

MANO FERMA NEL GUANTO DI VELLUTO: L'USO DEL *SOFT LAW*
NELL'UNIONE EUROPEA DI «NEXT GENERATION»

ENRICO VERDOLINI*

Sommario

1. Introduzione. *Shock* pandemico e *diritto morbido* nell'ordinamento giuridico europeo. – 2. L'«interpretazione evolutiva» del «Quadro temporaneo sugli aiuti di stato». – 3. L'attivazione della «clausola di salvaguardia generale» e il suo orizzonte temporale. – 4. La prevalenza del *soft law* nella strutturazione progressiva di «Next Generation EU». – 5. Conclusioni. Quali soluzioni alternative al *soft law*.

Abstract

The article analyzes the use of soft law instruments by the European Union. Soft law instruments, not covered by the Treaties, have been employed to achieve financial, economic, and social objectives during the health emergency. The objective of the study is to answer a question: does the soft law produced during the pandemic align with existing trends or does it represent a phenomenon with exceptional characteristics?

Three case studies have been selected to reflect on how European institutions have used soft law. Through soft law, the European Commission has adopted the Temporary Framework for State Aid and activated the Stability and Growth Pact's safeguard clause. Additionally, the Commission has contributed to constructing the legal framework for Next Generation.

Soft law has a low degree of legal force but a high level of politicization. Soft law acts, despite being instruments with lower legal effectiveness, express a community power of political direction derived from the authority of the European institutions that issue them, such as the European Council and the European Commission. However, it is necessary to highlight the absence of the European Parliament in the decision-making process concerning soft law.

In conclusion, some proposed solutions have been put forward, which involve a greater valorization of the instruments provided by the regulation of the European Parliament.

Suggerimento di citazione

E. VERDOLINI, *Mano ferma nel guanto di velluto: l'uso del soft law nell'Unione Europea di «Next Generation»*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Contatto: enrico.verdolini2@unibo.it

1. Introduzione. *Shock* pandemico e *diritto morbido* nell'ordinamento giuridico europeo

Fra i giuristi non c'è un *idem sentire*, nè sull'uso dell'espressione letterale¹, nè sul significato generale di *soft law*. Qualsiasi sforzo di definizione è particolarmente complesso, sia per l'ampiezza del fenomeno del *soft law*, che per la varietà di atti che possono essere ricondotti a questo concetto.

Focalizzando l'attenzione sull'ordinamento giuridico europeo, una definizione di *soft law* (diffusamente adottata) è quella proposta da Francis Snyder², secondo cui il *diritto morbido* consiste in regole di condotta che, in linea di principio, non hanno forza giuridica vincolante ma che, nonostante ciò, possono avere effetti concreti.

La definizione è stata, successivamente, ripresa da Linda Senden, che ne ha rivisto la formulazione e ha proposto di inquadrare come *diritto morbido* «regole di comportamento che sono stabilite da atti ai quali, di per sé stessi, non è stata attribuita forza giuridica vincolante, ma che tuttavia possono avere determinati effetti giuridici (indiretti), essendo finalizzati a produrre e potendo effettivamente produrre effetti pratici»³.

Quel che è stato messo in luce, pertanto, è che la natura generica e, apparentemente, non obbligatoria non impedisce, in ogni caso, che i singoli atti di *soft law* possano produrre effetti giuridici, in grado di condizionare la condotta degli Stati membri, delle istituzioni, delle imprese e degli individui⁴.

Il fenomeno del *soft law* deve essere inquadrato, innanzitutto, nel contesto dell'ordinamento giuridico, cercando di rispondere a una pluralità d'interrogativi⁵: occorre chiedersi se il *soft law* abbia o meno natura di fonte del diritto, quale possa essere la sua efficacia giuridica e quali, in particolar

¹ In lingua inglese, la parola *law* significa sia «diritto» che «legge». Per questa ragione, l'espressione *soft law* è utilizzata, nei testi italiani, sia al maschile che al femminile. È da preferire, però, l'espressione al maschile: *soft law* non indica una singola tipologia di atto, ma una pluralità di atti che, pur non essendo obbligatori, costituiscono diritto. Si concorda su questo punto con la valutazione compiuta da L. DE BERNARDIN, *Soft law*, in (a cura di) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5609.

² F. SNYDER, *The effectiveness of European Community law: institutions, processes, tools and techniques*, in *The Modern Law Review*, n. 1, Oxford, Blackwell, 1993, p. 32.

³ Cfr. L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 112.

⁴ G. BORCHARDT, K. WELLENS, *Soft law in European Community law*, in *European Law Review*, n. 5, London, Sweet and Maxwell, 1989, p. 285.

⁵ A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 16-17; A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 171 ss.; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008, p. 1 ss.; R. MANFRELOTTO, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 192 ss.

modo, possano essere le ricadute più ampie che derivino dalla sua applicazione.

Secondo parte della dottrina⁶, il *soft law* dovrebbe essere considerato diritto a tutti gli effetti, al pari di qualsiasi fonte, essendo caratterizzato da una propria consistenza normativa. L'ordinamento giuridico sarebbe formato da elementi caratterizzati da «normatività forte»⁷, che costituirebbero la «parte resistente della struttura giuridica», accanto ai quali sarebbero collocati elementi elastici, in grado di fondare la propria giuridicità sulla costruzione d'un consenso diffuso.

La sostanza del *diritto morbido* sarebbe, quindi, connotata per una normatività più tenue, a bassa intensità, preferendo ricorrere a prescrizioni di carattere persuasivo, anziché all'imposizione o al comando.

Un'altra parte della dottrina⁸, al contrario, ha rifiutato di riconoscere al *soft law* qualsiasi natura giuridica. La distinzione fra *hard law* e *soft law* dovrebbe essere, addirittura, rimarcata: mentre il primo è da considerarsi diritto, nel senso proprio del termine, perché vincolante dal punto di vista giuridico, il secondo non costituirebbe materiale giuridico, essendo del tutto privo di forza obbligatoria.

Il *diritto morbido* dovrebbe essere collocato, in maniera chiara, al di fuori del sistema delle fonti: andrebbe, tutt'al più, tenuto in considerazione dal giurista per interpretare le disposizioni di *hard law* e per darne, più facilmente, attuazione.

Nel contesto dell'Unione Europea, il *soft law* è nato dall'iniziativa di una pluralità d'attori sovranazionali, identificabili *in primis* nel Consiglio Europeo e nella Commissione Europea, così come in altri organi istituzionali. Le istituzioni europee hanno agito, spesso, al di fuori del perimetro dell'art. 288 TFUE, producendo una normatività liquida e poliedrica, difficile da classificare, perché in grado d'assumere forme variegata e fare propri contenuti diversificati.

Già da molti anni, la Commissione Europea ha teorizzato l'utilizzo d'una pluralità di strumenti di *diritto morbido*, come è stato messo in luce in molteplici passaggi del Libro bianco dedicato a «La *governance* europea» (comunicazione n. 428 del 2001). Dal punto di vista Libro bianco, accanto ai princi-

⁶ B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in (a cura di) A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 117 ss.; A. PETERS, *Soft law as a new mode of governance*, in U. DRIEDRICH, W. REINERS, W. WESSELS, *The dynamics of change in EU Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 22-23.

⁷ Cfr. B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, cit., p. 125.

⁸ R. BIN, *Soft law, no law*, in (a cura di) A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 36-37; R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Napoli, Franco Angeli, 2021, p. 96; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 162 ss.

pali atti legislativi formali, individuati dall'art. 288 TFUE, le istituzioni europee possono ricorrere a strumenti normativi di carattere non vincolante, come raccomandazioni, orientamenti, linee guida e altri atti di regolamentazione⁹ per il perseguimento degli obiettivi fissati nei Trattati.

Guardando all'evoluzione storica dell'ordinamento giuridico, la Commissione Europea sembra essere la principale artefice, anche a livello concreto, del *soft law* europeo. Una parte significativa dell'attività di quest'organo si concretizza in atti di *diritto morbido*. Sono stati inquadrati¹⁰ nella categoria del *diritto morbido* strumenti impiegati dalla Commissione Europea, come le comunicazioni, i libri verdi, i libri bianchi, i programmi d'azione, le linee guida, i codici di condotta e i quadri giuridici.

Ciò non vuol dire, però, che la Commissione Europea sia l'unico organo dell'Unione a produrre atti di *soft law*: accanto a quest'istituzione, anche il Consiglio Europeo, il Consiglio dell'Unione, la Banca Centrale Europea¹¹, così come le autorità europee di sorveglianza¹², nel corso della loro attività, ricorrono all'impiego del *diritto morbido*, seppur con un minor grado di frequenza, adottando conclusioni, dichiarazioni, linee guida, quadri normativi e altri atti di *soft law*.

La questione di come inquadrare il fenomeno del *soft law* rimane, tutt'ora, in gran parte aperta. Come deve essere approcciato il *diritto morbido* dell'Unione Europea? Quale dei due orientamenti dottrinari si deve preferire? Occorre considerare, in ogni caso, il *soft law* come una fonte del diritto, con propri effetti giuridici? O, al contrario, il giurista deve distinguere in maniera netta tra ciò che è fonte del diritto e ciò che non lo è, mettendo da parte ogni prospettiva di giuridicità del *soft law*?

La giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha mai parlato espressamente di *soft law*. Tuttavia, in varie circostanze, la Corte di Giustizia si è pro-

⁹ Sempre secondo la Commissione, l'impiego di strumenti di *soft law* sarebbe necessario per reagire con maggiore prontezza al modificarsi delle condizioni economiche e ai nuovi problemi che emergono, «abbreviando i tempi lunghi necessari per adottare e applicare le norme comunitarie» (comunicazione n. 428 del 2001).

¹⁰ Si veda, innanzitutto, la classificazione del *soft law* operata da L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., pp. 123-155. Si vedano anche le conclusioni di A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, cit., p. 189.

¹¹ Si può fare riferimento, in questo caso, al Quadro di riferimento per le politiche di sorveglianza dell'Eurosistema adottato dalla Banca Centrale Europea, sottoposto all'esame della Corte di Giustizia. La causa T-496/11 è stata decisa con sentenza del 4 marzo 2015 della Corte di Giustizia.

¹² È possibile fare riferimento, da ultimo, alle linee guida adottate dall'Autorità Bancaria Europea, vagliate dalla Corte di Giustizia. La causa C-911/19 è stata decisa dalla sentenza del 15 luglio 2021 della Corte di Giustizia. Si veda J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di Giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2, Torino, Giappichelli, 2022, p. 1 ss.

nunciata su atti di *diritto morbido*¹³: la Corte ha riconosciuto l'efficacia giuridica del *soft law* e ne ha, così, legittimato *de facto* la produzione da parte delle istituzioni europee.

Dagli anni Settanta, la Corte di Giustizia ha dichiarato ammissibili i ricorsi d'annullamento contro gli atti non espressamente previsti dai Trattati: a partire dal *caso ERTA* (causa 22/70), è maturato un approccio di carattere sostanziale, volto ad andare oltre il *nomen iuris* e le fonti tipizzate dai Trattati, per valutare direttamente se il singolo atto abbia efficacia giuridica, a prescindere da quale sia la sua natura e la sua veste formale.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il giudizio sull'idoneità di un atto di *soft law* a produrre effetti giuridici implica che vengano analizzati una serie d'elementi, secondo un approccio *case by case*, così da chiarire quale sia la portata del provvedimento (e, quindi, se possa essere oggetto di un sindacato da parte del giudice europeo).

In passato, il controllo della Corte di Giustizia ha attribuito particolare peso a indicatori come le formule letterali utilizzate nell'atto (causa 57/95¹⁴), il contesto e le premesse storiche in cui si è inserito (causa 57/95¹⁵), il particolare regime di pubblicità adottato, l'eventuale pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e la sua notificazione agli Stati membri interessati (causa 303/90 e causa 325/91¹⁶).

