *internet* (per esempio, protocolli e domini di rete). Se finora la logica di funzionamento della rete è stata ispirata a criteri liberali di apertura e di libero scambio nei mercati, gli attuali assetti geopolitici possono preludere ad un mutamento di prospettiva nei prossimi anni, ispirato ad una maggiore chiusura e frammentazione di *internet*, con la creazione di sistemi disconnessi e non comunicanti, come accade per l'esempio cinese.

Se si assume l'inattuabilità di un approccio condiviso globale basato sugli strumenti del diritto internazionale, la regolazione effettiva delle relazioni tra utenti e società tecnologiche sarà sempre composta anche da spazi di inevitabile autonomia privata.

Per altro aspetto, muovendo dall'assioma della territorialità del diritto, la conformazione transnazionale dei mercati conduce necessariamente ad un cortocircuito insanabile circa la crisi della statualità di fronte ai nuovi spazi giuridici del digitale[139].

---

con sede a Dublino). Ciò determina una notevole asimmetria tra l'origine dei profitti commerciali, ubicati nell'intero territorio europeo, e il loro effettivo luogo di tassazione e conseguente redistribuzione. L'accordo quadro OCSE sull'erosione della base imponibile e sul trasferimento degli utili, ottenuto nell'ambito delle riunioni del G20 dell'ottobre 2021, prevede una soluzione a due pilastri. Il primo comprende l'insieme degli accordi e delle normative che garantiranno una redistribuzione proporzionale di diritti di imposizione alle giurisdizioni in cui i gruppi multinazionali detengono la propria quota di mercato. Il secondo pilastro riguarda l'insieme delle norme che introducono una tassazione effettiva minima dell'imposta sulle società (su cui *supra* nota 100). Si cfr. inoltre la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 10 settembre 2024 (causa C-465/20P) con cui è stata annullata la precedente decisione del Tribunale che aveva dichiarato illegittima la decisione della Commissione di qualificare come aiuto di Stato illegale l'intesa fiscale anticipata (c.d. *fiscal ruling*) raggiunta dal governo irlandese con la società *Apple,* ordinandone il recupero del relativo gettito.

[137] Sul punto J. SCOTT, *The Global Reach of EU Law*, in *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, a cura di M. Cremona e J. Scott, Oxford, Oxford University Press, 2019, 21 ss.

[138] L'unico aspetto su cui si è raggiunto un accordo a livello internazionale riguarda il settore fiscale, con l'introduzione della c.d. *global minimum tax*, la quale garantisce che le grandi imprese multinazionali paghino un livello minimo di imposta sul reddito prodotto in ogni giurisdizione in cui operano, riducendo così gli incentivi allo spostamento fittizio dei profitti e la conseguente concorrenza fiscale degli ordinamenti nazionali. Nell'attuale formulazione l'aliquota è pari al 15 per cento e si applica alle società con un fatturato superiore a 750 milioni di euro. L'elaborazione di tale misura impositiva si inserisce nell'ambito dell'iniziativa *Global Anti-Base Erosion* (GloBE) *Model Rules* promossa dall'OCSE e approvata dal G20 nel 2021. La direttiva (UE) 2022/2523 ne recepisce la struttura fondamentale. Per l'ordinamento italiano, si v. il d.lg. 27 dicembre 2023, n. 209 attuativo della direttiva europea. Sul tema, A. MARINELLO, *Sovranità dello Stato e global minimum tax*, Pisa, Pacini, 2023.

[139] F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, n. 4, 543 ss. Sul fondamento della «territorialità» del diritto statuale, esercitabile in assenza di luoghi fisici N. IRTI, *Norma e luoghi*, Bari, Laterza, 2006, 6 ss. Sulla scelta della tipologia di norma negli spazi digitali, già compiutamente M.R. BURNSTELN, *Conflits on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspase*, in 29 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1996), in particolare 77-83.

La problematica concreta a cui deve darsi conto finisce così per declinarsi nel dubbio amletico sulla scelta della fonte normativa cui affidare il compito di disciplinare questi fenomeni: se debba cioè trattarsi di una fonte di origine negoziale o, all'opposto, di una fonte autoritativa; e, in quest'ultimo caso, presso quale ordine collocarla (se sovranazionale o globale).

