

Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta

DI FRANCESCO MUNARI E LUCA CALZOLARI*

Abstract (IT): La mancanza di un approccio comune con riguardo alle modalità con cui gli Stati membri si apprestano a gestire la cd. “fase 2” di allentamento delle misure restrittive adottate, sempre su base unilaterale, per fronteggiare l’epidemia di COVID-19 appare in grado di dar luogo a forti fenomeni distorsivi del cd. level playing field nel mercato interno in favore delle imprese stabilite negli Stati membri più “permissivi”. La Comunicazione dei Presidenti di Consiglio e Commissione del 15 aprile 2020 compie un passo nella giusta direzione ma non appare sufficiente a evitare che, in questo frangente, si possano verificare fenomeni di cd. “concorrenza fra ordinamenti”: si tratta infatti di un documento che ha portata di semplice suggerimento nei confronti degli Stati membri e che, qualificando la gestione della “fase 2” alla stregua di un problema “di interesse comune”, non revoca in dubbio che la predisposizione delle modalità di allentamento delle misure restrittive sia competenza dei singoli Stati membri. Posto che nell’attuale contesto sembra assai più probabile il verificarsi di una cd. “race to the bottom” piuttosto che una virtuosa convergenza degli standard al rialzo, il presente contributo esamina le possibilità offerte dai Trattati per l’elaborazione di una risposta “comunitaria” di maggiore intensità e portata, in cui l’azione dell’Unione non sia limitata al solo coordinamento delle competenze degli Stati membri. Superando la rigidità del principio di attribuzione delle competenze, strumenti ben noti come la cd. clausola di flessibilità e la teoria dei cd. poteri impliciti, ma anche il semplice potere di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in funzione del mercato interno, sembrano in effetti sufficienti a e permettere all’Unione di adottare soluzioni ben “più coraggiose” rispetto a quelle in discussione.

Abstract (EN): During the so-called “Phase One”, Member States have unilaterally adopted restrictive measures to tackle the COVID-19 outbreak. The lack of coordination between Member States is characterizing also the current “Phase Two”, during which Member States are relaxing, or planning to relax, said containment measures. The lack of a common approach to the exit strategy from the COVID-19 emergency entails a serious risk that the so-called level playing field within the internal market will be seriously hampered to the benefit of the undertakings based in more “indulgent” Member States. The joint Communication of

* Sebbene frutto di riflessioni comuni, i §§ 1-3 sono da attribuirsi a Francesco Munari (Professore ordinario di diritto dell’Unione europea nell’Università di Genova) mentre i §§ 4-6 sono da attribuirsi a Luca Calzolari (Ricercatore di diritto dell’Unione europea nell’Università di Torino). L’ultimo paragrafo è invece da attribuirsi a entrambi.

the Presidents of the Council and the Commission issued on 15 April 2020 represents a first step in the right direction. However, it is unlikely to be enough to avoid the potential emergence of so-called regulatory competition phenomena within the EU. In addition to only providing Member States with advices and recommendations, the Communication indeed qualifies the exit strategy as a matter of “common European interest”. Therefore, it is firmly based on the assumption that the competence to elaborate the “Phase Two” and to lift the containment measures falls within those of the Member States. Rather than a virtuous convergence towards higher standards, a so-called “race to the bottom” seems to be the most likely outcome of the potential regulatory competition between Member States in the current scenario. Therefore, the aim of the present work is to assess the possibilities provided by the Treaties to frame a common response of greater intensity and scope, in which the role of the EU institutions is not limited to the coordination of the Member States’ competences. Allowing lessening the rigidity of the principle of conferral, well-known legal instruments such as the flexibility clause, the theory of implied powers and, even more simply, the power to approximate national rules for the functioning of the internal market, seem all to represent viable solutions to allow the EU to take more courageous stances than the ones under discussion.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive: la risposta “a caldo” dell’Unione alla pandemia. – 2. I principi di attribuzione e di equilibrio istituzionale alla prova del COVID-19. – 3. Concorrenza fra ordinamenti nella lotta al COVID-19: la necessità di una corretta impostazione del problema. – 4. Asimmetrie nelle competenze e rischi scaturenti dalla cattiva percezione delle loro conseguenze sistemiche per l’Unione: l’intollerabile “concorrenza tra ordinamenti” in danno di valori primari. – 5. La Comunicazione dei Presidenti di Consiglio e Commissione del 15 aprile 2020: giusta la direzione, ma occorrono più coraggio e chiarezza. – 6. Proposte conclusive tra clausola di flessibilità, ravvicinamento delle legislazioni nazionali e regole di bilancio. – 7. (segue): l’emergenza COVID-19 quale occasione per costruire un’Europa sociale più forte.

1. Considerazioni introduttive: la risposta “a caldo” dell’Unione alla pandemia.

Il virus COVID-19 ha avuto una sua valutazione iniziale soprattutto, e ovviamente, come pandemia avente conseguenze sanitarie. Ben presto, tuttavia, una volta che gli Stati membri, a partire dal nostro, hanno cominciato a impostare modelli di risposta aventi evidenti effetti di natura socio-economica, si sono palesate le ricadute di queste risposte anche sul mercato interno.

Quanto sopra perché queste risposte sono state inizialmente disomogenee: alcuni Stati hanno deciso misure di cd. *lockdown* rigoroso; altri hanno cullato per qualche tempo la scelta della cd. immunità di gregge. Ma anche quando, progressivamente, le misure di distanziamento sociale e di chiusura delle attività produttive e commerciali sono state decise

da tutti gli Stati membri, tali decisioni sono rimaste fra loro disomogenee sia nel *quomodo* che nel *quando*. Beninteso, queste differenziazioni possono anche avere una giustificazione obiettiva in virtù ad esempio del diverso impatto del virus nei singoli Stati membri, delle caratteristiche geografiche e della densità/età media della popolazione. È un fatto, peraltro, che le misure di contrasto al COVID-19 siano state – e tuttora siano – sostanzialmente impostate, decise e attuate a livello nazionale.

Tutto ciò, per converso, ha messo in luce, sotto plurimi profili, la difficoltà per le istituzioni dell'Unione europea di elaborare e attuare una risposta unitaria, adeguata e tempestiva alle drammatiche e imponenti sfide originate dalla pandemia, come forse ci si sarebbe potuti aspettare¹.

Diversamente da quanto sembra talvolta emergere nel contesto del dibattito politico interno a taluni Stati membri, quanto sopra non è dovuto a una pretesa inattività delle istituzioni né, tantomeno, all'indifferenza delle stesse rispetto alle necessità degli Stati membri e dei cittadini europei.

Invero, le iniziative poste in essere dall'Unione nelle ultime settimane per rispondere alla crisi sono, almeno sulla carta, molte e riguardano un numero altrettanto elevato di settori: a partire ovviamente dalle misure in materia di sanità pubblica² e da quelle a sostegno dell'occupazione e della politica sociale³, passando fra gli altri per gli interventi di

1 In tal senso v. F. POCAR, *I settant'anni dell'Unione europea nella pandemia*, in questa *Rivista*, 8 maggio 2020, secondo cui «[I]a calamità sanitaria che ha investito il mondo, e in modo particolarmente acuto l'Europa, avrebbe dovuto trovare una risposta immediata e coordinata dell'Unione europea, come ci si poteva attendere in una comunità di Stati e di popoli legati da decenni di storia comune e di cooperazione dopo le sanguinose divisioni che li avevano visti l'uno contro l'altro nelle due guerre mondiali della prima metà del secolo scorso. E invece non è stato così. Il comune pericolo è stato gestito in ordine sparso da ciascuno come ha potuto o voluto, sulla base di interessi nazionali, chi privilegiando l'aspetto umanitario della situazione, chi invece dando priorità alle esigenze economiche del paese».

2 Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'approvvigionamento ottimale e razionale di farmaci per evitare carenze durante la pandemia di Covid-19*, in GUUE C, n. 116I, dell'8 aprile 2020, p. 1; la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della Covid-19*, in GUUE C, n. 111I, del 3 aprile 2020, p. 1; la Decisione di esecuzione n. (UE) 2020/414 della Commissione, del 19 marzo 2020, *che modifica la decisione di esecuzione (UE) 2019/570 per quanto riguarda le risorse di rescEU per la costituzione di scorte di materiale medico*, in GUUE L, n. 82I, del 19 marzo 2020, p. 1. A tali provvedimenti si aggiungono altresì, in settori strettamente collegati e funzionali a migliorare la tutela della salute umana, la Decisione (UE) n. 2020/491 della Commissione, del 3 aprile 2020, *relativa all'esenzione dai dazi doganali all'importazione e dall'IVA concesse all'importazione delle merci necessarie a contrastare gli effetti della pandemia di Covid-19 nel corso del 2020*, in GUUE L, n. 103I, del 3 aprile 2020, p. 1; Comunicazione della Commissione *sull'attuazione delle corsie verdi («green lanes») previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali*, in GUUE C, n. 96I, del 24 marzo 2020, p. 1.

3 Cfr. la Proposta della Commissione, del 2 aprile 2020, di *Regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19* (COM/2020/139 final) e la Proposta della Commissione, del 2 aprile 2020, di *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 223/2014 per quanto riguarda l'introduzione di misure specifiche volte ad affrontare la crisi dovuta alla Covid-19* (COM/2020/141 final). In argomento, v. R. BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da COVID-19: è attuale il principio di solidarietà nell'unione europea?*, in *SIDI Blog*, 9 aprile 2020; F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in *SIDI Blog*, 5

regolazione di alcuni aspetti dei trasporti transfrontalieri⁴ ovvero di sostegno all'agricoltura⁵, per arrivare all'adattamento della politica di concorrenza all'attuale scenario di mercato⁶, e alle misure straordinarie adottate anche a livello di BCE⁷.

Il numero e la varietà delle iniziative adottate in tempi molto rapidi dimostrano, come si diceva, che l'inadeguatezza (almeno parziale) della risposta comune non appare addebitabile a una colpevole inerzia delle istituzioni europee. Eppure, la sensazione rimane – senz'altro tra i non addetti ai lavori – che “l'Europa” potrebbe o addirittura dovrebbe fare di più. Al riguardo, e al netto ovviamente delle consuete strumentalizzazioni politiche che si sforzano di individuare possibili responsabili “esterni” se non in effetti capri espiatori per distogliere l'opinione pubblica dal riflettere sulle assai più spesso inadeguate risposte fornite a livello interno, sembra comunque giusto domandarsi se, in realtà, questa sensazione abbia un qualche fondamento giuridico.