Dopodichè, nei suoi precedenti, la Corte di Giustizia ha stabilito che è necessario verificare, altresì, se l'atto si limiti a chiarire il significato di disposizioni già di per sé dotate di effetti giuridici e, quindi, costituisca *soft law*, o se il provvedimento implichi effetti giuridici del tutto inediti e autonomi, essendo sempre *diritto morbido*, ma presentando un contenuto innovativo, in qualche modo affine all'*hard law* (causa 366/88 e causa 57/95)¹⁷.

¹³ L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., p. 248 ss.; A. ALGOSTINO, *Diritto pro-teiforme e conflitto sul diritto*, cit., p. 185 ss.; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, cit., p. 18 ss.

¹⁴ In queste circostanze, si guarda agli esatti termini utilizzati nella redazione dell'atto. Se le parole hanno un tono perentorio e imperativo, occorre trarre determinate conclusioni, perché l'atto è più vicino all'*hard law*, anche se magari ha le vesti del *diritto morbido*. Al contrario, se le parole usate mantengono un approccio suggestivo, maggiormente incline al consiglio e alla persuasione, si può parlare di un atto di *soft law* a tutti gli effetti.

¹⁵ Occorre, pertanto, guardare a quelli che sono stati i presupposti dell'adozione dell'atto.

Nel caso menzionato, la Corte di Giustizia ha evidenziato il parallelismo fra il contenuto della comunicazione esaminata e una proposta di direttiva che non era stata approvata: l'intenzione della Commissione, pertanto, era quella di riproporre nella comunicazione lo stesso contenuto della proposta di direttiva.

¹⁶ In entrambi i casi riportati, è stato sottolineato dalla Corte di Giustizia come l'atto fosse stato pubblicato per intero in Gazzetta Ufficiale.

¹⁷ L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., p. 258 ss.

Non si può ignorare come la proliferazione del *soft law* sia stata sottoposta a una critica di particolare peso. L'adozione di atti normativi atipici, non esplicitamente contemplati dall'art. 288 TFUE o da altre disposizioni dei Trattati, comporta che siano bypassate le formalità delle procedure decisionali, in particolar modo la possibilità di un'effettiva consultazione o supervisione del Parlamento Europeo, in qualità d'assemblea rappresentativa democraticamente eletta dai cittadini dell'Unione¹⁸.

Per questa ragione, già prima della pandemia, l'erompere del *soft law* è stato valutato¹⁹ dal punto di vista della compatibilità coi principi dello Stato di diritto. Dietro alla tipicità delle forme d'esercizio del potere pubblico, lo Stato di diritto garantisce che le decisioni che concretizzano l'interesse generale siano formate attraverso delle precise procedure istituzionali.

Nella risoluzione n. 2028 del 2007, non a caso, il Parlamento Europeo ha rigettato «la distinzione tra *dura lex* e *mollis lex*», evidenziando come il *soft law* costituisca un «mezzo ambiguo e inefficace»: secondo il Parlamento Europeo, l'uso di strumenti di *diritto morbido* permetterebbe di aggirare gli organi legislativi effettivamente competenti, vanificando i valori della democrazia e dello Stato di diritto riconosciuti dall'art. 2 TUE, nonché i principi di sussidiarietà e proporzionalità alla base dell'ordinamento giuridico europeo.

Il Parlamento Europeo ha, tuttavia, riconosciuto la legittimità di alcuni degli atti di *soft law* adottati dalla Commissione Europea, in particolar modo gli «strumenti preparatori, quali i libri verdi e bianchi», nonché le comunicazioni interpretative, necessarie a definire le politiche in materia di concorrenza e aiuti di stato.

È stato evidenziato²⁰ come, a partire dai primi mesi del 2020, sotto l'impulso dell'emergenza sanitaria, una pluralità di istituzioni pubbliche, anche nel contesto dell'Unione Europea, abbia usato strumenti di *soft law*, di varia natura e conformazione, non contemplati dall'art. 288 TFUE, per contenere l'impatto del virus Covid-19, perseguendo molteplici obiettivi, da un punto di vista finanziario, economico e sociale.

Nei mesi della pandemia, l'utilizzo degli strumenti di *diritto morbido* è stato particolarmente frequente. Il loro peso specifico è stato altrettanto significativo, avendo consentito di strutturare le principali misure d'intervento nell'ambito economico. Il *soft law* della pandemia ha suscitato, pertanto, un

¹⁸ M. ELIANTONIO, O. ŞTEFAN, *The elusive legitimacy of EU soft law: an analysis of consultation and participation in the process adopting Covid-19 soft law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, n. 1, 2021, p. 164 ss.

¹⁹ R. BIN, *Soft law, no law*, cit., pp. 34-35.

²⁰ B. BOSCHETTI., M.D. Poli, *A comparative study on soft law: lessons from the Covid-19 pandemic*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 20 ss.; S. OANA, *Covid-19 soft law: voluminous, effective, legitimate? A research agenda*, in *European papers*, n. 1, 2020, p. 663 ss.

certo interesse, non solo per il suo erompere improvviso, ma anche per la funzione che ha svolto nella predisposizione di provvedimenti di particolare impatto a livello economico-finanziario.

Nel corso della presente analisi, saranno presi in considerazione tre casi di studio particolari, per comprendere come le istituzioni europee hanno impiegato il *soft law*. I casi prescelti riguardano strumenti che hanno rivestito e, almeno in parte, rivestono tutt'ora piena centralità nella risposta all'emergenza economica, nella definizione dei margini di spesa dei bilanci statali e nel rilancio del sistema produttivo sul medio-lungo periodo. Come si vedrà nel prosieguo dell'approfondimento, sotto questi punti di vista, il *soft law* della pandemia ha avuto un ruolo non privo di elementi di originalità rispetto a precedenti esperienze.

Nei tre casi esaminati, il Consiglio Europeo ha sempre assunto l'iniziativa politica e ha aperto la strada all'adozione di nuovi strumenti giuridici. Successivamente, attraverso il *diritto morbido* della Commissione Europea, 1) è stato introdotto il «Quadro temporaneo sugli aiuti di stato» ed 2) è stata attivata la «clausola di salvaguardia generale» del «Patto di Stabilità e Crescita». In ultima battuta, 3) la produzione di *soft law* da parte della Commissione Europea ha permesso di costruire gradualmente l'impianto giuridico alla base di «*Next Generation EU*».

L'obiettivo ultimo sarà quello di dare risposta, in particolar modo, a un dubbio. Nel contesto dell'Unione Europea, il *soft law* prodotto durante l'emergenza pandemica può essere inquadrato nelle tendenze già in atto, di utilizzo del *diritto morbido*, evidenziate dalla dottrina? O, al contrario, costituisce (in tutto o in parte) un fenomeno originale, avendo avuto dei tratti d'eccezione, così da dover essere considerato un'anomalia... nell'anomalia?

La risposta a questo dilemma non è, sicuramente, semplice. Nel prosieguo dell'analisi, si procederà per piccoli passi, approfondendo i singoli casi di studio, nel tentativo di arrivare a delle possibili soluzioni.

2. L'«interpretazione evolutiva» del «Quadro temporaneo sugli aiuti di stato»

A partire dal mese di marzo del 2020, mentre si propagava il virus Covid-19, l'Unione Europea ha adottato una pluralità di misure in materia di concorrenza: la forma di questi provvedimenti è stata, in prevalenza, quella del *soft law*.

L'impulso politico fondamentale è scaturito dal Consiglio Europeo del 10 marzo 2020, nel corso del quale i Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri hanno stabilito di impiegare tutti gli strumenti possibili per affrontare lo *shock* economico della pandemia: fra le varie misure da adottare, il Consiglio Europeo ha espresso la volontà di applicare in senso flessibile le disposizioni

dell'ordinamento europeo in materia di aiuti di stato, specificando che la Commissione Europea avrebbe adottato tutte le iniziative necessarie e gli Stati membri avrebbero assicurato un seguito attento e immediato.

In senso coerente, sempre nel marzo del 2020, anche la Commissione Europea ha manifestato un orientamento favorevole a interpretare in senso meno rigido il divieto in materia di aiuti di stato, attivando per mezzo del *soft law* le deroghe previste dall'art. 107 TFUE (comunicazione n. 112 del 2020): la Commissione Europea ha, quindi, istituito il «Quadro temporaneo in materia di aiuti di stato», attraverso la comunicazione n. 1863 del 2020, successivamente modificata e integrata da altre sei comunicazioni (le comunicazioni n. 2215, 3156, 4509, 7127 del 2020, cui si sono aggiunte le comunicazioni n. 564 e 8442 del 2021)²¹.

Nel presente paragrafo, a) si analizzerà la base giuridica del *soft law* del «Quadro temporaneo», esaminando le disposizioni dell'art. 107 TFUE, le deroghe ivi previste e le loro possibili interpretazioni. Dopodichè, b) si approfondiranno i singoli atti di *soft law*, che hanno dato attuazione alle deroghe, inquadrandone i contenuti essenziali e focalizzando l'attenzione sugli obiettivi complessivi. A chiusura del paragrafo, c) si cercherà di trarre delle conclusioni generali a proposito dell'utilizzo che è stato fatto del *soft law* da parte della Commissione Europea, in materia di concorrenza e aiuti di stato, durante la crisi pandemica.

Per quanto riguarda la base giuridica del «Quadro temporaneo»²², l'art. 107 TFUE ha stabilito, a livello generale, che sono incompatibili con il mercato concorrenziale gli aiuti alle imprese erogati, sotto qualsiasi forma, dalle istituzioni pubbliche ovvero per mezzo di risorse statali (art. 107 comma 1 TFUE); allo stesso tempo, però, sempre l'art. 107 TFUE ha individuato una serie di casi in cui il divieto non si applica (art. 107 comma 2 TFUE) o può non essere applicato (art. 107 comma 3 TFUE)²³.

²¹ CAMERA DEI DEPUTATI, *Gli aiuti di stato nell'attuale epidemia da Covid-19: il quadro europeo*, in www.camera.it, 2022.

²² M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo «Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato»*, in *Eurojus*, n. 2, 2022, p. 87 ss.; scuto f., *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 77 ss.; G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra coerenza d'insieme e profili inediti*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1, Milano, Giuffrè, 2020, p. 31 ss.; D. FERRI, *The role of EU state aid law as a "risk management tool" in the Covid-19 crisis*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 176 ss.; G. SABATINO, *Covid-19, European law and the geo-policy of aids. The incomplete structures of European development planning*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1, Milano, Giuffrè, 2020, p. 65 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato d'emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *Eurojus*, n. 4, 2021, p. 61 ss.; M. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal «Temporary Framework» al «Recovery Plan» nel «comune interesse europeo»*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1, Torino, Giappichelli, 2021, p. 114 ss.

²³ M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo «Quadro temporaneo»*, cit., p. 88 ss.;

L'art. 107 comma 2 TFUE ha precisato in quali circostanze siano applicate delle «deroghe automatiche» al divieto di aiuti di stato. Sono quei casi, indicati dall'art. 107 comma 2 TFUE, in cui gli aiuti sono sicuramente riconosciuti come compatibili col mercato interno: in queste ipotesi, gli aiuti risultano consentiti direttamente in forza delle disposizioni del Trattato, mentre il controllo della Commissione Europea è limitato a un semplice riconoscimento della legittimità, finalizzato a evitare gli usi impropri dell'art. 107 comma 2 TFUE.