In realtà, lo sviluppo della *governance* dei mercati globali ha sin qui dimostrato che non esiste una rigida alternatività tra regolazione pubblica e fonti di tipo negoziale.

Diversamente, avrebbe una limitata rilevanza una disputa tra due modelli contrapposti, nella misura in cui si intenda sceglierne uno a discapito dell'altro[140].

Nelle attività digitali hanno sempre convissuto, in un sistema multilivello, diverse tipologie di regole, pubbliche e private, che costituiscono emanazione di altrettante espressioni di potere[141].

Il secondo ordine di motivi per una convergenza tra norme pubbliche e private attiene alla scelta della tipologia di regolazione adatta allo specifico contesto.

Non tutti gli ambiti dell'economia digitale possono essere sottoposti in eguale misura o modalità ad una regolazione pubblica.

Per alcuni di essi è sconsigliabile un approccio di tipo *hard law* (ad esempio, in tema di contrasto alla disinformazione, censura online, tutela del diritto di espressione), per altri sono auspicabili forme di co-regolazione dei fenomeni che possano «delegare» alla piattaforma la risoluzione o la gestione di alcune dinamiche delle interazioni digitali, purché sia garantita alla base un'effettiva garanzia di un controllo amministrativo o giurisdizionale sulla conformità delle decisioni private all'ordinamento giuridico.

Allo stesso modo, anche i pregiudizi per gli utenti appaiono divergere sensibilmente a seconda dei contesti e del tipo di funzione economica svolta dalla piattaforma nel caso specifico.

A differenti problematiche devono quindi far capo soluzioni regolative coerenti ed appropriate.

Si considerino, ad esempio, le esigenze relative al contrasto della disinformazione o dei discorsi d'odio *online*. In questi casi è necessario considerare che buona parte del successo di tali contenuti risiede nella circostanza per cui, avendo un forte seguito tra la comunità di utenti, questi acquistano conseguentemente un maggiore valore economico per le piattaforme, le quali tenderanno proprio ad ampliarne la visibilità per conseguirne un maggiore profitto[142].

L'approccio regolatorio che affronti tali problematiche dovrà pertanto fissare dei corretti presìdi che risultino efficaci nel neutralizzare la logica di sfruttamento commerciale dei contenuti indesiderati e, al contempo, impedire effetti collaterali che minaccino la libertà di espressione in rete. Ciò, ad esempio, potrà più opportunamente tradursi in norme di *soft law*, o, alternativamente, in forme di co-regolazione o autoregolamentazione «guidata» da parte delle stesse piattaforme[143].

---

[140] Infatti «nelle relazioni tra sovranità e mercato, pubblico e privato non procedono in modo rettilineo. Soprattutto non vivono di assolute alternanze o bruschi azzeramenti», così B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 220.

[141] Come osservato da G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 824-827, non c'è un'assenza di regole ma all'opposto un insieme astrattamente variegato di norme che possono trovare applicazione alle diverse fattispecie. Pertanto, l'immagine più aderente è quella di una «massa da dipanare» tra i diversi livelli di regole che costituiscono diverse espressioni di potere, nella consapevolezza che «non c'è e non ci sarà mai "il" legislatore del digitale». In senso conforme, G. CONTI, *op. cit*., 86, «la rete non è uno spazio pubblico nel senso proprio del termine, non è un'istituzione e non risponde a logiche istituzionali. Lo spazio del disordine in rete non è colmato dalla forza degli apparati e delle burocrazie».

[142] Si cfr. C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quad. Cost*., 2023, n. 3, in particolare 546-549. Sul punto, diffusamente, J.E. COHEN, *Law for the platform economy*, in 51 *U.C. Davis Law Review* (2017), 145 ss.

[143] A partire dal 2018 la Commissione europea ha istituito un codice di condotta rivolto alle piattaforme digitali e ai principali operatori del settore pubblicitario digitale. Il testo rappresentava un primo passo verso una maggiore

All'apposto, le problematiche concorrenziali connesse alla struttura ristretta dei mercati digitali richiedono una regolazione settoriale, congiuntamente ad un'attività di vigilanza attiva e di tipo sanzionatorio da parte delle autorità *antitrust*, in grado di contrastare le posizioni di abuso economico e le altre forme preclusive di accesso ai mercati per i potenziali concorrenti.