E siccome la risposta pare affermativa, nel presente lavoro si cercherà di fornire qualche spunto di riflessione alla base di questa risposta, evidenziando sin d'ora che, la questione non sembra potersi declinare in senso quantitativo, quanto piuttosto qualitativo: in altri termini, più che il numero delle misure adottate è il loro contenuto che ci consente di

aprile 2020.

4 Cfr. Regolamento (UE) 2020/459 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020, *che modifica il regolamento (CEE) n. 95/93 del Consiglio, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità*, in GUUE L, n. 99, del 31 marzo 2020, p. 1; Comunicazione della Commissione, recante *Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19*, in GUUE C, n. 89I, del 18 marzo 2020, p. 1.

5 Cfr. Regolamento di esecuzione (UE) 2020/501 della Commissione, del 6 aprile 2020, *recante deroga al regolamento di esecuzione (UE) n. 809/2014 per quanto riguarda il termine ultimo per la presentazione della domanda unica, delle domande di aiuto o delle domande di pagamento, il termine ultimo per la comunicazione di modifiche alla domanda unica o alla domanda di pagamento e il termine ultimo per le domande di assegnazione di diritti all'aiuto o di aumento del valore di diritti all'aiuto nell'ambito del regime di pagamento di base per l'anno 2020*, in GUUE L, n. 109, del 7 aprile 2020, p. 8; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Risposta al coronavirus Utilizzare ogni euro disponibile in tutti i modi possibili per proteggere le vite umane e i mezzi di sussistenza* (COM/2020/143 final).

6 Quanto al “rilassamento” del divieto di aiuti di Stato, v. la Comunicazione della Commissione, del 4 aprile 2020, *modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19* (2020/C 112 I/01) in GUUE C, n. 112I, del 4 aprile 2020, p. 1. Quanto all'applicazione delle regole antitrust, v. la Comunicazione della Commissione dell'8 aprile 2020, *quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19* (2020/C 116 I/02), in GUUE C, n. 116I, dell'8 aprile 2020, p. 7. In argomento, v. P. MANZINI, *Emergenza e concorrenza*, in Sezione “Coronavirus e diritto dell'Unione” de *I Post di AISDUE*, 15 aprile 2020; L. CALZOLARI, *L'influenza del COVID-19 sulla politica di concorrenza: difese immunitarie o anche altro?*, in *SIDI Blog*, 26 aprile 2020; F. COSTA-CABRAL, L. HANCHER, G. MONTI, A. RUIZ FEASES, *EU Competition Law and COVID-19*, TILEC Discussion Paper No. [DP2020-007](#).

7 Cfr. Cfr. Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea del 24 marzo 2020, *su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica*, in GUUE L, n. 91, del 25 marzo 2020, p. 1; Cfr. Indirizzo (UE) n. 2020/515 della Banca centrale europea, del 7 aprile 2020, *che modifica l'indirizzo BCE/2014/31 relativo a misure temporanee supplementari sulle operazioni di rifinanziamento dell'Eurosistema e sull'idoneità delle garanzie*, in GUUE L, n. 110I, del 8 aprile 2020, p. 26; Decisione (UE) 2020/407 della Banca centrale europea, del 16 marzo 2020, *che modifica la decisione (UE) 2019/1311 su una terza serie di operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine*, in GUUE L, n. 80, del 17 marzo 2020, p. 23.

esprimere alcune considerazioni critiche. Ancora una volta frutto di un sistema ordinamentale, quello dell'Unione, il quale anche a questo riguardo mostra seri limiti nel suo rapporto con gli ordinamenti nazionali.

In tale prospettiva, il deficit delle misure sembra allora costituire, più che un sintomo di “cattiva gestione” dell'emergenza da parte dell'Unione, una conseguenza intrinseca a due principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione e, quindi, per certi versi, rappresentare un elemento che, nella debolezza della progettualità politica che sta avvelenando l'Unione ormai da più di dieci anni, pare inevitabilmente connaturato al sistema stesso dei rapporti fra Stati membri e Unione: il riferimento è ai principi di attribuzione e di equilibrio istituzionale, come si vedrà a partire dal prossimo paragrafo.

2. I principi di attribuzione e di equilibrio istituzionale alla prova del COVID-19.

Le istituzioni dell'Unione non possono occuparsi di materie che non sono loro attribuite dai Trattati⁸ e, cioè, dagli Stati membri, i quali restano i cd. Signori dei Trattati. Al netto di alcuni meccanismi correttivi sui cui si tornerà⁹, ogni competenza che non risulti attribuita alle istituzioni dell'Unione dai Trattati deve invece considerarsi come rimasta nella sfera delle competenze degli Stati membri¹⁰. Certamente, il principio di attribuzione può avere declinazioni più o meno europeiste, e abbiamo appena e purtroppo dovuto prendere atto del “minimo storico” di questa impostazione nella assai criticabile sentenza della Corte

8 Cfr. art. 5(1) e (2) TUE. In argomento, per tutti v. O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione europea*, in [Treccani Diritto Online](#), 2017; L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014; P. DE PASQUALE, *Art. 5*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 44 ss.; L. S. ROSSI, *Artt. 4-5*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 167 ss.; R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 517 ss.; F. CARUSO, *La disciplina dell'esercizio delle competenze di Stati membri ed Unione nel Trattato di Lisbona*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Umberto Lenza*, Napoli, 2008, p. 935 ss.; P. P. CRAIG, *Competence: clarity, conferral, containment and consideration*, in *Eur. Law Rev.*, 2004, p. 323 ss.

9 Cfr. *infra* § 6. In argomento v. già A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1981, p. 159 ss.

10 Cfr. art. 4(1) TUE.

costituzionale tedesca del 5 maggio 2020¹¹. Ma resta comunque un elemento ineludibile del sistema, col quale è necessario confrontarsi.

L'esistenza del principio di attribuzione non è in discussione neppure ai tempi del COVID-19¹². Soffermandosi per il momento sulla cd. "fase 1", ove la priorità è stata quella di fronteggiare la diffusione dell'epidemia mediante la predisposizione di misure di contenimento nonché di garantire cure adeguate ai soggetti contagiati dal COVID-19, la prima considerazione da farsi sulla sostanziale assenza di provvedimenti adottati in sede UE è coerente con la circostanza secondo cui, a rigore, l'Unione non dispone di specifiche competenze in materia sanitaria.

Innovando rispetto all'«assordante silenzio»¹³ che caratterizzava gli albori dell'esperienza comunitaria in tale settore, è vero che l'attuale versione dei Trattati, oltre a rafforzare la portata trasversale della tutela della salute attribuisce qualche competenza all'Unione in questa materia, ai sensi degli artt. 4(2), lett. k), 6 e 9 TFUE¹⁴. Nondimeno, l'azione dell'Unione in materia sanitaria può soltanto completare le politiche nazionali e incoraggiare la cooperazione fra gli Stati membri (anche) al fine di migliorare la risposta contro le minacce per la salute di carattere transfrontaliero¹⁵.

11 Cfr. Bundesverfassungsgericht, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020 – 2 BvR 859/15 -, Rn. (1-237) . Per primi commenti, cfr. J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. A propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne*, in questa [Rivista](#), 7 maggio 2020; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Dir. Un. Eur.* [Osservatorio europeo](#), 11 maggio 2020; M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in [Verfassungsblog](#), 6 maggio 2020; M. WILKINSON, *Fight, flight or fudge? First reflections on the PSPP judgement of the German Constitutional Court*, in [Verfassungsblog](#), 6 maggio 2020; P. MANZINI, *Dalla Corte tedesca un bicchiere di veleno per la UE*, in [LaVoce.info](#), 8 maggio 2020; J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in Sezione "La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020" de *I Post di AISDUE*, 7 maggio 2020; S. CAFARO, *Quale quantitative easing e quale Unione europea dopo la sentenza del 5 maggio?*, in [SIDI Blog](#), 8 maggio 2020; D. URANIA-GALLETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in [Federalismi](#), 13 maggio 2020.

12 Infatti, «[t]o combat COVID-19, unlike its Member States, the Union may act "only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein"» (cfr. K.P. PURNHAGEN , A. DE RUIJTER, M.L. FLEAR, T.K. HERVEY, A. HERWIG, *More Competences than You Knew? The Web of Health Competence for European Union Action in Response to the COVID-19 Outbreak*, in corso di pubblicazione su [European Journal of Risk Regulation](#), 2020, p. 1, spec. p. 2.

13 Cfr. G. TESAURO, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, [Dibattito AISDUE](#) "Coronavirus e diritto dell'Unione", 18 aprile 2020, p. 11.

14 Secondo cui, rispettivamente, i «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato» rientrano fra le materie in cui l'Unione ha competenza concorrente con gli Stati membri (art. 4(2), lett. k) TFUE; «[l]'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. I settori di tali azioni, nella loro finalità europea, sono i seguenti: ... a) tutela e miglioramento della salute umana; ...» (art. 6, lett. a) TFUE) e «[n]ella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di [...] tutela della salute umana» (art. 9 TFUE).

15 Cfr. art. 168 TFUE. Infatti, «[l]'azione dell'UE per la tutela e il miglioramento della salute umana è annoverata tra quelle che l'Unione può esercitare, secondo le indicazioni di cui agli artt. 4 e 6 TFUE, e che, in via di principio, si connotano come azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri» (cfr. M. MARLETTA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*, cit., p. 1517). In argomento, v. anche M.

Ne consegue che, in questo settore, il potere decisionale risiede ancora (quasi¹⁶) esclusivamente nelle mani degli Stati membri. Al di là di garantire – ma la questione è eccentrica rispetto alla presente analisi – una certa libera circolazione dei pazienti, e talune norme settoriali a loro volta mutate da convenzioni internazionali, come la lotta al tabagismo¹⁷, l’Unione può soltanto predisporre meccanismi di coordinamento e cooperazione fra gli stessi¹⁸. Si tratta di principi ribaditi anche dalla Decisione n. 1082/2013/UE adottata – in seguito all’epidemia di SARS dei primi anni duemila e alla pandemia dovuta al virus cd. H1N1 dei primi anni ’10 – proprio al fine di fronteggiare le più gravi minacce alla salute dei cittadini dell’Unione che abbiano carattere transfrontaliero¹⁹.