Fra le «deroghe automatiche», rientra l'ipotesi in cui gli aiuti siano necessari a «ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali» (art. 107, comma 2, lettera b TFUE). Questa deroga è stata formulata in maniera particolarmente rigida: in primo luogo, l'aiuto pubblico è consentito nel caso in cui il danno subito dall'impresa sia immediatamente riconducibile, per la sussistenza di un *nesso causale diretto*, a «calamità naturali» oppure ad «altri eventi eccezionali»; in secondo luogo, l'entità delle risorse pubbliche erogate deve essere strettamente *proporzionata* alla consistenza del danno. Per queste ragioni, la deroga è utile alla mera compensazione del danno, mentre non è idonea a far fronte agli effetti di medio-lungo termine, che si producono successivamente al venir meno delle «calamità naturali» o degli «altri eventi eccezionali»²⁴.

In passato, la «deroga automatica» per l'eccezionalità dell'evento è stata applicata dalla Commissione Europea (seppure in casi limitati e settoriali) per consentire che fossero indennizzate le compagnie aeree che avevano sofferto danni economici per via dell'attentato dell'11 settembre 2001 (comunicazione n. 574 del 2001) e per concedere sovvenzioni agli agricoltori in difficoltà a causa di un'epidemia che aveva interessato l'allevamento dei bovini (decisioni n. 437 e 657 del 2001 sulla c.d. *mucca pazza*)²⁵.

Occorre evidenziare come l'art. 107 comma 3 TFUE abbia elencato una serie d'ipotesi in cui possono essere applicate delle «deroghe discrezionali» al divieto di aiuti di stato: si tratta di casi in cui, in linea di massima, è possibile l'erogazione di aiuti di stato, ma il controllo esercitabile dalla Commissione Europea è maggiormente penetrante e, soprattutto, altamente discrezionale, riguardando il merito delle singole misure, così come le loro potenziali ricadute, economiche e sociali.

Nell'elencazione delle «deroghe discrezionali», è presente l'ipotesi in cui gli aiuti di stato possono essere erogati per «porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» (art. 107, comma 3, lettera b

²⁴ F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato d'emergenza*, cit., p. 62.

²⁵ M. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati?*, cit., p. 119.

TFUE). È stato evidenziato²⁶ come il raggio d'azione di questa deroga possa essere molto ampio: la disposizione può essere applicata non solo per compensare i danni subiti dalle imprese, ma anche per strutturare misure che siano adeguate alla ripresa e al rilancio delle attività economico-produttive.

Per molto tempo, quest'ipotesi di «deroga discrezionale» ha avuto un ruolo di secondo piano. Soltanto durante la crisi finanziaria del 2008²⁷, è stato registrato un netto cambiamento d'approccio nella sua applicazione da parte delle istituzioni europee. Per la prima volta, la Commissione Europea ha riconosciuto come l'art. 107, comma 3, lettera b TFUE potesse essere applicato in quelle situazioni in cui la crisi di un singolo settore finanziario, come quello bancario, fosse a tal punto grave da mettere a rischio la tenuta dell'intero sistema economico, rendendo necessario un sostegno massiccio alle imprese da parte degli Stati.

La Commissione Europea è, così, ricorsa al *soft law* per ammorbidire il divieto in materia di aiuti di stato e renderne più flessibile l'applicazione: è possibile fare riferimento, nello specifico, a due atti di *soft law*, la comunicazione n. 270 del 2008, riguardante il settore bancario, e la comunicazione n. 16 del 2009, che ha introdotto il «Quadro di riferimento temporaneo in materia di aiuti di stato».

Attraverso il *soft law*, sono stati resi pubblici *ex ante* i criteri che la Commissione Europea ha poi adottato nell'applicare la «deroga discrezionale» dell'art. 107, comma 3, lettera b TFUE e nel decidere sulla compatibilità degli aiuti: in questa maniera, il *soft law* ha influito sulla predisposizione delle misure d'intervento da parte dei singoli Stati membri, che hanno strutturato i propri provvedimenti tenendo conto dell'interpretazione dell'art. 107 TFUE prospettata dalle comunicazioni della Commissione Europea.

In continuità con l'esperienza della crisi del 2008, per far fronte all'emergenza pandemica, le deroghe previste dall'art. 107 TFUE sono state, per l'appunto, applicate da parte della Commissione Europea attraverso atti di *soft law*, nella forma specifica delle comunicazioni. In particolar modo, l'impatto economico della diffusione del virus Covid-19 è stato considerato di natura e portata tale da giustificare il ricorso all'art. 107, comma 3, lettera b TFUE.

Il 19 marzo 2020 la Commissione Europea ha, così, introdotto il «Quadro temporaneo in materia di aiuti di stato» per l'emergenza pandemica, fondato sull'art. 107, comma 3, lettera b TFUE.

La comunicazione n. 1863 del 2020 ha inaugurato una prassi d'interpretazione più blanda del divieto di aiuti di stato e ha autorizzato nuo-

²⁶ M. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati?*, cit., p. 123.

²⁷ M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo «Quadro temporaneo»*, cit., p. 93.

ve ipotesi di aiuto alle imprese sotto forma di sovvenzioni dirette; agevolazioni fiscali o di pagamenti; garanzie pubbliche e tassi d'interesse agevolati sui prestiti; maggiore flessibilità nella concessione di assicurazioni del credito all'esportazione a breve termine.

Il «Quadro temporaneo» è stato rivisto e integrato più volte, per mezzo di ulteriori atti di *soft law* della Commissione Europea. Con una prima comunicazione, sono state autorizzate altre fattispecie di aiuto alle attività di ricerca e sviluppo riguardanti il virus Covid-19 (comunicazione n. 2215 del 2020²⁸): lo scopo era quello di accelerare la sperimentazione e la produzione di prodotti connessi al contenimento del virus, come medicinali, disinfettanti, sostanze chimiche, dispositivi medici, attrezzature ospedaliere e sanitarie.

Con i successivi atti di *soft law*, sono state rese possibili, in particolar modo, ulteriori ipotesi di aiuto alle imprese, in un'ottica di supporto a quelle realtà economiche che, a causa delle sospensioni o delle interruzioni dovute all'emergenza pandemica, si trovassero in una situazione di difficoltà finanziaria.

La comunicazione n. 3156 del 2020 ha permesso l'impiego di specifici provvedimenti di aiuto, facilitando l'utilizzo di strumenti di capitale o di strumenti ibridi di capitale da parte degli Stati membri²⁹. La comunicazione n. 4509 del 2020 ha consentito l'erogazione di particolari contributi pubblici alle piccole e medie imprese, mentre la comunicazione n. 7127 del 2020 ha autorizzato l'erogazione di sovvenzioni per la copertura dei costi fissi non remunerati delle imprese. La comunicazione n. 8442 del 2021 ha, quindi, definito nuove forme di aiuto alle imprese, in funzione di una ripartenza economica in chiave sostenibile, con particolare attenzione agli obiettivi della transizione verde e digitale³⁰.

Le ultime comunicazioni della Commissione, oltre ad aver alzato i massimali previsti per particolari ipotesi d'aiuto, hanno prorogato la validità gene-

²⁸ In questo caso, è stata fatta leva non tanto sull'art. 107 comma 3, lettera b TFUE, quanto sull'art. 107, comma 3, lettera c TFUE, in particolar modo sulla clausola che consente gli «aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività».

²⁹ La Commissione ha ammesso l'acquisizione da parte degli Stati membri di quote di capitale delle società strategiche maggiormente in difficoltà, sulla base dell'art. 345 TFUE: adottando come base giuridica quest'articolo, la Commissione Europea ha espressamente chiarito che «se gli Stati membri acquisiscono quote esistenti di imprese a prezzi di mercato o investono in condizioni di parità rispetto agli azionisti privati, ciò non costituisce, di norma, un aiuto di Stato» (comunicazione n. 3156 del 2020). L'art. 345 TFUE, infatti, chiarisce come «i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». La formulazione generica dell'art. 345 TFUE ha spinto gli interpreti a considerare le sue disposizioni come neutrali di fronte al problema della titolarità della proprietà: l'art. 345 TFUE non ha indicato una chiara preferenza per la proprietà privata, né tantomeno ha escluso la possibilità di forme di proprietà pubblica negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

³⁰ Questi particolari aiuti sono stati consentiti ex art. 107, comma 3, lettera c del TFUE.

rale del «Quadro temporaneo» fino al 30 giugno 2022 (comunicazioni n. 564 e 8442 del 2021).

Gli atti di *soft law* che hanno istituito e, quindi, definito ulteriormente il «Quadro temporaneo» hanno gradualmente allentato il rigore del divieto di aiuti di stato, consentendo maggiore margine di manovra ai singoli Stati membri: le istituzioni pubbliche hanno, così, goduto di un raggio d'azione più ampio, nel momento in cui sono intervenute a beneficio dei sistemi economici in maggiore difficoltà³¹.

È stato evidenziato come, a distanza di poco più di un anno dalla sua introduzione, alla data del 31 marzo 2021, la Commissione Europea abbia già applicato il «Quadro temporaneo» in numerosi casi concreti che le sono stati sottoposti (oltre cinquecento) e abbia, così, autorizzato plurime misure che sarebbero state vietate in tempi ordinari, ampliando il raggio d'intervento di ciascuno Stato membro, a beneficio di interi settori produttivi³².

Guardando al caso specifico dell'Italia, il Servizio Studi della Camera dei Deputati ha pubblicato un *report* riguardante le misure straordinarie adottate a sostegno dell'economia nazionale, in conformità al «Quadro temporaneo»³³. Il *report* ha analizzato e classificato i principali atti legislativi, che hanno disciplinato gli strumenti emergenziali, per un totale di undici decreti-legge, entrati in vigore fra il marzo del 2020 e il maggio del 2021. Fra gli atti in questione, sono stati richiamati i decreti-legge n. 9, 18, 23, 34, 104, 137, 149, 154 e 157 del 2020 e i decreti-legge n. 41 e 73 del 2021. Questi decreti-legge hanno introdotto misure straordinarie a supporto di singoli settori economici o di particolari categorie d'impresе, consistenti ad esempio nella sospensione dei versamenti e degli adempimenti fiscali, nell'erogazione di contributi a fondo perduto, nell'immissione di liquidità all'interno delle imprese o nella copertura dei loro costi fissi. Le varie misure sono state, in larga parte, rese possibili proprio dall'allentamento del divieto di aiuti di stato prodotto dal «Quadro temporaneo».

È sicuramente vero che il «Quadro temporaneo» ha permesso agli Stati membri di dispiegare tempestivamente gli interventi di sostegno alle imprese più colpite dall'emergenza pandemica, rafforzando gli strumenti protettivi dell'economia europea. Tuttavia, il «Quadro temporaneo» non è stato conce-

³¹ M.A. WILKINSON, H. LOKDAM, *The European economic constitution in crisis. a conservative transformation*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 3, 2021, pp. 2-3; C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 766; F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica*, cit., pp. 31-33.

³² M. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati?*, cit., p. 113.

³³ CAMERA DEI DEPUTATI, *Misure fiscali e finanziarie per l'emergenza Coronavirus*, Roma, Servizio Studi, 2021.

pito esclusivamente in funzione di salvaguardia del sistema economico-produttivo³⁴.

Le comunicazioni riguardanti il «Quadro temporaneo» sono inquadrabili fra quegli atti di *soft law* di carattere decisionale (c.d. *decisional guidelines or frameworks*³⁵) che non si limitano a fornire un'interpretazione letterale delle disposizioni dei Trattati ma fissano degli indirizzi riguardanti le modalità con cui la Commissione Europea esercita un suo potere discrezionale, in settori come la concorrenza e gli aiuti di stato, in cui è competente a decidere su casi individuali.

Gli indirizzi così stabiliti, innanzitutto, hanno applicazione interna, dal momento che orientano l'approccio che la Commissione segue nella soluzione dei singoli casi; allo stesso tempo, però, hanno significative ricadute esterne, considerando che sono destinati a influenzare i comportamenti di soggetti terzi, come le istituzioni pubbliche e le imprese.