Storicamente, infatti, buona parte degli ostacoli per i pubblici poteri nell'attività di conformazione della struttura dei mercati digitali sono derivati dalle difficoltà di individuare e comprendere l'effettivo potere di mercato delle piattaforme, in parte dovuto alla complessità di individuare i mercati rilevanti, oltre che alla mancanza di appropriati strumenti di indagine e di repressione.

Per altro aspetto, lo Stato può acquisire di riflesso una signoria sui mercati digitali attraverso lo strumento dell'imposizione fiscale, pur nei limiti del contesto europeo e della effettiva prestazione dei servizi digitali nel territorio. Attraverso la leva fiscale, l'ordinamento statale può ad esempio plasmare indirettamente i comportamenti delle società tecnologiche, ristabilendo un parziale principio di territorialità per i profitti generati.

Sotto un diverso punto di vista, lo squilibrio contrattuale nelle relazioni tra operatori commerciali che utilizzano le piattaforme per lo loro transazioni richiede una normativa settoriale che incida «chirurgicamente» sugli effettivi pregiudizi subiti in tali contesti dall'operatore economico più debole, senza tuttavia menomare indebitamente i benefici derivanti dall'indotto economico del commercio *online*[144].

Infine, in modo simile, le condizioni di lavoro spesso precarie dei lavoratori alle dipendenze delle società digitali richiedono un'applicazione rigorosa della normativa statale di contrasto a forme di sfruttamento abusivo e di elusione degli obblighi del datore di lavoro[145].

---

responsabilizzazione degli attori del mercato, nonché uno strumento per monitorare le politiche di contrasto alla disinformazione. In questo senso l'iniziativa si inseriva all'interno di un innovativo quadro di autoregolamentazione basato su una serie di obiettivi e di impegni fissati dalla Commissione europea. Sul punto, *ex multis*, G. PITRUZZELLA e O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech. A European costitutional perspective*, Milano, Bocconi University Press, 2020. Nel 2022, a seguito di un ampio confronto con le principali società tecnologiche del settore, il codice è stato notevolmente riformato nella direzione di un robusto rafforzamento delle attività di monitoraggio e di contrasto dei contenuti decettivi e, in generale, degli altri fenomeni manipolativi in rete. Della prima versione l'attuale codice condivide il carattere volontario, e quindi la natura formalmente autoregolativa dell'iniziativa, sebbene risulti promossa dalle istituzioni pubbliche europee. Tuttavia, la significativa partecipazione e adesione degli *stakeholders* fin dalle iniziali fasi di elaborazione del testo fa propendere per una «sostanziale» condivisione del suo contenuto, più vicina alle forme di co-regolazione. In linea con questa tendenza, il *Digital Services Act* recepisce tale nuovo modello di co-regolazione, al cui interno all'autorità pubblica è assegnato un ruolo propositivo di promozione e di sostegno all'elaborazione di codici di condotta da parte degli operatori privati *online* (si cfr. sul punto gli artt. 45, 46 e 47). Per una prospettiva generale sul tema si cfr. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, n. 4, 1031 ss., a cui si rimanda per l'esame analitico dei diversi modelli previsti dalle normative *General Data Protection Regulation*, *Digital Services Act*, e *Artificial Intelligence Act*.

[144] Si cfr. il Regolamento (UE) 2019/1150 che promuove la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali tra utenti commerciali e fornitori di servizi di intermediazione online, nonché tra i titolari di siti *web* aziendali e i motori di ricerca *online*. Come rilevato, la contemporanea presenza delle piattaforme in più settori economici, unità alla versatilità dei modelli di *business* e all'interoperabilità dei dati, può comportare che la posizione di monopolio detenuta in uno o più ambiti dei mercati digitali acquisti rilevanza ai fini del riconoscimento della posizione dominante anche in altri contesti. Nel novembre 2024 la Commissione europea ha infatti sanzionato *Meta* per un importo pari a 797,72 milioni di euro (caso AT.40684 del 14 novembre 2024), per aver violato l'art. 102 TFUE legando il servizio di annunci commerciali *Facebook Marketplace* ai propri *social network* (*Facebook* e *Instagram*). Secondo la Commissione, da tale sinergia *Meta* ha tratto un sostanziale vantaggio di distribuzione che i concorrenti non possono eguagliare, e in virtù di ciò ha potuto imporre poi unilateralmente condizioni commerciali inique agli altri fornitori di servizi di annunci *online* che utilizzano le piattaforme di *Meta* a fini pubblicitari.