Anche con riferimento all’epidemia di COVID-19, l’Unione ha svolto tale compito di coordinamento, a diversi livelli anche istituzionali: in primo luogo, mediante le attività dell’apposito direttorato della Commissione (il cd. DG SANTE); in secondo luogo, e soprattutto, grazie all’attività del Comitato per la Sicurezza Sanitaria (CSS) creato dalla citata Decisione n. 1082/2013/UE, nonché del cd. *Centro europeo per la prevenzione delle malattie* costituito con il Regolamento (CE) n. 851/2004²⁰, e rappresentativo di una delle varie agenzie

MIGLIAZZA, *Art. 168*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve*, cit., 1039 ss.; A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, vol. II, R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 65 ss. T.K. HERVEY, *Community and National Competence in Health After Tobacco Advertising*, in *CMLRev.*, 2001, p. 1421 ss.

16 Infatti, l’art. 168(5) TFUE prevede che, seguendo la procedura legislativa ordinaria, possano essere adottate a livello dell’Unione «*misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero*». Come recentemente osservato, «[t]he extent of the Union’s powers to adopt binding measures that incentivise Member States’ actions» ai sensi dell’art. 168(5) TFUE «*is untested*», e inoltre «*“Incentivisation” must mean something falling short of legally mandating Member State compliance with a “harmonised” norm. But beyond that, its meaning is unclear*» (K.P. PURNHAGEN et al., *More Competences than You Knew?*, cit., p. 5).

17 Per un’analisi compiuta del rapporto tra diritto UE e tutela della salute, nel quale vengono in particolare esaminate le implicazioni sul “mercato” dei servizi sanitari in ambito UE, v. G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e sicurezza*, Milano, 2019, spec. p. 97 ss. F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L’applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, Napoli, 2011.

18 Infatti, la competenza concorrente di cui al citato art. 4(2), lett. k TFUE è limitata alle sole materie coperte dall’art. 168(4) TFUE e cioè i settori (i) della qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; (ii) della protezione della salute pubblica con riferimento ai settori veterinario e fitosanitario; nonché (iii) della qualità e sicurezza dei medicinali (cfr. F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell’Unione europea e degli Stati membri*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, p. 119, spec. p. 127 e ss.)

19 Cfr. Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE*, in GUUE L, n. 293, del 5 novembre 2013, p. 1.

20 Cfr. Regolamento (CE) n. 851/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, *con il quale si crea un Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie*, in GUUE L, n. 142, del 30 aprile 2004, p. 1. Fra gli altri atti di diritto derivato che hanno istituito agenzie dell’Unione europea a cui sono attribuite competenze in materia di protezione della salute v. Regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, *che istituisce procedure comunitarie per l’autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l’agenzia europea per i medicinali*, in GU L, n. 136, del 30 aprile 2004, p. 1; la Decisione di esecuzione della Commissione n. 2013/770/UE, del 17 dicembre 2013, *che istituisce l’Agenzia esecutiva per i consumatori, la salute e la sicurezza alimentare, e che abroga la decisione 2004/858/CE*, in GUUE L, n. 341, del 18 dicembre 2013, p. 69.

dell'Unione europea²¹, la cui missione istituzionale comprende proprio la tutela della salute dei cittadini europei.

Tuttavia, coerentemente con i limiti di competenza unionale sopra ricordati, l'attività si è concretizzata nella mera elaborazione di linee guida e comunicazioni che sono state sottoposte agli Stati membri per loro valutazione²². In sostanza, una serie di atti qualificabili come *moral suasion*, o al più raccomandazioni, certamente non in grado di impostare alcuna linea di azione comune a livello UE sulla pandemia.

Un limite se possibile ancor più stringente all'instaurazione di politiche comuni in materia proviene dal secondo aspetto dianzi accennato tra i vincoli "costituzionali" di cui soffre l'Unione, dato dal principio dell'equilibrio istituzionale. Segnatamente, nell'attuale assetto istituzionale dell'Unione la funzione di produzione normativa vede ancora oggi come (co)protagonisti gli Stati membri, alla luce delle competenze riservate alle istituzioni – Consiglio e Consiglio europeo – che ne esprimono gli interessi nell'ambito delle procedure volte all'adozione del diritto derivato.

Per contro, le iniziative che possono essere prese in autonomia dalle istituzioni che rappresentano l'Unione stessa (la Commissione) o i suoi cittadini (il Parlamento europeo) sono molto limitate e difficilmente possono prendere la forma di atti tipici e vincolanti: non stupisce, da un lato, che la maggiore parte delle misure citate alle note da 2 a 6 siano in effetti Comunicazioni della Commissione; né, dall'altro lato, che le misure più significative e incisive (su tutte, il cd. PEPP) siano state, per il momento, adottate dalla BCE²³, e cioè da quella istituzione che, ad onta di recenti, improvvise e auspicabilmente irrilevanti incursioni del BVG²⁴, gode di maggiore indipendenza nel perseguire i compiti ad essa conferiti dai Trattati, in disparte, naturalmente, della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Tanto è vero che l'adozione di quei provvedimenti che avrebbero natura e portata sistemica, di cui si è letto molto anche sulla stampa generalista, come ad esempio i cd. *coronabond*, pur essendo più che probabilmente adottabili anche senza modifiche delle norme primarie²⁵, è frenata per l'appunto dall'interazione dei due principi in discussione:

21 In argomento, fra i molti, v. J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione Europea*, Milano, 2018; C. TOVO, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016; E. CHITI, *An important part of EU's institutional machinery: features, problems and perspectives of European agencies*, in *CML Rev.*, 2014, p. 380 ss.; E. CHITI, *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002.

22 Cfr. sul punto E. TRIGGIANI, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, Dibattito [AISDUE](#) "Coronavirus e diritto dell'Unione", 15 aprile 2020, spec. p. 5.

23 V. sopra, nota 7. In argomento, v. C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in Sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione" de *I Post di AISDUE*, 16 aprile 2020.

24 V. sopra, nota 11 e testo di riferimento.

25 Potendosi in particolare utilizzare a tal fine l'art. 122 TFUE, secondo cui, com'è noto, «[f]atta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica». Si tratta, di «una rilevante (ed unica) deroga al principio dell'esclusiva responsabilità degli Stati per la propria situazione economica» che, «con un riferimento di grande significato che va al di là del solo diritto», chiarisce che «le misure di risposta ad una specifica situazione economica devono essere emanate "in uno spirito di solidarietà tra Stati membri"» (cfr. L.F. PACE, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione?*, in Dibattito [AISDUE](#) "Coronavirus e diritto dell'Unione", 4 maggio 2020, p. 21.

l'inerzia del Consiglio è dovuta alla difficoltà di raccogliere le maggioranze necessarie attorno a tali proposte e la nota ostilità di taluni Stati membri verso tali misure appare almeno in parte riconducibile alle limitate competenze attribuite all'Unione nel settore della politica economica²⁶; materia che, com'è noto, secondo l'art. 121 TFUE, rappresenta una questione di interesse comune che gli Stati membri si sono semplicemente impegnati a coordinare nell'ambito del Consiglio, tra l'altro senza purtroppo essere mai stati seriamente in grado di farlo.

3. Concorrenza fra ordinamenti nella lotta al COVID-19: la necessità di una corretta impostazione del problema

L'assenza di chiare e specifiche competenze in capo all'Unione e l'inerzia del Consiglio sono elementi che, fino ad oggi, hanno ridotto in modo significativo l'efficacia della risposta dell'Unione all'emergenza, determinando il proliferare di misure unilaterali – come si diceva, non propriamente omogenee – adottate dai singoli Stati membri per fronteggiare la pandemia di COVID-19. Si tratta di misure che, poste in essere secondo lo schema della legislazione emergenziale, sono in realtà capaci di avere effetti molto significativi su istituti cardini dell'ordinamento dell'Unione, come l'eliminazione delle frontiere interne quanto alla circolazione delle persone²⁷, o lo stesso mercato interno, quanto alla circolazione di merci e servizi.

L'effetto è stato quello di dare luogo a una risposta fortemente asimmetrica all'interno dell'Unione, sia sotto il profilo dell'imposizione a cittadini e imprese di misure restrittive volte al contenimento dell'epidemia di intensità molto variabile da Stato membro a Stato membro, ovviamente anche in base alla diversa gravità del contagio, sia sotto il profilo della predisposizione di iniziative altrettanto diversificate con riguardo alle strategie nazionali di uscita dalla fase di cd. *lockdown*.

Al di là di alcune inaccettabili derive che si sono verificate nel contesto, o meglio con il pretesto, della cd. “fase 1”²⁸, ai fini del presente lavoro maggiore attenzione va riservata

26 Premesso infatti che «[l]a politica europea si riduce ad una mera azione di coordinamento che non consente alla Commissione di gestire direttamente, attraverso programmi europei, le somme derivanti dai titoli di debito comune», si osserva che «[d]a qui le resistenze di tali Paesi a garantire prestiti a livello dell'Unione senza poter scegliere o vigilare – almeno indirettamente – sull'impiego delle somme reperite» (cfr. G. TESAURO, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, cit., p. 13).

27 Sul tema, v. G. CAGGIANO, *Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in Sezione “Coronavirus e diritto dell'Unione” de *I Post di AISDUE*, 30 aprile 2020; S. MONTALDO, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in *European Papers – European Forum*, 25 aprile 2020.

28 Cfr. Legge organica ungherese n. 12, del 30 marzo 2020, *relativa alla protezione contro il Coronavirus*. Per un'analisi degli innumerevoli profili critici di tale normativa, la quale ha destato giustificate critiche e preoccupazioni, v. fra i molti S. BENVENUTI, *Sulla Legge organica Ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il coronavirus»*, in *SIDI Blog*, 7 aprile 2020; F. CASOLARI, *La protezione dello stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del Coronavirus: se non ora, quando?*, in *SIDI Blog*, 7 aprile 2020; P. DE SENA, *Contrasto al COVID-19 e/o demolizione dello stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea*, in *SIDI Blog*, 7 aprile 2020; P. MORI, *COVID-19, misure emergenziali e Stato di diritto*, in Sezione

all'ottica dell'uscita dalla fase (più) emergenziale di contrasto all'epidemia e della ripresa delle attività economiche in seguito all'allentamento delle misure restrittive. È infatti in questo contesto che la mancanza di un approccio "comunitario" appare in grado di determinare forti fenomeni distorsivi del cd. *level playing field* nel mercato interno in favore delle imprese stabilite negli Stati membri più "permissivi" con riguardo alle modalità della cd. "fase 2".