Ancor più nello specifico, i *decisional frameworks* adottati nel settore degli aiuti di stato si distinguono per definire indirizzi fortemente dettagliati e per imporre specifici obblighi in capo agli Stati membri. Si tratta di un profilo evidente, in particolar modo, per quanto riguarda gli obblighi di notificazione relativi a singole ipotesi di aiuto di stato che presentano determinate caratteristiche o che eccedono le soglie massime previste dallo stesso *decisional framework*.

Dopodiché, le comunicazioni sul «Quadro temporaneo» hanno delineato una strategia complessiva della Commissione Europea sulle finalità verso cui orientare la ricostruzione economica e produttiva. Attraverso le sue comunicazioni, la Commissione ha suggerito gli indirizzi di politica economica che i poteri pubblici avrebbero dovuto perseguire, individuando le modalità, i settori e gli scopi da preferire negli investimenti delle risorse pubbliche.

È stato evidenziato come, anche se sono rimaste immutate le disposizioni dei Trattati, attraverso il *soft law* sia stata compiuta un'«interpretazione evolutiva»³⁶ delle regole in materia di aiuti di stato dell'art. 107 TFUE. Da questo punto di vista, sono state sfruttate appieno le potenzialità della deroga ex art. 107, comma 3, lettera b TFUE, per perseguire interessi pubblici, di natura non necessariamente economica, definiti *ex ante* dal *diritto morbido*.

Per mezzo del «Quadro temporaneo», la Commissione ha mostrato di voler privilegiare politiche pubbliche volte a promuovere la tutela dell'ambiente

³⁴ G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di stato?* cit., pp. 43-44; G. SABATINO, *Covid-19, European law and the geo-policy of aids*, cit., p. 68.

³⁵ L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, cit., pp. 153-155. Per comprendere le caratteristiche della categoria, si veda anche L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, cit., pp. 148-153.

³⁶ Cfr. M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo Quadro temporaneo*, cit., p. 100.

e la digitalizzazione. Già la comunicazione istitutiva del «Quadro temporaneo» ha chiarito come la diversa interpretazione dell'art. 107 TFUE servisse ad assicurare che le misure di sostegno nazionali fossero efficaci nell'aiutare le imprese colpite durante l'epidemia, «ma anche a consentire loro di riprendersi dalla situazione attuale, tenendo conto di quanto sia importante la duplice transizione verde e digitale conformemente agli obiettivi dell'UE» (comunicazione n. 1863 del 2020).

Successivamente, la Commissione Europea ha chiarito come le misure pubbliche di sostegno alle imprese avrebbero potuto favorire «una crescita più sostenibile a lungo termine (...) e la trasformazione verso l'obiettivo della neutralità climatica, concordato nell'Unione Europea, entro il 2050» (comunicazione n. 3156 del 2020): per questa ragione, la comunicazione n. 3156 del 2020 ha sì consentito la ricapitalizzazione delle imprese in situazione di crisi, per mezzo di risorse statali, a condizione però che le aziende beneficiarie dimostrassero di utilizzare gli aiuti in conformità a «gli obblighi nazionali in materia di trasformazione verde e digitale, compreso l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050».

Da ultimo, la Commissione ha voluto autorizzare specificatamente le misure di aiuto che fossero in linea con una visione di «ripresa sostenibile», facendo riferimento a progetti imprenditoriali espressamente dedicati alla transizione ecologica e digitale (comunicazione n. 8442 del 2021): da questo punto di vista, la comunicazione n. 8442 del 2021 ha autorizzato misure di sostegno, per un importo massimo di 10 milioni di euro per singola impresa, sotto forma di «sovvenzioni a fondo perduto, agevolazioni fiscali o differimenti, tassi di interesse agevolati su prestiti o garanzie», per finanziare direttamente iniziative che fossero indirizzate verso scopi di salvaguardia dell'ambiente e d'innovazione digitale.

Per concludere, è necessario evidenziare come, in seguito all'aggressione dell'Ucraina da parte della Russia, la Commissione Europea abbia istituito un nuovo «Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di stato», per far fronte agli aumenti imprevisti e improvvisi dei costi delle materie prime e dell'energia che, pure, si sono rivelati particolarmente gravosi per le piccole e medie imprese già messe a dura prova dall'emergenza pandemica (comunicazione n. 131 del 2022).

Il nuovo «Quadro temporaneo» si è basato su di un'interpretazione dell'art. 107, comma 3, lettera b TFUE che, sostanzialmente, si è posta in continuità con quella proposta in seguito all'emergenza pandemica, anche dal punto di vista del perseguimento di finalità come quelle legate alla promozione della transizione verde.

L'adozione del nuovo «Quadro temporaneo» ha, quindi, di fatto confermato quelle tendenze nell'uso del *soft law* già sviluppatesi durante

l'emergenza pandemica, soprattutto dal punto di vista dell'«interpretazione evolutiva» delle disposizioni in materia di aiuti di stato.

3. L'attivazione della «clausola di salvaguardia generale» e il suo orizzonte temporale

Nel corso dell'emergenza dovuta al virus Covid-19, un *turning point* è stato rappresentato dall'attivazione della «clausola di salvaguardia generale»³⁷.

Pure in questo caso, l'iniziativa politica è stata assunta dapprima dal Consiglio Europeo del 10 marzo 2020, nel contesto del quale i Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri hanno riconosciuto l'utilità di un'applicazione flessibile delle disposizioni del «Patto di stabilità e crescita» in materia di vincoli di bilancio.

La strutturazione degli elementi fondamentali della «clausola di salvaguardia generale» è, successivamente, avvenuta attraverso una pluralità di atti di *soft law*: una prima comunicazione della Commissione Europea ha, di fatto, innescato la «clausola di salvaguardia» (comunicazione n. 123 del 2020), mentre altre due comunicazioni successive hanno circoscritto il suo ambito d'efficacia, la durata temporale della sua applicazione e le finalità generali del suo impiego (comunicazione n. 500 del 2021 e comunicazione n. 600 del 2022).

In questo paragrafo, a) si focalizzerà l'attenzione sulla base giuridica del *diritto morbido*, circoscrivendo le disposizioni del «Patto di stabilità e cresci-

³⁷ P. DERMINE, *The EU's response to the COVID-19 crisis and the trajectory of fiscal integration in Europe: between continuity and rupture*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 4, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2020, pp. 338- 339; P. DERMINE, *Fiscal surveillance and coordination in post-pandemic times – between uncertainty and opportunity*, in (a cura di) BANCA CENTRALE EUROPEA, *Continuity and change – how the challenges of today prepare the ground for tomorrow. ECB Legal Conference 2021*, Francoforte sul Meno, Banca Centrale Europea, 2022, p. 404 ss.; C. DOMENICALI, *La Commissione Europea e la flessibilità "temporale" nell'applicazione del Patto di stabilità e crescita*, in *Federalismi*, n. 19, 2020, p. 453 ss.; C. DOMENICALI, *La flessibilità dei numeri: la Commissione Europea e le trattative multilivello sui bilanci nazionali*, in C. CARUSO, M. MORVILLO (a cura di), *Il governo dei numeri: indicatori macroeconomici e decisione di bilancio nello Stato Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 155 ss.; M. DANI, *La riforma della governance economica europea nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 630 ss.; O. CHESSA, *La governance economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 409 ss.; L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 1, Roma, Fondazione Capriglione, 2021, p. 154 ss.; C. BERGONZINI C., *L'Europa e il Covid-19*, cit., p. 766; F. SALMONI, *La riforma del Patto di stabilità e crescita: un'occasione per trasformare l'Europa o un maquillage per l'austerità che verrà?*, in *Costituzionalismo*, n. 3, 2021, p. 49 ss.; D. TRABUCCO, *Gli strumenti economico-finanziari dell'Unione Europea per fronteggiare le conseguenze della pandemia causata dal Covid-19: un rafforzamento dell'ordo neoliberista con ripercussioni "silenti" sulla forma di stato e sulla tenuta dell'ordinamento comunitario. Verso un'Europa a "due velocità"?*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, n. 2, 2020, p. 11 ss.

ta» che hanno giustificato le comunicazioni della Commissione Europea. Successivamente, b) si guarderà alla sostanza del *soft law* che, di fatto, ha dato applicazione alla «clausola di salvaguardia», provando a ricostruire quelle che sono state le ricadute concrete. Per concludere, c) si proverà a riflettere sull'impiego che, anche in questo caso specifico, è stato fatto del *soft law* da parte della Commissione Europea, nel corso dell'epidemia da virus Covid-19.

La «clausola di salvaguardia generale» è prevista dalle disposizioni del «Patto di stabilità e crescita» ed è possibile ricorrervi, dietro valutazione discrezionale della Commissione Europea, nel caso in cui si verifichi «un evento inconsueto al di fuori del controllo dello Stato membro interessato» (artt. 5 comma 1, 6 comma 3, 9 comma 1 e 10 comma 3 del regolamento n. 1466 del 1997, nonché artt. 3 comma 5 e 5 comma 2 del regolamento n. 1467 del 1997).

Il regolamento n. 1466 del 1997 ha formulato tre diverse ipotesi di «evento inconsueto» in grado di giustificare l'attivazione della «clausola di salvaguardia», consistenti in quelle circostanze concrete in cui si realizzi a) un qualsiasi evento che abbia significative ripercussioni sulla situazione finanziaria di uno stato membro; b) una congiuntura di grave recessione economica in grado di coinvolgere l'intera Unione Europea; c) un caso di recessione ugualmente grave, ma riguardante principalmente gli Stati membri della zona euro.

Al verificarsi di uno di questi «eventi inconsueti», l'attivazione della «clausola» permette, in concreto, agli Stati membri di discostarsi dai criteri sulla tenuta delle finanze pubbliche, avendo, pertanto, un maggiore capacità di spesa nel predisporre le manovre di bilancio necessarie al superamento della contrazione economica.

Sempre il regolamento n. 1466 del 1997 ha precisato però che, nel caso in cui la «clausola di salvaguardia» venga attivata, debba essere rispettata una particolare condizione. Le misure d'intervento predisposte dagli Stati membri non devono compromettere «la sostenibilità del bilancio a medio termine»: ciò significa che le manovre di spesa non possono, in ogni caso, raggiungere livelli tali da essere insostenibili, sul medio periodo, per quegli Stati membri che siano già fortemente indebitati³⁸.

Non è possibile individuare delle circostanze passate, precedenti all'emergenza sanitaria, in cui la «clausola di salvaguardia» abbia trovato effettiva attuazione: da questo punto di vista, pertanto, va evidenziato come il *soft law* abbia avuto un ruolo significativo nella messa in opera di un istituto che, prima della pandemia, non era mai stato concretamente applicato.

³⁸ O. CHESSA, *La governance economica europea*, cit., p. 410.

Già il 13 marzo 2020, la comunicazione n. 112 del 2020 della Commissione Europea ha prospettato la possibilità di rendere operativa la «clausola di salvaguardia»³⁹, nel perdurare dell'emergenza legata al virus Covid-19, al fine di consentire maggiori margini di manovra agli Stati membri nel predisporre le proprie politiche di bilancio.

A distanza di pochissimi giorni, il 20 marzo 2020, la comunicazione n. 123 del 2020 della Commissione Europea ha ritenuto che fossero soddisfatte le condizioni necessarie per l'attivazione della «clausola di salvaguardia» e, di conseguenza, ha determinato l'applicazione di questo particolare istituto.

Secondo l'interpretazione prospettata dalle comunicazioni n. 112 e n. 123 del 2020, il grave *shock* economico, provocato dalla pandemia, è stato inquadrato come un «evento inconsueto», ai sensi dei regolamenti n. 1466 e 1467 del 1997, consistendo in un caso di «grave recessione economica per la zona euro o l'Unione Europea nel suo complesso».