[145] In proposito, si veda la recente direttiva (UE) 2024/2831, approvata nell'ottobre 2024, relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro alle dipendenze delle piattaforme digitali. Il testo giunge a completamento di un'ampia indagine pluriennale condotta dalla Commissione europea in relazione agli aspetti più critici delle condizioni lavorative nell'ambito della c.d. *gig economy* (è stato stimato in circa 28 milioni il numero degli addetti europei nel settore nel 2022). Tra gli obiettivi principali della normativa rientrano: i) l'introduzione di misure volte a facilitare «la determinazione della corretta situazione occupazionale» (art. 1, par. 1, lett. a) e art. 4), e si stabilisce una presunzione legale in favore dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato quando risultano accertati gli elementi della «direzione e del controllo» da parte della

Gli esempi fin qui descritti inducono pertanto a preferire un'adeguata differenziazione degli approcci normativi per ciascuno degli ambiti dell'economia e delle relazioni digitali presi in considerazione.

Il terzo ordine di motivi riguarda infine gli effetti e gli obiettivi della regolazione.

Nell'esame delle complessive interazioni tra il pubblico e il privato *online* non va tralasciato che la fruizione di beni e servizi digitali offerti dalle principali piattaforme costituisce un fattore fondamentale nelle gamma delle utilità del consumatore.

Le preoccupazioni principali derivanti dall'economia digitale riguardano l'antitrust e la tutela dei diritti (anche fondamentali) degli utenti.

Tali obiettivi vanno perseguiti avendo però cura di non ridurre il benessere del consumatore e di non ostacolare oltre la misura necessaria la prestazione di servizi digitali divenuti ormai essenziali. Al contrario, va assicurata una corretta conformazione di questi ultimi a valori di democraticità dell'ordinamento, oltre al contrasto a posizioni di monopolio e alla tutela dei diritti *online*[146]. Ciò dovrebbe avvenire sulla base di un opportuno e conveniente connubio tra regole pubbliche e private negli spazi digitali[147].

In ambito *antitrust* la dimensione finanziaria delle principali piattaforme, unita alla sistematica strategia di acquisizione delle *start-up* più innovative presenti nel mercato[148], induce a ritenere che è la struttura dei mercati a condurre fisiologicamente a posizioni di monopolio, a meno di un radicale ripensamento degli attuali modelli di *business*[149].

Questa presa d'atto dovrebbe orientare le autorità nazionali *antitrust* a non inseguire talvolta una concorrenza fine a stessa, virtuale o ipotetica, ma piuttosto a concentrarsi sui metodi per neutralizzare le rendite abusive dei monopolisti e migliorare, in una prospettiva pragmatica, la condizione economica subalterna degli utenti[150].

Con riguardo alla libertà di espressione *online*, il *laissez faire* conseguente al riconoscimento dell'immunità incondizionata per gli intermediari ha dimostrato di essere un metodo inefficiente per la gestione del discorso pubblico digitale, non essendo in grado di rimediare alle rilevanti esternalità negative prodotte. In prospettiva speculare, non sarebbero di certo più rassicuranti gli ipotetici segnali di un massiccio intervento o controllo pubblico nella scelta di cosa sia giusto o meno pubblicare *online*.

---

piattaforma (art. 5); ii) la promozione di condizioni di maggiore equità, sicurezza e trasparenza per il lavoratore nella gestione algoritmica del lavoro (artt. 7, 9, 10, 12). Sul punto, *ex multis*, S. GIUBBONI, *Il lavoro attraverso piattaforma digitale nella disciplina nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 3, 295 ss.

[146] Si cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust and Platform Monopoly*, in 130 *Yale Law Journal* (2021), 1952 ss., secondo cui lo smembramento di grandi aziende tecnologiche che beneficiano di ampie economie di scala e di scopo danneggia il benessere dei consumatori e peggiora le condizioni di lavoro dei dipendenti.

[147] Sui rischi di una *over-regulation* per cui si può tendere «ad attribuire aprioristica rilevanza a processi di proceduralizzazione e auditing interni agli operatori di settore» come segno di una «fiducia burocratica nella documentazione e nelle procedure come mezzi per controllare i rischi» si v. l'ampio e ricostruttivo saggio di E. RAFFIOTTA, *Dalla self-regulation alla over-regulation in ambito digitale: come (e perché) di un necessario cambio di prospettiva*, in *Oss. fonti*, 2023, n. 2, 621-624.