Si tratta di un fenomeno identico alla costante esperienza vissuta nell'Unione (e prima, nella Comunità economica europea) in relazione alla progressiva necessità di "includere" politiche in precedenza sottratte alle competenze europee al fine di non creare distorsioni al commercio tra Stati membri. Più precisamente, in assenza di un quadro di riferimento omogeneo stabilito a livello unionale, le misure adottate autonomamente dai singoli Stati membri non possono che comportare quella cd. concorrenza fra ordinamenti circa le modalità e i tempi di allentamento del *lockdown*, con possibili vantaggi concorrenziali a beneficio delle imprese in base al luogo di stabilimento, non necessariamente, e anzi, per nulla, legati alla superiore efficienza delle stesse, bensì all'esistenza di vincoli esterni alla loro azione, determinati per finalità di interesse generale, e di natura extraeconomica: nel nostro caso, la tutela della salute.

Come si osservava, la cd. concorrenza fra ordinamenti non è certamente un fenomeno nuovo, tantomeno nell'ordinamento dell'Unione, di cui anzi per molti anni è stato invero un principio ispiratore²⁹. Non si tratta neppure di un fenomeno di per sé negativo poiché, in

"Coronavirus e diritto dell'Unione" de *I Post di AISDUE*, 16 aprile 2020.

²⁹ Infatti, «il fatto di stabilire la sede, legale o effettiva, di una società, in conformità alla legislazione di uno Stato membro, al fine di beneficiare di una legislazione più vantaggiosa, non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento» (cfr. fra le più recenti Corte giust., 25 ottobre 2017, causa C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, § 40), essendo per contro un «inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato» (cfr. Corte giust. 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd*, ECLI:EU:C:1999:126, § 27, nonché fra le molte Corte giust., 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV*, ECLI:EU:C:2002:632; Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art Ltd*, ECLI:EU:C:2003:512; Corte giust. 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723. In argomento la letteratura è sterminata. Fra i molti v. F. COSTAMAGNA, *At the Roots of Regulatory Competition in the EU: Cross-border Movement of Companies as a Way to Exercise a Genuine Economic Activity or just Law Shopping?*, in *European Papers*, 2019, p. 185; M. SZYDŁO, *Cross-Border Conversion of Companies under Freedom of Establishment: Polbud and Beyond*, in *CMLRev.*, 2018, p. 1557 ss.; Z. ADAMS, S. DEAKIN, *Freedom of Establishment and Regulatory Competition*, in A. ARNULL, D. CHALMERS (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, p. 556 ss.; C. GERNER BEUERLE M. SCHILLIG, *The mysteries of freedom of establishment after Cartesio*, in *ICLQ*, 2010, p. 303 ss.; M. SZYDŁO, *The Right of Companies to Cross-Border Conversion*, in *Eur. Comp. & Fin. L. Rev.*, 2010, p. 414 ss.; A. JOHNSTON P. SYRPIS, *Regulatory competition in European company law after Cartesio*, in *Eur. Law Rev.*, 2009, p. 378 ss.; W. KAAL C. KIRCHNER W. PAINTER, *Regulatory competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, in *Eur. Comp. & Fin. L. Rev.*, 2005, p. 159 ss.; W. H. ROTH, *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law*, in *ICLQ*, 2003, p. 177 ss.; F. MUNARI, P. TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 1 ss.; W. KERBER, *Interjurisdictional Competition within the European Union*, in *Fordham International Law Journal*, 1999-2000, p. 234 ss.; K. E. SØRENSEN, *Prospects for European Company Law After the Judgment of the European Court of Justice in Centros Ltd*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, p. 203 ss.; S. DEAKIN, *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonization. A Law and Economics Perspective on Centros*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, p. 231 ss.

molto, può portare i regolatori nazionali a uniformarsi verso standard più elevati di tutela del bene giuridico oggetto di regolazione (cd. “*race to the top*”), come ad esempio sembra essere accaduto nell’ordinamento dell’Unione con riguardo alla protezione ambientale³⁰.

Pur non mancando opinioni divergenti³¹, nella gestione del COVID-19 non sembra però auspicabile che tale scenario si verifichi: infatti, una concorrenza tra ordinamenti può avere – e non sempre ha – effetti “salutari”, solo quando i presupposti della concorrenza tra ordinamenti sono noti *ex ante*, e sono omogenei: ad esempio, se l’esperienza ci insegna che lo snellimento delle procedure burocratiche, o l’efficienza del sistema di soluzione delle controversie, costituiscono un fattore positivo per l’attività imprenditoriale e la crescita economica, gli Stati che meglio attuano al loro interno queste condizioni, “correttamente” beneficiano della concorrenza tra ordinamenti consentita dall’operare delle libertà fondamentali; nello stesso senso, se la tutela ambientale costituisce un principio condiviso, quegli Stati membri che, prima dell’armonizzazione del settore a livello europeo, avevano standard meno elevati di altri, potevano in linea di principio consentire alle imprese ivi stabilite di beneficiare di un vantaggio competitivo ingiusto rispetto ad altre³², ma rischiavano al tempo stesso l’applicazione di misure restrittive al godimento delle loro libertà fondamentali, giustificate dall’esigenza imperativa della tutela ambientale³³.

Viceversa, in quei casi in cui non vi è una condivisione del presupposto, o per mancanza di criteri omogenei, ovvero per diverse condizioni di sfondo, allora è imprescindibile avere un quadro armonizzante a livello europeo. A nostro avviso, la concorrenza tra ordinamenti è in questo caso per definizione non solo ingiusta, ma anche illegittima sotto il profilo del rispetto dei principi di solidarietà e coesione scolpiti nel preambolo e in diverse norme dei Trattati, a partire dai “valori” propri dell’Unione ai sensi degli artt. 2 e 3.3 TUE, ma anche di leale collaborazione di cui all’art. 4.3 TUE.

Questo ad esempio è uno dei motivi di crescente insofferenza “sistemica” – contrastata anche dalla Commissione con lo strumento del divieto di aiuti di Stato³⁴ – verso gli Stati

30 In argomento, v. F. MUNARI, *Do Environmental Rules and Standards Affect Firms’ Competitive Ability?*, in *European Papers*, 2019, p. 207.

31 Cfr. in particolare H. EIDENMÜLLER, *The Race to Fight COVID-19: On the Desirability of Regulatory Competition*, in *Oxford Business Law Blog*, 31 marzo 2020, secondo cui la cd. *regulatory competition* fra gli Stati membri sarebbe circostanza positiva per la lotta al virus nella misura in cui lo sviluppo di strategie differenti da Stato membro a Stato membro sarebbe la soluzione migliore per individuare quella corretta secondo un processo di cd. *learning by doing*, posto che le limitate informazioni a disposizione sul virus non permetterebbero di elaborare una soluzione unica di cui sia sicura l’efficacia. Per una critica, v. M. VENTORUZZO, *A Response to Eidenmüller’s Defense of Regulatory Competition in the Fight against COVID19*, in *Oxford Business Law Blog*, 8 aprile 2020.

32 Cfr., in questa prospettiva, e sia pur solo a livello di principi, Corte giust., 14 luglio 1998, causa C-341/95, *Bettati*, ECLI:EU:C:1998:353.

33 Il principio è chiaramente espresso in Corte giust. 7 febbraio 1985, causa 240/83, *Oli esauriti*, ECLI:EU:C:1985:59.

34 V. fra le altre la Decisione (UE) 2018/859 della Commissione, del 4 ottobre 2017, *relativa all’aiuto di Stato SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Amazon*, in GUUE L, n. 153, del 15 giugno 2018, p. 1; Decisione (UE) 2017/1283 della Commissione, del 30 agosto 2016, *relativa all’aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) al quale l’Irlanda ha dato esecuzione a favore di Apple*, in GUUE L, n. 187, del 19 luglio 2017, p. 1; Decisione (UE) 2016/1699 della Commissione, dell’11 gennaio 2016, *relativa al regime di aiuti di Stato sulle esenzioni degli utili in eccesso SA.37667 (2015/C) (ex*

membri che adottano politiche fiscali aggressive, con ciò attraendo ricchezza al proprio interno grazie a fenomeni di cd. *fiscal dumping*, poiché non esiste alcun principio o presupposto condiviso sul livello ottimale di tassazione, e comunque perché tale livello dipende anche dalle condizioni di finanza pubblica dei singoli Stati.

Ma identiche considerazioni valgono anche per la tutela della salute, e per le scelte, anche aventi un rilevantissimo impatto socio-economico, che in funzione di tale tutela gli Stati membri possono compiere: non essendovi alcun “presupposto comune” sul livello di tutela della salute, e sul compromesso che occorre stringere tra esigenze di protezione della stessa e conseguenze economiche, gli effetti di una *regulatory competition* tra Stati membri non possono che essere guardati con preoccupazione.

Tanto più che questo fenomeno, da un lato, può determinare conseguenze negative sui sistemi economici nazionali, sulla capacità produttiva e sulle quote di mercato delle imprese nel contesto europeo in capo a quegli Stati, tra cui l'Italia (anche perché maggiormente colpita dal virus rispetto ad altri Stati membri), che hanno maggiormente... alzato l'asticella a favore della salute rispetto all'economia; dall'altro lato, è in grado anche di pregiudicare quelle stesse esigenze di tutela della salute pubblica, nella misura in cui, come si vedrà nel prossimo paragrafo, un'eventuale minore considerazione di quest'ultima in un altro Stato membro rischia di pregiudicare l'efficacia delle stesse misure restrittive applicate dai primi, anche sotto il profilo del contenimento della malattia.

Naturalmente, il livello di compromesso tra tutela della salute e del tessuto socio-economico costituisce un problema rilevante già in un'ottica puramente interna al singolo Stato.

Ma nel caso di Stati membri dell'Unione, il compromesso rischia di essere vanificato da una sorte di dilemma del prigioniero, poiché gli Stati membri che sarebbero altrimenti più prudenti, magari perché toccati in modo più intenso dalla pandemia, potrebbero essere costretti ad accelerare la ripresa delle attività economiche rispetto ai propri desiderata per uniformarsi alle scelte di altri Stati membri. Ciò proprio al fine di limitare gli effetti negativi per le imprese nazionali che, in caso contrario, subirebbero la concorrenza non solo di quelle stabilite in Paesi terzi (circostanza ovviamente inevitabile), ma anche degli operatori economici stabiliti in altri Stati membri e autorizzati a ripartire.