La comunicazione n. 123 del 2020 ha circoscritto l'ambito d'operatività della «clausola di salvaguardia», chiarendo in partenza come la Commissione Europea avrebbe mantenuto intatto, nel corso del tempo, un ruolo di coordinamento e di monitoraggio delle politiche di gestione delle finanze pubbliche adottate da ciascuno Stato membro.

Ciò ha voluto dire che l'attivazione della «clausola di salvaguardia» ha sì consentito agli Stati membri di discostarsi, in maniera temporanea, coordinata e ordinata, dagli obblighi di bilancio che normalmente avrebbero dovuto essere osservati. Tuttavia, nel corso del periodo di diffusione del virus, anche dopo l'attivazione della «clausola di salvaguardia», la Commissione Europea ha continuato a supervisionare gli Stati membri⁴⁰, per accertare annualmente

³⁹ I propositi della Commissione sono stati, fra l'altro, corroborati dalle conclusioni del Consiglio Europeo del 17 marzo, che hanno riconosciuto la necessità di sostenere l'iniziativa ventilata dalla Commissione, attraverso l'attivazione degli strumenti di flessibilità previsti dal «Patto di stabilità e crescita».

⁴⁰ A partire dal 2020, mentre era efficace la clausola di salvaguardia, la Commissione ha in ogni caso attivato, nei confronti di praticamente tutti gli Stati membri, la procedura per disavanzo eccessivo ex art. 126 TFUE. Quando viene attivata, la procedura non comporta sanzioni effettive: la procedura può essere definita, tutt'al più, come un segnale d'allarme sulla situazione generale dei conti pubblici. Solitamente, nel corso della procedura possono essere adottati dei particolari atti da parte della Commissione, secondo quanto disposto dall'art. 126 TFUE comma 3 TFUE, consistenti nelle relazioni specifiche riguardanti la situazione finanziaria del singolo Stato membro. Nella maggior parte dei casi, gli Stati membri danno seguito alle indicazioni delle relazioni specifiche, attraverso una rimodulazione delle politiche pubbliche, compiendo degli sforzi maggiori per riallinearsi ai parametri fiscali.

Nel 2020, la Commissione Europea ha pubblicato le relazioni ex art. 126 comma 3 TFUE per ciascun Stato membro che si è discostato da almeno uno dei parametri previsti dal *Patto di stabilità e crescita*. Le relazioni hanno riguardato, in particolar modo, 27 Stati membri dell'Unione Europea. È da evidenziare come, fra i 27 Stati membri, fosse incluso il Regno Unito. Non era compresa, invece, la Romania, perchè era stata già adottata una relazione specifica nel febbraio 2020. Nel 2021, è pro-

quali fossero le loro condizioni dal punto di vista del disavanzo pubblico e del debito pubblico.

La flessibilizzazione dei parametri del «Patto di stabilità e crescita», in ogni caso, è stato uno dei fattori che hanno consentito ai poteri pubblici di assumere un ruolo di guida, legittimando le politiche statali volte al superamento dello *shock* economico per mezzo dell'aumento della spesa pubblica, senza più subire il condizionamento di vincoli di bilancio eccessivamente stringenti.

Nel caso specifico dell'Italia, proprio a causa dell'emergenza sanitaria, nel corso del 2020 e del 2021, il Parlamento ha autorizzato una molteplicità di scostamenti di bilancio (e, quindi, l'incremento del *deficit* pubblico) rispetto agli obiettivi programmatici che erano stati precedentemente fissati, adottando un totale complessivo di quattordici risoluzioni parlamentari ai sensi dell'art. 6, comma 3, della legge n. 243 del 2012⁴¹.

In seguito a questi scostamenti di bilancio, è stato possibile fornire una piena copertura finanziaria, attraverso le risorse statali, ad alcuni dei principali provvedimenti legislativi, adottati a sostegno dei settori imprenditoriali e lavorativi maggiormente penalizzati dalle misure restrittive dovute al virus

seguita l'attività di monitoraggio della Commissione Europea, con la pubblicazione di una relazione comparativa ex art. 126 comma 3 TFUE, che ha fornito un prospetto globale, mettendo a confronto la situazione finanziaria di ciascuno degli Stati membri (comunicazione n. 529 del 2021). Nel 2022, la Commissione ha nuovamente pubblicato le relazioni per ognuno dei 27 Stati membri dell'Unione, rilevando solo in alcuni casi un progressivo riallineamento della situazione dei bilanci rispetto ai parametri finanziari del *Patto di stabilità e crescita*.

Nel corso della crisi sanitaria, proprio per effetto dell'attivazione della *clausola di salvaguardia*, le relazioni prodotte ex art. 126 TFUE sono state, almeno temporaneamente, depotenziate, venendo meno quella loro capacità di condizionamento nei confronti delle politiche di bilancio del singolo Stato membro. Quel che emerge, però, dalla lettura delle relazioni è che gli Stati membri hanno effettivamente beneficiato, mentre imperversava la pandemia, della possibilità di discostarsi dai parametri del *Patto di stabilità e crescita*, come dimostrato dall'incremento dei livelli di spesa pubblica registrato nei bilanci nazionali.

⁴¹ Per quanto riguarda i contenuti della legge n. 243 del 2012, si veda A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 372 ss. Per quanto riguarda, nello specifico, gli scostamenti di bilancio nel contesto dell'emergenza pandemica, si vedano L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19*, cit., p. 161 ss.; CAMERA DEI DEPUTATI, *Gli scostamenti di bilancio per l'emergenza Covid*, Roma, Servizio Studi Camera, 2021; CAMERA DEI DEPUTATI, *Gli scostamenti di bilancio della XVIII legislatura: un quadro d'insieme*, Roma, Servizio Studi Camera, 2022.

Gli scostamenti sono stati autorizzati, rispettivamente, l'11 marzo 2020 (risoluzione n. 6-00103 della Camera e risoluzione n. 6-00102 del Senato); il 29 e il 30 aprile 2020 (risoluzione n. 6-00107 della Camera e risoluzione n. 6-00106 del Senato); il 29 luglio 2020 (risoluzione n. 6-00123 della Camera e risoluzione n. 6-00124 del Senato); il 14 ottobre 2020 (risoluzione n. 6-00145 della Camera e risoluzione n. 6-00138 del Senato); il 26 novembre 2020 (risoluzione n. 6-00154 della Camera e risoluzione n. 6-00152 del Senato); il 20 gennaio 2021 (risoluzione n. 6-00169 della Camera e risoluzione n. 6-00169 del Senato); il 22 aprile 2021 (risoluzione n. 6-00185 della Camera e risoluzione n. 6-00184 del Senato).

Covid-19: fra questi provvedimenti, sono compresi ad esempio i decreti-legge n. 18, 23, 34, 104 e 137 del 2020, la legge n. 178 del 2020 (c.d. *legge di bilancio 2021*) e i decreti-legge n. 30, 41, 59 e 73 del 2021.

È di particolare interesse, per la presente analisi, il modo in cui la Commissione Europea ha utilizzato il *soft law* per definire quale dovesse essere la durata temporale d'attivazione della «clausola di salvaguardia generale»: il *diritto morbido* non ha semplicemente fissato la scadenza temporale della «clausola di salvaguardia»; il *soft law*, infatti, ha anticipato quali sarebbero stati i parametri che la Commissione Europea avrebbe preso in considerazione per modularne il periodo temporale d'efficacia.

Secondo la comunicazione n. 500 del 2021, la «clausola di salvaguardia» avrebbe dovuto essere mantenuta per l'intero corso del 2022 e, presumibilmente, avrebbe dovuto essere disattivata a partire dagli inizi del 2023. Il periodo di vigenza della «clausola di salvaguardia» è stato, però, esteso all'intero anno 2023, per mezzo della comunicazione n. 600 del 2022.

L'orientamento della Commissione Europea ha avuto origine da una serie di motivazioni complessive in materia di politica di bilancio⁴²: fra le varie considerazioni, la Commissione ha evidenziato come fosse necessario evitare un ritiro prematuro della «clausola di salvaguardia», perché i rischi che avrebbe comportato sarebbero stati maggiori di quelli associati al suo mantenimento per un periodo di tempo dilatato.

È la comunicazione n. 105 del 2021 che ha suggerito i criteri valutativi da adottare per decidere sul mantenimento o sulla disattivazione della «clausola di salvaguardia». L'interpretazione che è stata proposta ha escluso che potessero essere presi in considerazione indicatori come il tasso di disoccupazione, il tasso di crescita economica, il divario fra il prodotto effettivo e quello potenziale: questi indicatori sono stati scartati, perché ritenuti non idonei a fornire un quadro completo ed esatto dello stato reale dell'economia. Al contrario, è stato scelto un altro indicatore, quello del «livello dell'attività economica», nell'Unione Europea o nella zona euro, perché considerato più adatto a misurare la ripresa.

La comunicazione n. 105 del 2021 ha, fra l'altro, richiamato le valutazioni compiute dal Comitato consultivo europeo per le finanze pubbliche, su come il tasso di crescita economica non potesse costituire un indicatore attendibile: nel contesto della ripresa da una grave recessione economica, il tasso di crescita non avrebbe indicato un avanzamento effettivo dell'economia, ma avrebbe più che altro comprovato un suo recupero rispetto alla precedente contrazione. Per questa ragione, avrebbe avuto maggiormente senso prendere in considerazione come parametro il livello del PIL reale dell'Unione Euro-

⁴² Comunicazione n. 105 del 2021 della Commissione Europea.

pea e dell'area euro nel periodo precedente alla crisi, per operare una comparazione col livello del PIL presente.

La comunicazione n. 105 del 2021 ha, così, concluso come «il livello dell'attività economica nell'UE o nella zona euro rispetto ai livelli precedenti la crisi (fine 2019) costituirebbe (...) il principale criterio quantitativo per valutare nel complesso l'opportunità di disattivare o di mantenere la clausola di salvaguardia generale».

Da questo punto di vista, la comunicazione n. 105 del 2021 può essere inquadrata nella categoria delle «comunicazioni interpretative»⁴³ (*interpretative communications*): adottando le *interpretative communications*, infatti, la Commissione Europea, oltre a spiegare il significato di disposizioni già esistenti, di diritto primario o derivato, può introdurre nuove regole all'interno dell'ordinamento giuridico europeo, che non sono necessariamente derivate da quelle disposizioni. È quel che è accaduto con la comunicazione n. 105 del 2021: il *soft law* non ha avuto un contenuto esclusivamente interpretativo, ma ha definito delle regole nuove rispetto a quelle previste dai regolamenti n. 1466 e 1467 del 1997, volte a precisare quando e secondo quali criteri avrebbe dovuto essere disattivata la «clausola di salvaguardia»⁴⁴.

All'inizio del 2022, la Commissione Europea ha, così, rivisto la durata temporale inizialmente prevista per la «clausola di salvaguardia», ricorrendo allo strumento del *soft law*. Stando a quanto è emerso dalla comunicazione n. 85 del 2022, in seguito alla progressiva normalizzazione del quadro della sanità pubblica, nel 2022 i singoli Stati membri stavano procedendo a una graduale eliminazione di una parte significativa delle misure di contenimento legate al virus Covid-19. Tuttavia, l'invasione militare di nuove regioni dell'Ucraina e l'inasprirsi di una guerra, di fatto, già in corso dal 2014, hanno inciso sulle prospettive complessive di ripresa dell'economia europea, creando una situazione d'incertezza e, addirittura, alimentando significativi rischi di contrazione economica.