[148] Con riguardo alle acquisizioni si v. l'analisi di M. MOTTA e M. PEITZ, *Big tech mergers*, in 54 *Information Economics and Policy* (2021), 1-15. Si cfr. inoltre il report della *Federal Trade Commission* pubblicato a settembre 2021 (disponibile in *www.ftc.org*) riguardante le stime delle acquisizioni delle piattaforme non segnalate alle autorità federali di vigilanza.

[149] «It is certainly possible to imagine alternative forms of the commercial internet, in which the profits to be made are not derived from the ability to track consumers and monetize their data, but it will take a mammoth regulatory effort to transition to such an internet», in questi termini F. BIGNAMI e G. RESTA, *Extraterritoriality*, in G*W Legal Studies Research Paper No. 2024-24*, p. 5. D'altronde, i segni distintivi del mercato dei servizi digitali sono rappresentati dalla gratuità dei contenuti e dall'offerta variegata, i quali sono difficili da immaginare in assenza di una profilazione e monetizzazione su larga scala dei dati personali degli utenti.

[150] Sono ancora attuali, del resto, alcune delle riflessioni sull'inopportunità di una regolazione intrusiva nei casi di monopolio naturale, su cui R. POSNER, *Natural Monopoly and Its Regulation*, in 21 *Standford Law Review* (1969), 548 ss.

In ambito differente, la protezione dei dati personali va garantita assicurandone l'integrità propria di un diritto fondamentale, ma al contempo è necessario far emergere un modello che faciliti la circolazione dei dati al fine di innescare dinamiche competitive ed un'offerta di servizi innovativi nel mercato.

In definitiva, la relazione tra piattaforme e utenti non può essere intesa solo come il riacquisto di un dominio «perduto» della regolazione pubblica nell'economia[151].

L'esatta misura dell'intervento è quella che contrasta la sostanza delle posizioni di asimmetria contrattuale (ad esempio, favorendo ipotesi di gestione collettiva dati ai fini di un accrescimento del potere contrattuale degli utenti; facilitando le possibilità di negoziazione delle clausole contrattuali; aumentando gli obblighi di trasparenza sulle modalità in cui i dati sono gestiti dalle piattaforme; fissando garanzie procedurali efficaci nella gestione di reclami, segnalazioni degli utenti; estendendo il diritto alla portabilità dei dati al fine di favorire i servizi di terzi intermediari, ecc.).

Non va poi dimenticato che il digitale è anche il dominio del fatto, della *lex informatica* e della sua capacità conformativa indiretta sulle relazioni *online*, elementi di cui ogni aspirazione regolativa deve tener conto[152].

Concludendo, ciò che sembra aver caratterizzato di più il rapporto tra pubblico e privato negli spazi digitali è la radicalità e, insieme, la rapidità nel mutamento dei diversi approcci.

Un percorso alternato in cui da posizioni demonizzatrici di accentuato allarmismo ed interventismo regolatorio, come nella presente fase, si passa ad altre, caratterizzate da eccessivo liberalismo e da un'inerzia legislativa o applicativa, come accaduto spesso nel passato[153].

Ma ciò rischia di far oscillare pericolosamente il pendolo tra i due opposti, senza una giusta misura.

---

[151] Sul ritorno di paradigmi neo-keynesiani si cfr. U.W. CHOHAN, *The Return of Keynesianism? Exploring Path Dependency and Ideational Change in Post-Covid Fiscal Policy*, in 41 *Policy and Society* (2022), 68 ss.

[152] Favorevole ad una soluzione di compromesso per cui agli Stati residuerebbe la disciplina degli aspetti che più hanno a che vedere con libertà e i diritti fondamentali G. CONTI, *op. cit*., 83-84. In senso conforme, per un'organica e proficua sintesi tra *hard law* e *cyberlaw* si cfr. C.T. MARSDEN, *The Regulated End of Internet Law, and the Return to Computer and Information Law?*, in *After the Digital Tornado. Networks, Algorithms, Humanity*, a cura di K. Werbach, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, in particolare, 53-57.

[153] Secondo la classica dicotomia di U. ECO, *Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, Bompiani, 1964.