Insomma, il COVID-19 dà corpo all'ennesima sfida all'ordinamento dell'Unione, rispetto alla quale l'armamentario giuridico col quale normalmente vengono concettualizzati

2015/NN) cui il Belgio ha dato esecuzione, in GUUE L, n. 260, del 27 settembre 2016, p. 61; Decisione (UE) 2017/502 della Commissione, del 21 ottobre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) al quale i Paesi Bassi hanno dato esecuzione a favore di Starbucks, in GUUE L, n. 83, del 29 marzo 2017, p. 38; Decisione (UE) 2016/2326 della Commissione, del 21 ottobre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Fiat, in GUUE L, n. 351, del 22 dicembre 2016, p. 1. In letteratura, fra i molti, L. LOVDAHL GORMSEN, *European state aid and tax rulings*, Northampton, 2019; M. ORLANDI, *Principio di libera concorrenza, interpellati e disciplina degli aiuti di Stato: un rapporto complesso*, in *Dir. Un. Eur.*, 2017, p. 529 ss.; P. ROSSI-MACCANICO, *A new framework for state aid review of tax rulings*, in *EStAL*, 2015, p. 371 ss.; S.K. DESAI, *A development in state aid practice: tax rulings and settlements become a focus of attention*, in *ECLR*, 2014, p. 575 ss.

i rapporti tra norme interne e norme unionali mostra ancora una volta notevoli debolezze e lacune.

4. Asimmetrie nelle competenze e rischi scaturenti dalla cattiva percezione delle loro conseguenze sistemiche per l'Unione: l'intollerabile "concorrenza tra ordinamenti" in danno di valori primari

Nel paragrafo che precede abbiamo osservato come, per continuare a usare il gergo tipico in uso per fenomeni solo apparentemente simili a quello in esame, in assenza di misure adottate a livello dell'Unione, appare più probabile il verificarsi di una cd. "*race to the bottom*" con riguardo alle modalità con cui gli Stati membri si apprestano a gestire la "fase 2" post COVID-19, piuttosto che una virtuosa convergenza degli standard al rialzo.

Infatti, nella logica inestricabile del mercato interno, non sembra esservi alcuna speranza per i Paesi più interessati a prolungare le misure restrittive per salvaguardare la salute dei propri cittadini, contemperando ovviamente tale esigenza con gli effetti negativi del *lock-down* sotto il profilo economico. Infatti, se all'interno di un ipotetico mercato rilevante tutte le imprese sono obbligate a interrompere la propria attività, gli effetti della chiusura possono – con minore difficoltà – essere fronteggiati con misure di sostegno al reddito, sia dei lavoratori che dei datori di lavoro. Si pensi al caso delle piccole attività locali (es. i bar o i ristoranti) che – difficilmente – sono in concorrenza con soggetti stabiliti in altri ordinamenti e che, per ipotesi, possano per primi tornare operativi. Chiaramente le risorse a disposizione per tali misure di sostegno non sono infinite ma, in linea di principio, la crisi può essere gestita. Non possiamo ovviamente entrare nel merito della diversa intensità degli aiuti che possono essere erogati ai singoli in funzione delle disponibilità economiche di ciascuno Stato membro; né delle disparità di trattamento che, a livello europeo, possono subire cittadini di diversi Stati in relazione al medesimo fenomeno pandemico, solo grazie alla differente capacità di spesa pubblica esistente a livello nazionale. Un simile discorso esula dagli scopi del presente lavoro, ma sottotraccia integra certamente un elemento discriminante che nel medio periodo potrebbe nuocere alla costruzione europea. Basti quindi accennare che, se in una situazione "fisiologica" si accettava generalmente la circostanza secondo cui il *welfare* è materia degli Stati membri, e l'inesistenza di un *welfare* europeo non è poi così drammatica, l'emergenza COVID-19, e le probabili conseguenze negative durature sul piano socio-economico che esso comporterà per molti milioni di cittadini europei, ancora una volta mettono in luce fragilità del sistema, la cui mancata soluzione rischia di minare il progetto europeo.

Tornando ai temi oggetto del presente lavoro, e quindi alle conseguenze sul mercato interno di COVID-19, se alcune delle imprese in competizione tra loro in ambito unionale ricominciano a operare dopo altre, le conseguenze del *lock-down* decise a livello nazionale non sono più limitate alla momentanea perdita di reddito. E, soprattutto, gli effetti della chiusura non si sviluppano più in modo uniforme per tutti gli operatori di mercato, verificandosi per contro effetti distorsivi della concorrenza che non possono essere sistemati

“per decreto”: si pensi alla perdita di clienti e quote di mercato da parte delle imprese che siano costrette a rimanere inattive per un periodo più lungo e che subiscono la concorrenza di quelle imprese stabilite in altri ordinamenti le quali, per contro, siano state autorizzate per prime a tornare operative e possono più tempestivamente evadere gli ordini dei clienti.

Ecco allora che in tutti i settori aperti alla concorrenza fra operatori stabiliti in diversi ordinamenti, i singoli Stati non possono adottare le decisioni relative all’allentamento del *lock-down* in piena autonomia. Essi, infatti, devono guardarsi attorno e saranno fortemente incentivati (se non costretti) a uniformarsi alle scelte degli altri Stati che, per primi, decideranno di permettere il riavvio delle attività economiche in condizioni più o meno normali.

Il timore di determinare danni irreversibili alle imprese e, quindi, all’economia nazionale porterà dunque a una generale accelerazione dei tempi della ripresa rispetto al periodo che sarebbe stato ottimale sotto il profilo della tutela della salute pubblica: quindi, e da un lato, una sorta di cd. *race to the bottom* che, oltre a causare gli evidenti effetti distorsivi sul mercato interno appena descritti, potrebbe portare a un rapido riacutizzarsi della pandemia³⁵; dall’altro lato, una... corsa al ribasso che viene giocata su valori fondamentali come appunto la salute umana.

Il pregiudizio al mercato interno e il pericolo per la salute dei cittadini appaiono ancora meno tollerabili laddove si consideri che la “fase 1” della crisi sanitaria è stata affrontata in modo differente dagli Stati membri. Quanto sopra non solo con riferimento alle misure unilaterali di contenimento, ma anche con riguardo alle modalità di raccolta e agli standard di misurazione dei dati relativi all’entità del contagio (es. requisiti per l’esecuzione dei tamponi) e dell’impatto (es. attribuzione dei decessi al virus in caso di pazienti polimorbidi) del COVID-19³⁶: tale disomogeneità dei dati su cui gli Stati membri elaborano le strategie di uscita dal *lock-down* appare idonea a moltiplicare gli effetti negativi delle convergenze al ribasso, facendo sì che la risposta complessiva all’interno dell’Unione finisca quasi per essere affidata al caso. In questa prospettiva, emerge in modo ancor più plastico come non sia più facilmente gestibile un sistema a competenze attribuite, quanto meno tutte le volte in cui, come nel nostro caso, si evidenziano forti o fortissime contiguità tra situazioni disciplinate a livello nazionale, da un lato, e regole sorte e applicate su scala unionale.

Anche le misure più ambiziose attualmente in discussione a livello dell’Unione, e in particolare il cd. *recovery fund*³⁷, non sembrano del tutto idonee ad evitare le distorsioni

35 Premesso che la mancata elaborazione di una strategia comune e concordata fra gli Stati membri di allentamento e uscita dal *lock-down* «could result in long-lasting damage to free movement and EU solidarity», si osserva infatti che «[p]ublic health protection is equally at risk, if national lockdowns are relaxed too quickly, and based on political opportunism or economic lobbying rather than commonly agreed science-based criteria» (cfr. A.M. PACES, M. WEIMER, *From diversity to coordination: A European approach to Covid19*, in [Eur. J. Risk Reg.](#), 2020, spec. p. 17.

36 In argomento, v. M. MORVILLO, *I just can't get enough (of experts): the numbers of COVID-19 and the need for a European approach to testing*, in corso di pubblicazione in [Eur. J. Risk Reg.](#), 2020.

37 Com’è noto, secondo il Comunicato stampa del 9 aprile 2020 del cd Eurogruppo, si tratterebbe in particolare di uno strumento alla cui predisposizione gli Stati membri la cui moneta è l’Euro hanno accettato di lavorare al fine di «prepare and support the recovery, providing funding through the EU budget to programmes designed to

concorrenziali sopra evidenziate. È vero che uno strumento di spesa alimentato dal bilancio dell'Unione, finanziato mediante l'emissione di obbligazioni a lungo termine³⁸, e “liberato” dal meccanismo del cd. *capital key* che limita le iniziative della BCE, sarebbe fondamentale per ridurre le differenze nella capacità dei singoli Stati membri di fronteggiare gli effetti economici della pandemia, a prescindere dalla rispettiva maggiore o minore possibilità di spesa. E in tale prospettiva, non vi sono dubbi che un meccanismo come quello del *recovery fund* appare irrinunciabile per evitare che il COVID-19 finisca per allargare il divario fra le imprese stabilite in Stati membri che possono permettersi un più intenso supporto all'economia durante la crisi (attuale e futura) e, invece, quelle stabilite in Stati membri ove la coperta è più corta. In questo senso, riducendo i rischi che la pandemia possa amplificare i vantaggi competitivi per le imprese determinati dal luogo di stabilimento, un meccanismo come quello del *recovery fund* tutela senza dubbio anche il mercato interno.

Tuttavia, e come si diceva, è altrettanto vero che vi sono dinamiche di mercato che, una volta alterate, difficilmente possono essere ripristinate; ed è la distorsione di tali dinamiche che andrebbe evitata mediante un più intenso coordinamento a livello dell'Unione delle modalità di uscita dal *lock-down*, al fine di salvaguardare l'unità del mercato interno.

5. La Comunicazione dei Presidenti di Consiglio e Commissione del 15 aprile 2020: giusta la direzione, ma occorrono più coraggio e chiarezza

Il 15 aprile 2020 i Presidenti di Consiglio e Commissione hanno pubblicato una Comunicazione congiunta³⁹ che sembrerebbe finalizzata precisamente all'obiettivo di provare a ridurre i rischi scaturenti dal verificarsi dello scenario descritto nel precedente paragrafo. Riassunte le principali conseguenze della crisi causata dall'epidemia, e dato atto che le misure di *lock-down* non possono durare indefinitamente⁴⁰, la Comunicazione intende infatti fornire agli Stati membri indicazioni sulle modalità con cui gli stessi dovrebbero gestire la progressiva uscita dalla cd. “fase 1”.

kick-start the economy in line with European priorities and ensuring EU solidarity with the most affected member states. Such a fund would be temporary, targeted and commensurate with the extraordinary costs of the current crisis and help spread them over time through appropriate financing. Subject to guidance from Leaders, discussions on the legal and practical aspects of such a fund, including its relation to the EU budget, its sources of financing and on innovative financial instruments, consistent with EU Treaties, will prepare the ground for a decision». In argomento, fra i molti v. C. ALTOMONTE, *Recovery Fund*, in questa [Rivista](#), 8 maggio 2020.