Per queste ragioni, la comunicazione n. 600 del 2022 ha chiarito come la «clausola di salvaguardia generale» è stata mantenuta attiva anche nel corso del 2023, così da fornire un margine d'azione adeguato alle politiche di bilancio nazionali di fronte alle recenti evoluzioni nell'economia europea: «La maggiore incertezza e i forti rischi di revisione al ribasso per le prospettive

⁴³ Cfr. L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., pp. 143-148, in particolar modo p. 145.

⁴⁴ Le comunicazioni interpretative presentano caratteristiche diverse da quelle delle c.d. «leggi interpretative», dal momento che, ai chiarimenti del significato di regole già presenti, si aggiunge del diritto creato *ex novo*. Le «leggi interpretative», al contrario, devono individuare un'interpretazione che sia contenuta nei confini testuali della disposizione presa in considerazione e non possono aggiungere nuove regole a quelle già fissate nell'ordinamento giuridico. Per le caratteristiche delle «leggi interpretative», si veda A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., pp. 50-51.

economiche nel contesto della guerra in Europa, gli aumenti senza precedenti dei prezzi dell'energia e le continue perturbazioni della catena di approvvigionamento giustificano la proroga della clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita fino al 2023»⁴⁵.

Sarebbe riduttivo affermare che il nuovo approccio delle istituzioni europee in materia di gestione dei bilanci, concretizzatosi nella «clausola di salvaguardia», si sia limitato all'applicazione di maggiore flessibilità. Anche in questo caso, pur rimanendo invariate le disposizioni del «Patto di stabilità e crescita», per mezzo del *soft law* è stata perseguita un'«interpretazione evolutiva»⁴⁶ simile a quella compiuta nel contesto del «Quadro temporaneo»: dal punto di vista del coordinamento delle politiche di bilancio, sia prima che successivamente all'attivazione della «clausola di salvaguardia», la Commissione Europea, sempre per mezzo dei propri atti di *soft law*, ha cercato di fissare delle priorità verso cui concentrare gli investimenti pubblici che gli Stati membri avrebbero potuto attuare in seguito alla flessibilizzazione dei vincoli sulla spesa pubblica.

Nella primissima fase dell'emergenza pandemica, le comunicazioni della Commissione Europea hanno chiarito di attivare la «clausola di salvaguardia» per perseguire delle finalità precise, legate alla salute collettiva e alla tenuta del sistema economico: *in primis* era necessario consentire maggiori spese da parte degli Stati a supporto della sanità pubblica; *in secondo*, occorreva predisporre misure di sostegno mirate alle imprese e ai lavoratori, in senso coordinato e uniforme a livello europeo⁴⁷.

A distanza di diversi mesi, le comunicazioni della Commissione Europea hanno espresso un mutamento d'indirizzo, suggerendo nuove priorità: una volta diminuiti i rischi per la salute, «la politica di bilancio dovrebbe dare priorità all'incremento degli investimenti pubblici e privati a sostegno della transizione verso un'economia verde e digitale» (comunicazione n. 500 del 2020 e, con parole simili, anche la comunicazione n. 575 del 2020). Le comunicazioni hanno cominciato a parlare di «bilanci verdi», sollecitando gli Stati a «potenziare le azioni in materia di clima e ambiente» (comunicazione n. 500 del 2020), adottando politiche di entrata e di spesa coerenti con gli obiettivi della transizione ecologica, mediante l'introduzione di nuove forme di tassa-

⁴⁵ Comunicazione n. 600 del 2022 della Commissione Europea.

⁴⁶ Cfr. M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo Quadro temporaneo*, cit., p. 100.

⁴⁷ La comunicazione n. 112 del 2020 ha precisato come la *clausola di salvaguardia generale* possa valere «anche per le spese eccezionali destinate a contenere l'emergenza COVID-19»: ancor più nello specifico, la Commissione ha chiarito come «la clausola possa applicarsi alla spesa sanitaria e alle politiche di sostegno mirate per imprese e lavoratori, a condizione che siano temporanee e collegate all'epidemia» (comunicazione n. 112 del 2020).

zione ambientale e la valorizzazione degli appalti verdi (comunicazioni n. 500 e 575 del 2020).

A causa della guerra in Ucraina, l'indirizzo complessivo è ulteriormente cambiato, per via dell'aumento eccessivo dei prezzi delle risorse energetiche: la Commissione Europea ha così motivato la proroga dell'attivazione della clausola di salvaguardia facendo espresso riferimento alla necessità che gli Stati membri adottassero «misure temporanee e mirate per ridurre gli effetti della crisi energetica». (comunicazione n. 600 del 2022).

4. La prevalenza del *soft law* nella strutturazione progressiva di «*Next Generation EU*»

Fra i provvedimenti di risposta all'emergenza pandemica, «*Next Generation EU*», strumento di carattere inedito e poliedrico, ha determinato un cambiamento nell'approccio complessivo dell'Unione Europea nei confronti delle situazioni di crisi economico-finanziaria. Con la mobilitazione di un consistente ammontare di risorse finanziarie, pari a 750 miliardi di euro al valore del 2018, «*Next Generation EU*» ha impresso la spinta decisiva alla ripresa delle economie degli Stati membri.

Per quanto riguarda l'approfondimento di «*Next Generation EU*», sarà compiuto un percorso d'analisi sostanzialmente differente rispetto a quello dei due precedenti paragrafi: il motivo è che il contributo del *soft law* alla costruzione di «*Next Generation EU*» è stato del tutto peculiare e ha avuto delle specificità che devono essere rimarcate. Innanzitutto, a) saranno presi in considerazione i principi fondamentali (espressi dagli artt. 122 TFUE e 175 TFUE) che hanno costituito la base giuridica dei regolamenti di disciplina di «*Next Generation EU*» (il regolamento n. 2094 del 2020 e il regolamento n. 241 del 2021). Dopodichè, b) si cercherà di mettere in risalto una particolarità, che i regolamenti in questione non hanno rappresentato, a loro volta, la base giuridica di altri provvedimenti, ma hanno costituito il punto d'arrivo di una progressione di atti di *soft law*. In chiusura, pertanto, c) verranno tratte delle conclusioni sulla funzione, per certi aspetti prevalente, che il *diritto morbido* ha avuto nell'implementazione di «*Next Generation EU*».

Una riflessione a sé sarà compiuta, nel prosieguo dell'approfondimento, per quanto riguarda il regolamento n. 2092 del 2020 e il regime generale di condizionalità sullo Stato di diritto applicato a «*Next Generation EU*»: nel caso di specie, infatti, il *soft law* ha assunto ancor di più un ruolo di primo piano, incidendo sul momento effettivo d'entrata in vigore del regolamento.

I punti di partenza nello studio di «*Next Generation EU*» devono essere, necessariamente, gli artt. 122 e 175 TFUE: il piano «*Next Generation EU*» ha assunto, infatti, una consistenza di carattere ibrido, ispirata sia dal *principio di*

solidarietà fra Stati membri (art. 122 TFUE), che dal *principio di coesione economica e sociale* (art. 175 TFUE).

L'art. 122 TFUE⁴⁸, è l'unico articolo del capo del TFUE dedicato alla politica economica a menzionare direttamente il *principio di solidarietà*⁴⁹, facendo riferimento, letteralmente, a uno «spirito di solidarietà» fra gli Stati membri: l'art. 122 TFUE è stato definito come la disposizione di consistenza più simile a una «clausola d'emergenza»⁵⁰ che sia presente nell'impianto giuridico dei Trattati, in grado di legittimare l'Unione Europea a predisporre degli *strumenti di solidarietà* per affrontare le situazioni di crisi economica.

Mentre l'art. 122 comma 1 TFUE⁵¹ consente di strutturare delle misure di sostegno effettivamente coerenti col principio di solidarietà, nel senso puro del termine, tali da non comportare alcun vincolo di restituzione in capo al singolo Stato membro, l'art. 122 comma 2 TFUE⁵² è caratterizzato da una *ratio* diversa da quella del comma precedente, essendo idoneo a istituire meccanismi d'assistenza finanziaria, a patto di fissare delle condizionalità precise, anche dal punto di vista della restituzione delle risorse economiche erogate⁵³.

⁴⁸ B. DE WITTE, *The European Union's Covid-19 Recovery Plan: the legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Market Law Review*, n. 3, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2021, pp. 653-655; F. CROCI, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione Europea e governance economica europea*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 144 ss.; M. GOLDMANN, F. COSTAMAGNA, *Constitutional innovation, democratic stagnation? The EU Recovery Plan*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020, p. 1 ss.; F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, Il Mulino 2022, p. 81 ss.

⁴⁹ C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19*, cit., p. 767; G. CONTALDI, *Le misure poste in essere dall'Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia di Covid-19*, in (a cura di) E. CALZOLAIO, M. MECCARELLI, S. POLLASTRELLI, *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2020, p. 222.

⁵⁰ Cfr. P. DERMINE, *The EU's response to the COVID-19 crisis*, cit., p. 345. Per un inquadramento dell'art. 122 TFUE come «clausola di solidarietà», invece, si veda M. IOANNIDIS, *Between responsibility and solidarity*, cit., pp. 5-6.

⁵¹ Al primo comma, l'art. 122 TFUE ha stabilito, utilizzando una formulazione più generale, che «il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia» (art. 122 comma 1 TFUE).

⁵² Il secondo comma dell'art. 122 TFUE, ancor più nello specifico, ha affermato che «qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato» (art. 122 comma 2 TFUE).

⁵³ Sull'assistenza finanziaria e sulla c.d. «solidarietà responsabile», si veda A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 83-84.

Si può dire che il secondo comma dell'art. 122 TFUE sia idoneo a istituire strumenti simili al MES, che permettono di fornire un sostegno agli Stati membri, ma in termini di assistenza finanziaria. L'assistenza finanziaria è connotata, in primo luogo, dai vincoli rigidi e, soprattutto, da una contropartita, che impegna lo Stato membro beneficiario a rimborsare quanto ricevuto. C'è da chiedersi,

L'art. 122 TFUE ha costituito la base giuridica del regolamento n. 2094 del 2020, che ha istituito lo strumento dell'Unione Europea per la ripresa e ne ha disciplinato le caratteristiche essenziali. La parte introduttiva del regolamento n. 2094 del 2020, non a caso, ha definito «*Next Generation EU*» come «un programma eccezionale e coordinato di sostegno economico e sociale, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri».

Oltre all'art. 122 TFUE, ha assunto particolare rilievo l'art. 175 comma 3 TFUE, una disposizione che, pur non essendo stata concepita per essere applicata alle situazioni di crisi economica, consente di dilatare la dimensione del *principio di coesione economica e sociale* e di adattarlo alle particolari contingenze concrete, di carattere emergenziale⁵⁴.

L'art. 175 TFUE disciplina gli strumenti di politica economica funzionali a promuovere la realizzazione del *principio di coesione*, fra i quali *in primis* i fondi strutturali europei (art. 175 commi 1 e 2 TFUE). L'art. 175 comma 3 TFUE⁵⁵, tuttavia, ha ammesso la possibilità di introdurre ulteriori strumenti di coesione, di carattere atipico e innovativo, da intendersi come strumenti diversi rispetto ai fondi strutturali: l'art. 175 comma 3 TFUE ha, infatti, espressamente parlato di «azioni specifiche che si rivelassero necessarie al di fuori dei Fondi» (art. 175 comma 3 TFUE).

Il dettato dell'art. 175 comma 3 TFUE, pertanto, sebbene non sia stato espressamente concepito per dare risposta agli *shock* economici, può essere funzionale a modellare degli strumenti di coesione inediti, che possano essere utili per superare le fratture economiche e sociali che si siano aperte in seguito al verificarsi di una qualsiasi situazione di crisi.

allora, se si possa parlare di solidarietà, nel senso puro del termine. È presente, in ogni caso, una differenza sostanziale nell'ispirazione di fondo fra la prima e la seconda parte dell'art. 122 TFUE.

⁵⁴ B. DE WITTE B., *The European Union's Covid-19 Recovery Plan*, cit., p. 655 ss.

⁵⁵ D. FROMAGE, *The future of EMU architecture post-Covid*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 4, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2020, p. 304; P. DERMINE, *The EU's response to the COVID-19 crisis*, cit., pp. 345-346; D. FROMAGE, *Towards increasing unity and continuing executive predominance within the E(M)U post-COVID?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 4, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2020, p. 394; B. DE WITTE, *The innovation European response to Covid-19: decline of differentiated integration and reinvention of cohesion policy*, in (a cura di) BANCA CENTRALE EUROPEA, *Continuity and change – how the challenges of today prepare the ground for tomorrow. ECB Legal Conference 2021*, Francoforte sul Meno, Banca Centrale Europea, 2022, p. 399; M. GOLDMANN, F. COSTAMAGNA, *Constitutional innovation, democratic stagnation?*, cit., p. 1 ss.; M. IANNELLA, *La risposta europea alla crisi Covid-19 e le diverse interazioni con l'ordinamento italiano*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2020, p. 84; G.P. MANZELLA, *Politica di coesione e Covid: dalle iniziative di investimento al Dispositivo per la ripresa e la resilienza*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, n. 2-3, Bologna, Il Mulino, 2021, pp. 641-642; J.M. PORRAS RAMIREZ, *EU Next Generation-Europe's recovery and resilience plan: a revolution in economic governance of EU?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 839; F. FABBRINI, *Next Generation EU*, cit., p. 81 ss.

L'art. 175 comma 3 TFUE è stato il fondamento giuridico del regolamento n. 241 del 2021, che ha definito, nei dettagli, la principale componente di «*Next Generation EU*», il «Dispositivo per la ripresa e resilienza», e ha predisposto una disciplina organica dei «piani nazionali di ripresa e resilienza»⁵⁶. L'art. 4 del regolamento n. 241 del 2021 ha individuato l'obiettivo generale del «Dispositivo» nell'esigenza di «promuovere la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione».

Non si può fare a meno di evidenziare come il regolamento n. 2094 del 2020 e il regolamento n. 241 del 2021 abbiano costituito dei tasselli importanti di un quadro giuridico che è stato, in larga parte, preparato dal *soft law*.

La costruzione di «*Next Generation EU*» è avvenuta attraverso una concatenazione di atti di *diritto morbido*, che possono essere suddivisi, essenzialmente, in due macrocategorie: *in primis*, non si può trascurare il *soft law* del Consiglio Europeo, che, concretizzando le mediazioni di carattere politico fra gli Stati membri, ha gettato le fondamenta di «*Next Generation EU*», (basti pensare, in particolar modo, alla «Tabella di marcia per la ripresa» dell'aprile 2020 e alle conclusioni delle riunioni del luglio e del dicembre 2020); *in secundis*, è possibile fare riferimento al *soft law* della Commissione Europea, che ha contribuito a definire l'impalcatura essenziale di «*Next Generation EU*» (le comunicazioni n. 442, 456 e 575 del 2020; la comunicazione n. 214 del 2022; per certi aspetti, la comunicazione n. 1382 del 2022; le «Linee guida per i piani di ripresa e resilienza»).

L'assetto generale di «*Next Generation EU*» è stato, pertanto, il risultato di un processo ampio e articolato. L'impulso politico del Consiglio Europeo ha rivestito, anche in questo caso, una funzione centrale nell'avviare il percorso complessivo di strutturazione dello strumento.

Il 26 marzo 2020, una dichiarazione comune dei membri del Consiglio Europeo, ancora piuttosto generica, ha riconosciuto la necessità di cominciare a preparare le misure necessarie a ripristinare il funzionamento dei sistemi economici nazionali, attraverso «una strategia di uscita coordinata, un piano di rilancio globale e investimenti senza precedenti»⁵⁷. L'intuizione complessiva di «*Next Generation EU*», era, tuttavia, ancora lontana dal prendere forma.

⁵⁶ M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Il Corriere giuridico*, n. 8-9, Milano, Ipsoa, 2021, p. 1025 ss.; E. CAVASINO, *L'esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Costituzionalismo*, n. 3, 2022, p. 247 ss.; E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 28 ss.

⁵⁷ Alla stessa data, è stata pubblicata una «Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento del Covid-19», che, in maniera alquanto simile, concludeva che «occorre pianificare strategicamente la ripresa tenendo conto delle esigenze dei cittadini, consentendo all'economia di risollevarsi e di riprendere la via della crescita sostenibile, integrando la duplice tran-

Successivamente, nel corso del Consiglio Europeo del 23 aprile 2020, è stata presentata la «Tabella di marcia per la ripresa – Verso un'Europa più resiliente, sostenibile ed equa», dove l'idea di un «piano di rilancio globale» ha assunto un aspetto più puntuale e definito.

La «Tabella di marcia» ha fissato i principi fondamentali che avrebbero ispirato il «piano di rilancio»: è stato specificato che il piano si sarebbe basato sui principi di coesione e di solidarietà; dopodiché, è stato puntualizzato che il piano avrebbe rispettato i valori dello Stato di diritto. Da un punto di vista degli ambiti d'azione, invece, la «Tabella di marcia» ha richiamato gli obiettivi della transizione verde e della trasformazione digitale, che avrebbero assunto un'importanza centrale nella strutturazione del «piano di rilancio».

Di fatto, la «Tabella di marcia» del 23 aprile, frutto del Consiglio Europeo, ha costituito il primo documento politico a mettere nero su bianco i tratti essenziali di quello che poi sarebbe diventato «*Next Generation EU*».

È a partire dal *soft law* della Commissione Europea che sono state specificate le indicazioni del Consiglio Europeo su «*Next Generation EU*»: il 27 maggio 2020, infatti, le comunicazioni n. 442 e 456 del 2020 hanno formulato la proposta di integrare il «Quadro finanziario pluriennale 2021-2027» attraverso un nuovo strumento europeo per la ripresa, «*Next Generation EU*», quantificando in 750 miliardi di euro l'ammontare complessivo di risorse mobilitate.

In questa prima comunicazione, la Commissione ha avanzato l'idea che le risorse necessarie a predisporre «*Next Generation EU*» fossero raccolte attraverso un meccanismo di finanziamento condiviso, per mezzo di strumenti di debito comune, così da mettere a disposizione degli Stati membri nuovi fondi, sotto forma di prestiti e sovvenzioni a fondo perduto, per realizzare investimenti e politiche pubbliche, senza accrescere i debiti nazionali (comunicazioni n. 442 e 456 del 2020).

Il giorno successivo, il 28 maggio, la Commissione Europea ha esercitato la propria iniziativa legislativa depositando due proposte di regolamento (comunicazioni n. 408 e 441 del 2020). Fra il momento d'avvio dell'*iter* e l'approvazione effettiva dei regolamenti⁵⁸, sono quindi intercorsi diversi mesi: in questo lasso di tempo, le proposte di regolamento sono state interessate da numerose modifiche, anche dietro impulso del *soft law*.

Mentre il *soft law* della Commissione Europea ha contribuito all'ulteriore avanzamento di «*Next Generation EU*», l'iniziativa politica del Consiglio Europeo ha avuto un ruolo decisivo anche nel puntualizzare ulteriormente il suo

sizione a una società digitale e parallelamente più verde e traendo tutti gli insegnamenti dalla crisi attuale al fine di garantire la preparazione e la resilienza dell'UE».

⁵⁸ Si fa riferimento, in questo caso, ai regolamenti n. 2094 del 2020 e 241 del 2021

impianto complessivo: il *diritto morbido* del Consiglio Europeo, ossia le conclusioni della riunione del 17-21 luglio 2020, ha affinato alcuni aspetti e ha confermato il volume di risorse di 750 miliardi di euro, da raccogliere mediante prestiti contratti sui mercati dei capitali, andando a formare nuovo debito comune.

Soprattutto, le conclusioni del Consiglio Europeo hanno fissato le rispettive quote di prestiti e sovvenzioni destinati agli Stati membri, chiarendo che «gli importi così reperiti possono essere usati per erogare prestiti, fino a concorrenza di 360 miliardi di euro a prezzi 2018, e per spese, fino a concorrenza di 390 miliardi di euro a prezzi 2018».

L'intesa fra gli Stati membri su «*Next Generation EU*», raggiunta in seno al Consiglio Europeo, ha riguardato principalmente la definizione di un equilibrio complessivo fra l'ammontare dei prestiti e quello delle sovvenzioni: le cifre dell'accordo sono state stabilite, nell'immediato, in un atto di *soft law*, cioè le conclusioni del Consiglio stesso; sono state tradotte, soltanto in un secondo momento, in una modifica dell'*hard law* in corso di gestazione⁵⁹.

A distanza di alcuni mesi, nel dicembre del 2020, il regolamento n. 2094 del 2020 è entrato effettivamente in vigore: l'art. 2 del regolamento ha recepito quanto già disciplinato dal *soft law* e ha stabilito come «*Next Generation EU*» sia stato finanziato fino a un importo di 750 miliardi di euro, da ripartire fra 390 miliardi di euro di aiuti a fondo perduto e 360 miliardi di euro di prestiti agli Stati membri.

Il 17 settembre 2020, sempre attraverso il *soft law*, la Commissione Europea ha stabilito alcuni vincoli finanziari d'utilizzo delle risorse economiche messe a disposizione da «*Next Generation EU*»: nello specifico, la Commissione ha definito delle quote minime d'investimento che gli Stati membri hanno dovuto rispettare nella redazione dei rispettivi piani nazionali di ripresa e resilienza, in modo tale da destinare una percentuale minima di risorse ai progetti relativi alla transizione verde e digitale.

Per la precisione, per mezzo del *soft law*, la Commissione Europea ha chiarito che ogni piano per la ripresa e la resilienza avrebbe dovuto prevedere «almeno un 37 % di spesa per il clima» e avrebbe dovuto rispettare «un livello minimo del 20 % di spesa relativa al digitale» (comunicazione n. 575 del

⁵⁹ Su questo punto, in particolar modo, è stato superato l'orientamento iniziale espresso dalla Commissione Europea (comunicazione n. 456 del 2020), nonché quanto stabilito nella primissima bozza del regolamento 2094 del 2020 (comunicazione n. 441 del 2020). La prima proposta della Commissione aveva descritto espressamente il piano «*Next Generation EU*» come strutturato in due *tranche*, di cui la prima, quella dei prestiti a fondo perduto, avrebbe dovuto avere un volume di 500 miliardi di euro, mentre la seconda, quella delle sovvenzioni, avrebbe dovuto corrispondere a un importo di 250 miliardi di euro. Le conclusioni del Consiglio Europeo di luglio, al contrario, hanno sancito la netta diminuzione della quota delle sovvenzioni, fissandola a 390 miliardi di euro, mentre hanno incrementato la quota dei prestiti, stabilendola a 360 miliardi di euro.

2020). Le «Linee guida per i piani di ripresa e resilienza», pubblicate dallo *staff* della Commissione, hanno fissato gli stessi vincoli finanziari, ribadendo l'esigenza di raggiungere almeno il 37% delle spese per l'obiettivo ambientale e almeno il 20% per quello digitale⁶⁰.

In pratica, in un primo momento, a partire dal settembre del 2020, i vincoli finanziari sono stati stabiliti dal *diritto morbido*. In un secondo momento, nell'inverno del 2021, gli stessi vincoli sono stati recepiti dal regolamento n. 241 del 2021: l'art. 16 e l'art. 18 del regolamento hanno effettivamente chiarito come i piani nazionali di ripresa e resilienza dovessero essere redatti destinando un 37% delle risorse all'obiettivo climatico e un 20% all'obiettivo digitale⁶¹.