38 V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 maggio 2020 *sul nuovo quadro finanziario pluriennale, le risorse proprie e il piano di ripresa (2020/2631(RSP)*, al momento in cui si scrive disponibile in [versione provvisoria](#), ove tale istituzione ha chiesto «che il Fondo di ripresa e trasformazione sia finanziato mediante l'emissione di obbligazioni a lungo termine per il sostegno alla ripresa garantite dal bilancio dell'UE, massimizzando il margine di manovra e subordinatamente a un piano di rimborso» e al tempo stesso sottolineato «che il Fondo sarà una componente principale di un pacchetto globale che fornirà un impulso agli investimenti, anche attraendo investimenti privati, per un importo di 2000 miliardi di euro e una durata commisurata al previsto impatto profondo e duraturo dell'attuale crisi» (cfr. in particolare il § 14).

39 Cfr. [Comunicazione](#) del Presidente della Commissione e del Presidente del Consiglio del 15 aprile 2020, *Joint European Roadmap towards lifting COVID-19 containment measures*.

40 Cfr. *Roadmap*, cit., p. 3

Composta di tre principali sezioni, la Comunicazione individua in primo luogo i parametri in base ai quali gli Stati membri dovrebbero valutare se sia (o meno) arrivato il momento opportuno per allentare le misure di contenimento. Il loro esame dimostra innanzitutto che, nella prospettiva della Comunicazione, il bilanciamento fra le esigenze di tutela della salute pubblica e quelle legate alla salvaguardia di interessi economici e sociali dovrebbe sempre concludersi con la prevalenza del primo obiettivo. Ciò posto, nella già descritta situazione di assenza di parametri identificativi del livello di tutela di salute (e di rischi per la stessa) ritenuti accettabili, e men che meno di condivisione di dati e protocolli medici (i.e. tecnici) per “misurare” in modo quanto meno omogeneo tale livello, salvo quanto in appresso precisato, è chiaro che il documento rischia di avere un mero contenuto narrativo, ben oltre la natura comunque non vincolante che lo caratterizza: banalizzando, se disomogenee sono le misure di *screening* della popolazione, o le verifiche quanto alle cause dei decessi dei cittadini residenti, è chiaro che solo con grandissima approssimazione si potrà avere un dato confrontabile della relativa condizione di salute esistente nelle diverse aree dell’Unione. E quindi con altrettanta approssimazione (ed è eufemistico) si potrà avere la possibilità di verificare se le scelte adottate dagli Stati membri tra contenimento del virus e attività economiche sono coerenti tra loro.

Nei limiti sopra descritti, la Comunicazione si sofferma poi sulla decisione in merito all’eventuale avvio della progressiva uscita dalla fase di *lock-down*. Gli Stati membri sono invitati a prendere in considerazione profili legati soltanto all’intensità, progressione e misurabilità del livello di contagio e diffusione della malattia nonché alla gestibilità dell’epidemia anche alla luce delle capacità del sistema sanitario nazionale⁴¹. Si tratta di indicazioni non innovative e basate su aspetti, statistiche e conteggi (come il numero dei nuovi contagi e dei decessi giornalieri, dei soggetti in terapia intensiva e del rapporto con il numero dei posti disponibili) con cui si è ormai tutti familiari per via dell’ampia copertura mediatica loro riservata. Ciò che interessa, invece, è che nessuno dei criteri suggeriti riguarda profili legati alla sostenibilità economica e sociale dell’eventuale prolungarsi del *lock-down*.

La prevalenza del bene salute nel contesto del *trade-off* è ancora più evidente quando si passi ad esaminare i principi che gli Stati membri sono invitati a rispettare nell’elaborazione delle strategie di allentamento del *lock-down*⁴². Il primo di tali principi afferma, infatti, che le eventuali iniziative nazionali verso la riapertura devono essere sviluppate (monitorate, ed eventualmente riviste) mantenendo sempre quale obiettivo prioritario la tutela della salute, nel breve e nel lungo periodo⁴³. Pur dando atto della difficoltà di impostare seri discorsi di

41 Si tratta in particolare di parametri basati su cd. «*Epidemiological criteria*», sulla «*Sufficient health system capacity*» e su «*Appropriate monitoring capacity*» delle Cfr. *Roadmap*, cit., p. 5.

42 Ovviamente, come si diceva, soltanto per il caso in cui gli stessi Stati membri abbiano autonomamente concluso che vi siano le condizioni necessarie per procedere in tal senso, eventualmente in base alle indicazioni di cui alla prima Sezione della Comunicazione.

43 Secondo la Comunicazione, infatti, «[a]ction should be based on science and have public health at its centre», di talché, pur riconoscendo che «*the decision to end restrictive measures is a multidimensional policy decision, involving balancing public health benefits against other social and economic impacts*», si conferma che «*the protection of public health in the short and long term should remain the primary goal of Member States’ decisions*» (cfr. *Roadmap*, cit., p. 6).

policy, e tanto meno di *law*, in un contesto così debole quale quello delle competenze unionali in materia di salute, leggendo tale principio la prima immagine che viene alla mente è quella di *Jacques de La Palice*.

Sebbene la Comunicazione si muova inevitabilmente nella prospettiva per la quale le decisioni sull'allentamento del *lock-down* spettano ai singoli Stati membri, gli ulteriori principi ivi indicati cercano di porre l'accento sulla dimensione collettiva della fattispecie. Ribadita l'applicabilità – e la fondamentale importanza – anche in questo frangente dei principi generali di diritto dell'Unione di solidarietà e leale cooperazione⁴⁴, si chiede infatti agli Stati membri di coordinare le iniziative assunte con riguardo alla fase di uscita dalla crisi. Il foro ove svolgere tale coordinamento è individuato nel già citato Comitato per la Sicurezza Sanitaria di cui alla Decisione n. 1082/2013/UE, alla quale gli Stati membri sono invitati a comunicare le azioni prima di darvi applicazione.

La parte a nostro avviso più importante della Comunicazione è quella nella quale, dismessi i prolegomeni di portata narrativa cui abbiamo accennato, ci si concentra su indicazioni di portata pratica. Si suggerisce agli Stati membri di adottare misure di cd. accompagnamento che dovrebbero completare il coordinamento delle strategie nazionali: si tratta di aspetti tecnici e che comprendono, innanzitutto, misure volte a migliorare la raccolta e lo scambio di dati fra le autorità sanitarie nazionali, la creazione di meccanismi di strumenti di controllo del contagio basati sulle nuove tecnologie⁴⁵, nonché l'armonizzazione degli standard di valutazione dei dati relativi all'entità del contagio e dell'impatto. Come si è visto, è proprio questa una delle chiavi per cominciare ad avere una “dimensione comune” del problema, essendo ovvio che una maggiore armonizzazione di tali fattori è indispensabile al fine di provare a diminuire gli effetti negativi delle disomogeneità sopra ricordati.

Qualunque norma richiede prima un contesto di riferimento comune. E in una situazione in cui, come visto, addirittura le competenze dell'Unione sono flebili, diventa quanto meno opportuno lavorare su profili tecnici, tanto più che essi di regola sfuggono maggiormente agli occhiuti controllori che, in molti Stati membri, verificano se putacaso le istituzioni dell'Unione stiano agendo dentro o fuori le prerogative loro riservate. È urgente, quindi, e quanto meno, che si arrivi a un'immediata cooperazione e condivisione dei dati a livello europeo, ciò essendo il primo “mattoncino” sul quale impostare un barlume di iniziative comuni (il termine “politiche” non è ahinoi utilizzabile).

44 Cfr. ancora *Roadmap*, cit., p. 6. Sul tema v. C. BEAUCILLON, *International and European Emergency Assistance to EU Member States in the COVID-19 Crisis: Why European Solidarity Is Not Dead and What We Need to Make It both Happen and Last*, in *European Papers* – *European Forum*, 25 aprile 2020; B. PIRKER, *Rethinking Solidarity in View of the Wanting Internal and External EU Law Framework Concerning Trade Measures in the Context of the COVID-19 Crisis*, in *European Papers* – *European Forum*, 25 aprile 2020.

45 Il tema è stato sviluppato anche nella Comunicazione della Commissione del 17 aprile 2020, *Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di covid-19 relativamente alla protezione dei dati*, in GUUE C, 124I, del 17 aprile 2020, p. 1. Più in generale, sul rapporto fra misure di contenimento dell'epidemia e la tutela dei dati personali, v. anche il Joint Statement of the Chair of the Committee of Convention 108 and of the Data Protection Commissioner of the Council of Europe, 30 March 2020, *on the right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic* (<https://rm.coe.int/covid19-joint-statement/16809e09f4>).

Ciò premesso, e fermo che non è questa la sede per addentrarci oltre nelle indicazioni elaborate da Consiglio e Commissione, quello che interessa è soltanto evidenziare che, per l'appunto, la Comunicazione resta un semplice suggerimento: non viene revocato in dubbio, infatti, che la concreta predisposizione delle modalità di allentamento delle misure restrittive sia competenza dei singoli Stati membri, i quali, al più, sono invitati a coordinarsi, trattandosi di un problema che, con sintomatico *understatement*, viene espressamente qualificato come “di interesse comune”⁴⁶.

6. Proposte conclusive tra clausola di flessibilità, ravvicinamento delle legislazioni nazionali e regole di bilancio.

L'eccezionalità della crisi economica causata dalla pandemia di COVID-19 e le gravissime (e potenzialmente irrimediabili) conseguenze che l'approccio decentrato alla programmazione delle modalità di allentamento delle restrizioni e progressiva uscita dal *lock-down* possono avere sulla salute, e forse anche sulla stessa sopravvivenza dell'Unione⁴⁷, rendono opportuno domandarsi se, in questo frangente, non sia possibile pretendere una risposta “comunitaria” di maggiore intensità e portata.

Tale esigenza appare invero ancora più pressante nella prospettiva esaminata nel presente contributo e cioè quella della protezione e salvaguardia di quell'obiettivo – il mantenimento di un mercato interno privo di distorsioni concorrenziali⁴⁸ – che, nonostante il vertiginoso aumento delle politiche attribuite alla competenza dell'Unione rispetto alle origini del progetto di integrazione europea, rappresenta ancora oggi la sua «*risorsa più preziosa*»⁴⁹; e ciò considerato che, se non viene declinata nel contesto di tutto quello che sta intorno al mercato interno stesso, tale ambito rischia di diventare anche il campo di scorribande e tensioni che, come accennavamo, l'Unione potrebbe non essere più in grado di reggere.

Del resto, non è la prima volta che una situazione emergenziale evidenzia – e molto spesso permette di superare⁵⁰ – talune inadeguatezze della struttura istituzionale dell'Unione,

46 Più nel dettaglio, secondo la Comunicazione, «[d]e-escalating from the COVID-19-imposed measures in a coordinated manner is a matter of common European interest» (cfr. *Roadmap*, cit., p. 5).

47 In argomento, oltre ai contributi già citati di G. TESAURO, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, cit., ed E. TRIGGIANI, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, cit., v. anche fra i molti, L.F. PACE, *op.cit.*, nonché S. BASTIANON, *Uniti nell'uguaglianza*, in Dibattito [AISDUE](#) “*Coronavirus e diritto dell'Unione*”, 6 aprile 2020, p. 3.

48 Cfr. art. 3(3) TUE e il Protocollo n. 27 al TFUE sul mercato interno e sulla concorrenza.

49 Per riprendere un'espressione recentemente utilizzata nel [Discorso](#) del 26 marzo 2020 della Presidente von der Leyen al Parlamento europeo riunito in sessione plenaria, *sulla risposta europea coordinata all'epidemia di COVID-19*, ove si è ricordato che «*la nostra risorsa più preziosa è il mercato unico. La risposta europea avrà successo e potrà essere coordinata solo se il nostro mercato interno e il nostro spazio Schengen funzioneranno a dovere. Una crisi che non conosce confini non può essere risolta ergendo muri tra noi*»

50 Infatti, «[l]’integrazione europea ha affrontato, nella sua non lunga storia, diverse e complesse crisi ma da ciascuna di esse è riuscita, forse inaspettatamente, rafforzata» (cfr. E. TRIGGIANI, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, cit., p. 5).

ivi inclusa la rigida divisione di competenze fra Unione e Stati membri⁵¹; e specie in passato abbiamo anche assistito a situazioni nelle quali, di fronte alle difficoltà, l'Unione è stata capace di “gettare il cuore” oltre l'ostacolo, prendendo soluzioni coraggiose con la consapevolezza di dovere in seguito procedere a una revisione e perfezionamento delle regole di volta in volta adottate.

In tale prospettiva, soluzioni più “coraggiose” rispetto a quelle fino a ora ipotizzate (e in larga parte basate sull'elaborazione di semplici suggerimenti indirizzati agli Stati membri), sembrano in effetti necessarie tenuto conto delle peculiarità qualitative e, soprattutto, quantitative della crisi economica in atto⁵². Vista la situazione politica complessiva interna ai singoli Stati membri che da troppi anni paralizza l'Unione, l'ipotesi di proporre soluzioni di diritto primario appare obiettivamente fuori luogo. Si tratta, quindi, di provare ad agire internamente al perimetro dei Trattati e, cioè, di formulare proposte realizzabili senza una modifica degli stessi⁵³.

Al riguardo, il Trattato FUE offre molteplici soluzioni per superare la prospettiva in cui la progressiva uscita dalla cd. “fase 1” sia qualificata alla stregua di un mero problema di interesse comune⁵⁴, e conseguentemente l'azione dell'Unione debba limitarsi al coordinamento delle competenze degli Stati membri⁵⁵. Tali soluzioni sono note e consistono

51 Da ultimo, con riguardo alla cd. crisi dei debiti sovrani che ha interessato l'Eurozona negli ultimi anni, è ad esempio sufficiente ricordare l'approccio seguito dalla Corte di giustizia con riguardo al tema della – apparentemente netta – distinzione fra politica monetaria (competenza esclusiva dell'Unione e, in particolare, della BCE ai sensi dell'art. 3(1)(c) TFUE) e politica economica (materia di interesse comune ai sensi dell'art. 121 TFUE) (cfr. Corte giust. 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756; Corte giust. 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400; Corte giust. 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000). In argomento, anche per ulteriori riferimenti v. F. MUNARI, *The European Monetary Union: A Hard Test for the Rule of Law Within the EU Legal System*, in *American U. Int. L. Rev.*, 2017, p. 345 ss.

52 Premesso infatti che ovviamente «[n]on è la prima volta che l'Europa si trova ad affrontare una crisi economica», la stessa Presidente della Commissione ha di recente osservato che tuttavia «non abbiamo mai vissuto un arresto dell'economia di queste proporzioni» (cfr. [Discorso](#) del 16 aprile 2020 della Presidente von der Leyen al Parlamento europeo riunito in sessione plenaria, *sull'azione coordinata dell'UE per combattere la pandemia Covid-19 e le sue conseguenze*. Ribadito allora che «in Europa ci si poteva attendere che il sopraggiungere improvviso di un pericolo comune come una pandemia attenuasse la crisi del sistema, piuttosto di accentuarla e di mostrarla in tutta la sua gravità», si osserva allora che «[c]'è solo da augurarsi che una riflessione comune porti ad un'inversione di tendenza e a una ripresa effettiva del processo di integrazione europeo. Ma tale ripresa non potrà avvenire questa volta con i piccoli passi allora prospettati da Schuman, ci vorranno decisioni di maggiore portata ispirate da una visione concreta dell'interesse comune che una solida integrazione europea può avere per i popoli europei e per l'umanità» (cfr. F. POCAR, *I settant'anni dell'Unione europea nella pandemia*, cit.).

53 Cfr. ancora G. TESAURO, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, cit., p. 16, secondo cui sebbene «[l]a soluzione ottimale sarebbe una rivisitazione, meglio ancora una modifica, dei trattati, oggi praticamente impossibile sugli obiettivi, i valori e le competenze dell'Unione, Tuttavia, i tempi sono stretti, per il momento ci potremmo accontentare della norma (art. [352] TFUE) da rispolverare sulla flessibilità e i poteri cc.dd. impliciti, anche a costo di una riduzione dei Paesi coinvolti (cooperazione rafforzata, di fatto già sperimentata), ipotesi che, sommessamente dico, non sarebbe affatto una tragedia».

54 Cfr. *Roadmap*, cit., p. 5.

55 Si tratta peraltro di un obiettivo che non appare universalmente condiviso, laddove secondo alcuni la soluzione ottimale sarebbe precisamente quella per la quale, anche in questo frangente, «EU institutions indicate – not mandate – a European exit strategy from asymmetric, albeit gradually converging, containment policies of Covid19» (cfr. A.M. PACES, M. WEIMER, *From diversity to coordination*, cit.).

in quei meccanismi che permettono di ammorbidire la rigidità del principio di attribuzione delle competenze aumentando la dinamicità del sistema: com'è ovvio, il riferimento è soprattutto alla teoria dei poteri impliciti⁵⁶ e alla cd. clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE⁵⁷.

Elaborata per la prima volta con riguardo alla competenza dell'Unione a stipulare accordi internazionali⁵⁸, la teoria dei poteri impliciti si basa com'è noto sull'idea che l'Unione non possieda le sole competenze che le sono espressamente trasferite dagli Stati membri ma anche, e appunto implicitamente, quei poteri necessari all'esercizio delle competenze espresse, delle quali risulterebbe altrimenti pregiudicato l'effetto utile⁵⁹. Al fine di attenuare i possibili effetti negativi del principio di attribuzione, l'art. 352 TFUE mira invece a permettere alle istituzioni dell'Unione di adottare provvedimenti necessari a fronteggiare fattispecie che non erano state previste al momento della conclusione dei Trattati e per le quali, dunque, non è stata predisposta una specifica base giuridica (cd. competenze sussidiarie). Tale clausola viene pertanto utilizzata quando una determinata competenza non è attribuita all'Unione ma è nondimeno necessaria al raggiungimento dei suoi scopi⁶⁰ e, in passato, ha permesso sviluppi dell'ordinamento dell'Unione di portata quasi rivoluzionaria; è ad esempio il caso dell'attrazione della politica ambientale all'interno dei settori regolati dal diritto dell'Unione⁶¹.

La differenza fra i due criteri di temperamento del principio di attribuzione è pertanto quella per cui l'utilizzo della clausola di flessibilità permette alle istituzioni dell'Unione di muoversi ancora più a ridosso del limite ultimo del sistema delle competenze attribuite, andando quasi al di fuori del perimetro disegnato dai Trattati, senza tuttavia dovere fare ricorso alla procedura di revisione degli stessi⁶². Tale possibilità è bilanciata dagli stringenti limiti procedurali predisposti dall'art. 352 TFUE, e in particolare dal requisito del voto

56 Su cui v. R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006; S. STADLMEIER, *Die 'Implied Powers' der Europäischen Gemeinschaften*, in *Austrian J. Public & Int. L.*, 1997, 353; A. DASHWOOD, *The Limits of European Community Powers*, in *Eur. L. Rev.*, 1996, p. 113 A. GIARDINA, *The Rule of Law and Implied Powers in the European Communities*, in *It. Yearbook of Int. Law.*, 1975, p. 99 ss.

57 Su tale disposizione v. R. BIN. P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea, Processo costituente e governance economica*, Torino, 2015, spec. p. 95 ss.; S. BARIATTI, *Art. 352*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*, cit., p. 2551; L. FUMAGALLI, *Art. 352*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI, (a cura di), *Commentario breve*, cit., 1561 ss.; C. LEBECK, *Implied powers beyond functional integration?: The flexibility clause in the revised EU treaties*, in *J. Transn. L. & Pol.*, 2008, p. 303 ss.

58 Cfr. Corte giust. 31 marzo 1971, causa 22/70, *AETS*, ECLI:EU:C:1971:32.

59 Cfr. Corte giust. 9 luglio 1987, cause riunite 281, da 283 a 285 e 287/85, *Germania c. Commissione*, ECLI:EU:C:1987:351, § 28.

60 Cfr. L. FUMAGALLI, *Art. 308*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 1019, spec. p. 1023.

61 V. causa 240/83, *Oli esausti*, cit., ove la Corte ha confermato la legittimità dell'adozione in base agli artt. 114 e 352 TFUE (in allora artt. 100 e 235 CEE) della Direttiva n. 75/439/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975, concernente l'eliminazione degli oli usati, in GU L n. 194, del 25 luglio 1975, p. 23. In argomento, v. F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, spec. p. 69.

62 Da ultimo, v. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, spec. p. 77.

all'unanimità in Consiglio⁶³, che – per le ragioni già ricordate – rischiano di renderne poco praticabile l'utilizzo in questa fase.

Fortunatamente, nella materia in discussione, non sembra necessario fare affidamento sulle cd. competenze sussidiarie e, invero, neppure sui poteri impliciti. In effetti, è parso opportuno richiamare l'esistenza di tali meccanismi più per ricordare che, in astratto, l'Unione avrebbe senza dubbio a sua disposizione gli strumenti giuridici per andare anche molto oltre quello che sarebbe strettamente necessario per salvaguardare il mercato interno in questo momento storico. Ma, almeno fintantoché si prendano in considerazione profili dell'organizzazione a livello nazionale della cd. “fase 2” che risultino sufficientemente ancorati all'imperativo del mercato interno, ai nostri fini potrebbe infatti risultare sufficiente anche il “solo” art. 114 TFUE⁶⁴; tale disposizione potrebbe infatti consentire innanzitutto l'adozione di misure più stringenti e vincolanti per costringere gli Stati membri a scambiarsi informazioni e condividere standard tecnici di tipo medico e sanitario, volti ad aumentare il tasso complessivo di conoscenza dell'evoluzione e della diffusione del COVID-19 (e in prospettiva di altri possibili pandemie dalle quali temiamo non saremo immuni)⁶⁵. Una volta condivisi gli strumenti conoscitivi, si dovrebbe quindi provvedere a eliminare le differenze fra le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative adottate dagli Stati membri per l'uscita dalla cd. “fase 1” che risultino pregiudizievoli al funzionamento del mercato interno⁶⁶.

Anche tale norma è stata del resto utilizzata non solo per permettere all'Unione di legiferare in materie che, pur non ricomprese fra le competenze ad essa attribuite dai Trattati, presentino collegamenti più o meno intensi con il mercato interno⁶⁷, ma anche per

63 In questo caso, infatti, le misure proposte dalla Commissione dovrebbero essere adottate dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

64 In argomento, v. P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *Art. 114 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*, cit., 1261; A. DAMATO, *Art. 114*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI, (a cura di), *Commentario breve*, cit., 912 ss. nonché L. S. ROSSI, *Il “buon funzionamento del mercato comune”. Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, Milano, 1990.

65 V. D. QUAMMEN, *Spillover*, New York, 2012, trad. it. da Adelphi, 2012. V. anche il discorso dell'ex Presidente degli Stati Uniti Barack Obama nel 2014 (<https://edition.cnn.com/videos/politics/2020/04/10/barack-obama-2014-pandemic-comments-sot-ctn-vpx.cnn>), nonché l'altrettanto celebre relazione tenuta da Bill Gates in occasione della TED Conference del 2015 (https://www.youtube.com/watch?v=6Af6b_wyiwI). Per riferimenti più scientifici, cfr. P. DASZAK, A.H. CUNNINGHAM, A.D. HYATT, *Emerging Infectious Diseases of Wildlife – Threats to Biodiversity and Human Health*, in *Science*, 2000, at 443; ID., *Anthropogenic Environmental Change and the Emergence of Infectious Diseases in Wildlife*, in *Acta Tropica*, 2001, at 103; W.B. KARESH, R.A. COOK, *The Human-Animal Link*, in *Foreign Affairs*, 2005; A.T. PRICE-SMITH, *Contagion and Chaos: Disease, Ecology, and National Security in the Era of Globalization*, Cambridge, 2009.

66 Secondo la Corte di giustizia, peraltro, l'utilizzo dell'art. 168 TFUE in combinato disposto con l'art. 114 TFUE permette di superare il divieto di adottare misure armonizzanti di cui all'art. 168(5) TFUE se l'obiettivo è quello ottenere un elevato livello di protezione della salute (cfr. Corte giust. 4 maggio 2016, causa C-547/14, *Philip Morris*, ECLI:EU:C:2016:325, § 60; Corte giust. 4 maggio 2016, C-358/14, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2016:323, § 34; Corte giust. 10 dicembre 2002, C-491/01, *British American Tobacco*, ECLI:EU:C:2002:741, § 62).

67 V. ancora in materia ambientale Corte giust 18 marzo 1980, causa 92/79, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1980:86, relativa all'adozione in base all'art. 114 TFUE (in allora art 100 CEE) della Direttiva n. 75/716/CEE del Consiglio, del 24 novembre 1975, *concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative al tenore di zolfo di taluni combustibili liquidi*, in GUUE L, n. 307, del 27 novembre 1975, p.

fronteggiare eventi emergenziali, come ad esempio avvenuto in seguito agli attacchi terroristici di Londra⁶⁸.

Come dimostrato anche dal cd. *recovery fund*⁶⁹, non si tratta pertanto in senso stretto di un problema di competenze. Laddove vi fosse la volontà politica, il Trattato offrirebbe infatti strumenti sufficienti a consentire l'adozione da parte delle istituzioni di misure più stringenti rispetto a quelle fino ad ora elaborate; esse sarebbero volte ad attrarre a livello dell'Unione, almeno in parte, la regolazione delle modalità di allentamento del *lock-down*, al fine di salvaguardare l'unità del mercato interno, evitando effettivi distorsivi dovuti a fenomeni di concorrenza fra ordinamenti in tale delicato settore.

Le maggiori difficoltà, specie laddove si ritenesse di dovere fare ricorso all'art. 352 TFUE⁷⁰, sembrano allora derivare dal secondo dei principi regolatori dell'ordinamento dell'Unione che si sono analizzati e, cioè, quello di equilibrio istituzionale, nella sua manifestazione legata alle necessità di ottenere il consenso – quantomeno – della maggioranza degli Stati membri per potere procedere all'adozione di atti vincolanti fondati sulle base giuridiche che si sono esaminate⁷¹.

Sotto tale profilo, dovrebbero in teoria soccorrere altri principi generali di diritto dell'Unione, dei quali peraltro abbiamo già parlato nei paragrafi precedenti. Il riferimento è ai principi di solidarietà e leale cooperazione⁷², che dovrebbero portare gli Stati membri a non ostacolare in modo irragionevole le misure eventualmente proposte dalla Commissione.

7. (segue): l'emergenza COVID-19 quale occasione per costruire un'Europa sociale più forte.

Da ultimo, ma come si dice non da ultimo, in parallelo a queste proposte dovrebbe seriamente porsi il tema di destinare specifiche e sostanziali risorse del bilancio dell'Unione in funzione di garantire livelli di *welfare* e di protezione sanitaria più omogenei tra gli Stati membri. Questa proposta, volta a costruire un'Europa sociale più forte, per rendere l'Unione concretamente più vicina ai cittadini, era già stata avanzata da uno degli autori prima

22

68 Cfr. Corte giust. 10 febbraio 2009, C-301/06, *Irlanda contro Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2009:68.

69 Con riguardo a tale strumento, si osserva che «*si è scavato sul fondo del barile delle competenze comunitarie e un po' oltre, contando sulla saggia comprensione della Corte*» (cfr. G. TESAURO, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, cit., p. 14).

70 V. *supra* nota 63.

71 Cfr. S. BASTIANON, *Solidarity and the EU at the time of Covid-19: the opportunity to build a stronger social and economic Europe*, in questa *Rivista*, 8 maggio 2020.

72 Del resto, se è vero che il principio di solidarietà era essenziale per la nascita della Comunità europea (tanto da essere quanto mai opportunamente richiamata nella cd. Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950), è altrettanto vero che tale principio «*lo è oggi, ancor di più, per la sopravvivenza di un ideale*» (cfr. in tal senso B. NASCIBENE, *Un anniversario da ricordare: i settant'anni della Dichiarazione Schuman*, in questa *Rivista*, 8 maggio 2020). Sui 70 anni della dichiarazione Schuman v. anche A. PADOA SCHIOPPA, *Settanta anni dopo*, in questa *Rivista*, 8 maggio 2020; J. Y. CARLIER, *Unire, disunire, ri-unire, il movimento dell'essere umano. La déclaration Schuman ou l'Horloge, du temps de la guerre froide au temps du Covid*, in questa *Rivista*, 8 maggio 2020.

dell'emergenza coronavirus⁷³, e appare oggi ancor più urgente, nella misura in cui nei prossimi anni sarà essenziale far sentire che l'Europa c'è: e per farlo seriamente, al di là delle numerose e potenti misure già messe in campo, sarebbe più che opportuno che fosse l'Unione stessa, con proprie risorse e capitoli di spesa *ad hoc* (e quindi con un bilancio europeo più ampio e coraggioso), a poter spendere risorse per le persone più deboli, e per i loro bisogni. Più politica sociale targata Europa, non legata all'emergenza COVID-19 ma progressivamente impostata in un'ottica di gestione ordinaria di risorse, potrebbe consentire un forte recupero di immagine dell'Unione, risolvendo altresì problemi dei singoli Paesi, come il nostro, impegnati a ripensare ampie porzioni nel nostro *welfare*. Naturalmente, le dotazioni di bilancio europee andrebbero riprogrammate e aumentate; e se prima si ipotizzava che l'ostacolo principale a un'espansione del bilancio UE fosse il Regno Unito, al medesimo si sono prontamente sostituiti i cd. "Stati frugali", a conferma ancora una volta che sono gli Stati membri i primi responsabili delle difficoltà in cui versa l'Unione.

Forse – ma non è detto⁷⁴ – il nostro è un mero esercizio di *wishful thinking* di chi ancora crede nell'assoluta necessità del progetto europeo, ma in seno alla Commissione si potrebbe nondimeno provare a testare l'efficacia di proposte idonee a persuadere gli Stati membri che un'Unione più forte è soprattutto nell'interesse dei loro cittadini.

73 F. MUNARI, *Come farsi (ri)conoscere dai cittadini? Occupandosi di loro: un welfare europeo per ripartire*, nel *Dibattito: Riflessioni sul futuro dell'Europa*, a cura del CESPI-Centro Studi di Politica Internazionale, <https://www.cespi.it/it/eventi-attualita/dibattiti/riflessione-sul-futuro-dellunione-europea-0/come-farsi-riconoscere-dai>

74 Nella risoluzione sul cd *recovery fund*, infatti, anche il Parlamento europeo ha chiarito di ritenere «fondamentale che tali sforzi abbiano una forte dimensione sociale e siano allineati agli obiettivi del pilastro europeo dei diritti sociali, agli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite e all'obiettivo dell'uguaglianza di genere, in modo da garantire che la ripresa rafforzi la coesione territoriale e la competitività, affronti le disuguaglianze sociali ed economiche e risponda alle esigenze di quanti sono stati maggiormente colpiti dalla crisi, come le donne, le minoranze e coloro che si trovano sulla soglia di povertà o al di sotto di essa» (cfr. Risoluzione sul nuovo quadro finanziario pluriennale, le risorse proprie e il piano di ripresa, cit., § 21).