Nel periodo intercorrente, ossia nell'autunno del 2020, la Commissione Europea, attraverso i propri atti di *soft law*, ha fatto sì che il dibattito sulla redazione dei piani nazionali, che si è aperto in quella stagione, sia stato condizionato dalla necessità che gli Stati membri osservassero i vincoli finanziari disciplinati dal *diritto morbido*, sui quali però ancora non esisteva alcun regolamento europeo.

Una particolarità della funzione del *soft law*, pertanto, sta nell'aver anticipato alcune regole basilari riguardanti «*Next Generation EU*», che sono state poi consolidate da altri atti di *hard law*: questa tendenza anticipatoria del *diritto morbido* è emersa, fra l'altro, anche in tempi più recenti, sempre in relazione a «*Next Generation EU*».

Nei primi mesi del 2022, il *soft law* della Commissione Europea ha contribuito a definire un obiettivo addizionale di «*Next Generation EU*», incentivando gli Stati membri a compiere uno sforzo ulteriore nella definizione di nuovi investimenti in materia ambientale ed energetica, per velocizzare la transizione verso le fonti rinnovabili e ridurre la dispersione energetica, in senso coerente con le finalità di «*REPowerEU*»⁶² (comunicazione n. 108 del 2022).

La Commissione Europea ha, così, aperto alla possibilità di introdurre delle modifiche ai piani nazionali di ripresa e resilienza. Sono stati adottati dalla

⁶⁰ Il riferimento è alle «Linee guida» del 17 settembre 2020. Queste «Linee guida» sono state, successivamente emendate e sostituite da quelle pubblicate il 22 gennaio 2021 nel secondo *working document* dello *staff* della Commissione Europea.

⁶¹ In particolar modo, si vedano l'art. 16, comma 2, lettera b e l'art. 18, comma 4, lettere e ed f del regolamento n. 241 del 2021. G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo*, n. 2, 2021, p. 129 ss.

⁶² Il piano «*REPowerEU*» è stato adottato dalla Commissione Europea in seguito all'acuirsi della guerra in Ucraina, per far fronte all'esigenza di progressivo raggiungimento dell'autonomia energetica da parte dell'Unione Europea, così da ridurre e, quindi, annullare la dipendenza da parte dei rifornimenti di gas, petrolio e carbone da parte della Russia. In funzione di questa esigenza, sono stati promossi nuovi investimenti sulle fonti rinnovabili e sull'efficientamento energetico.

Commissione degli «Orientamenti sui piani per la ripresa e la resilienza nel contesto di «REPowerEU» (comunicazione n. 214 del 2022). Gli Stati membri sono stati invitati ad aggiungere un nuovo capitolo nei loro rispettivi piani di ripresa e resilienza, espressamente dedicato a «REPowerEU», così da individuare nuovi provvedimenti sul risparmio energetico e sulle energie rinnovabili, per ridurre la dipendenza dai combustibili fossili.

Per poter facilitare l'attuazione di «REPowerEU», attraverso le risorse di *Next Generation EU*, è stata, fra l'altro, avanzata una proposta di modifica del regolamento n. 241 del 2021 (comunicazione n. 231 del 2022).

Anche in questo caso, il *soft law* della Commissione Europea è destinato a influire sull'utilizzo delle risorse di «*Next Generation EU*» da parte degli Stati membri e sulla revisione dei piani nazionali di ripresa e resilienza: tutto questo accade ancor prima che una modifica del regolamento n. 241 del 2021 sia effettivamente approvata.

Sempre mantenendo ferma l'attenzione su «*Next Generation EU*», un ragionamento a sé stante deve essere compiuto per quanto riguarda il regolamento n. 2092 del 2020, che ha introdotto un «regime generale di condizionalità» per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea⁶³: in questo caso, il *soft law* ha consentito di graduare l'efficacia concreta del «regime di condizionalità», valido anche per «*Next Generation EU*», modulando sia i tempi d'attivazione del meccanismo (conclusioni del Consiglio Europeo del 10-11 dicembre 2020), sia le regole di base della sua operatività (comunicazione n. 1382 del 2022).

Concepito già prima dell'emergenza pandemica, il regolamento europeo n. 2092 del 2020 ha, infatti, chiarito come il rispetto dei valori dello Stato di diritto ex art. 2 TUE sia un requisito centrale per una sana gestione delle risorse finanziarie, sia per quanto riguarda, a livello generale, l'esecuzione del bilancio dell'Unione Europea, sia per quanto riguarda, nello specifico, la programmazione straordinaria di «*Next Generation EU*».

Il regolamento europeo n. 2092 del 2020 ha, di fatto, subordinato la possibilità di accedere alle risorse finanziarie di «*Next Generation EU*» a un pieno rispetto dei valori dello Stato di diritto da parte del singolo Stato membro: in altre parole, sulla base dell'art. 5 del regolamento, nel caso in cui si verificino particolari ipotesi di violazione dello Stato di diritto, in grado di turbare la sana gestione dei bilanci pubblici, sarebbe possibile adottare specifiche misure di sospensione o d'interruzione dell'erogazione dei fondi europei, fra i quali sono stati ricompresi quelli di «*Next Generation EU*».

⁶³ M. DANI, *Crisi dello Stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 210 ss.; C. FASONE, *Crisi dello Stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 214 ss.

Il *soft law* ha scandito, innanzitutto, le tempistiche effettive d'attivazione del «regime generale di condizionalità»: un documento di *diritto morbido* connotato da alta politicITÀ, le conclusioni del Consiglio Europeo del 10-11 dicembre 2020, ha congelato per alcuni mesi l'efficacia del regolamento n. 2092 del 2020, già entrato formalmente in vigore.

Dalle conclusioni del Consiglio Europeo, è stato ricordato come «l'Unione europea, i suoi Stati membri e le sue istituzioni sono tutti impegnati a promuovere e rispettare i valori su cui si fonda l'Unione, compreso lo Stato di diritto». Sempre da questa *soft law*, è stato chiarito come «l'obiettivo del regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione è proteggere il bilancio dell'Unione, compreso *Next Generation EU*, la sua sana gestione finanziaria e gli interessi finanziari dell'Unione».

Allo stesso tempo, le conclusioni del Consiglio Europeo, pur essendo un atto di *soft law*, hanno di fatto sospeso il funzionamento del «regime di condizionalità»⁶⁴, precisando che «la Commissione intende elaborare e adottare linee guida sulle modalità con cui applicherà il regolamento, compresa una metodologia per effettuare la propria valutazione (...). Qualora venga introdotto un ricorso di annullamento in relazione al regolamento, le linee guida saranno messe a punto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia».

Temendo che il «regime di condizionalità» potesse precludere l'accesso ai fondi di *Next Generation EU*, l'Ungheria e la Polonia hanno impugnato il regolamento n. 2092 del 2020 di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, con le sentenze del 16 febbraio 2022, ha rigettato entrambi i ricorsi⁶⁵.

⁶⁴ G. GIOIA, *Le Linee guida della Commissione Europea sul meccanismo di condizionalità e protezione del bilancio UE: effettività della tutela dello Stato di diritto e valorizzazione dello spazio pubblico europeo*, in *Diritti Comparati*, 24 marzo 2022.

⁶⁵ Con la presentazione dei rispettivi ricorsi, Ungheria e Polonia hanno contestato vari profili riguardanti il regolamento n. 2092 del 2020, fra i quali l'impossibilità di formulare una definizione universale del concetto di Stato di diritto; l'assenza di una competenza dell'Unione Europea ad adottare il regolamento n. 2092; la sovrapposizione esistente fra il meccanismo di condizionalità e la procedura d'infrazione ex art. 7 TUE.

Stando a quando rimarcato dalla Corte Giustizia, innanzitutto, è possibile individuare un concetto di Stato di diritto condiviso da tutti i Paesi membri: pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, gli Stati membri aderiscono a una nozione condivisa di Stato di diritto, quale valore comune alle loro stesse tradizioni costituzionali, e agiscono in senso coerente alla sua salvaguardia.

La Corte di Giustizia ha riconosciuto come il regolamento n. 2092 del 2020 abbia la propria base giuridica nell'art. 322 TFUE, riguardante la possibilità che Parlamento e Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottino regolamenti riguardanti le modalità di formazione ed esecuzione del bilancio dell'Unione. Nel contesto di questa competenza, hanno potuto essere fissate delle disposizioni per salvaguardare la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione (e,

A distanza di poco tempo, è stato un atto di *soft law* a far sì che il «regime di condizionalità» potesse diventare operativo a livello effettivo. Il 2 marzo 2022, la Commissione ha adottato gli «Orientamenti sull'applicazione del regolamento n. 2092 del 2020» (comunicazione n. 1382 del 2022). Tenendo conto del quadro normativo e giurisprudenziale, gli «Orientamenti» della Commissione hanno, così, contribuito a definire nei dettagli quali siano i principi fondamentali dello Stato di diritto; in quali situazioni possano configurarsi delle violazioni concrete; come possano essere individuati e valutati i singoli casi; se sia opportuno adottare misure ex regolamento n. 2092 del 2020 o se sia possibile ricorrere ad altre procedure previste dalla legislazione europea; quali debbano essere le modalità e i procedimenti per predisporre interventi a norma delle disposizioni sul «regime di condizionalità».

In definitiva, è possibile evidenziare come, in queste circostanze, il *soft law* abbia svolto una funzione determinante, per certi aspetti inedita, nell'implementazione di un regolamento di particolare rilievo per la salvaguardia delle risorse di «*Next Generation EU*»: l'utilizzo che è stato fatto del *diritto morbido* è sembrato essere di particolare incisività, dal momento che i suoi contenuti hanno condizionato fortemente, sotto profili temporali e sostanziali, la possibilità di applicazione effettiva di una fonte di *hard law*.

Conclusa l'analisi di alcuni dei principali profili riguardanti «*Next Generation EU*», è possibile sottolineare come, a livello generale, l'utilizzo del *soft law* da parte del Consiglio Europeo e della Commissione Europea abbia fatto sì che ci sia stata una certa gradualità nel plasmare lo strumento e nell'implementarlo.

Come già visto, a) in mancanza di un qualsiasi regolamento europeo, il *soft law* ha anticipato le regole di base di «*Next Generation EU*»: il *diritto morbido* ha permesso di quantificare l'ammontare complessivo di risorse mobilitate, di dividere la somma fra prestiti e sovvenzioni, di perfezionare i principali vincoli di destinazione dei fondi.

Per di più b) il *soft law* ha individuato le priorità politiche verso cui indirizzare l'utilizzo delle risorse di «*Next Generation EU*»: questo profilo è

quindi, anche i fondi di «*Next Generation EU*») da episodi specifici di violazione dello Stato di diritto.

Proprio sotto questo profilo, il regolamento n. 2092 del 2020 si è differenziato dall'art. 7 TUE: mentre la procedura d'infrazione ex art. 7 TUE permette di sanzionare qualsiasi ipotesi di grave violazione dello Stato di diritto, il regolamento n. 2092 del 2020 trova attuazione esclusivamente in casi attentamente circoscritti. Infatti, gli artt. 3 e 4 del regolamento n. 2092 del 2020 individuano ipotesi specifiche di violazione dello Stato di diritto, in grado di turbare il sano utilizzo delle risorse europee, quali il mancato o parziale funzionamento delle autorità preposte al controllo o alla sorveglianza finanziaria; il venir meno del controllo giurisdizionale effettivo, della capacità d'indagine e di sanzione della magistratura; la diffusione eccessiva di fenomeni degenerativi quali frodi fiscali, corruzione e altre violazioni del diritto dell'Unione Europea.

emerso, in particolar modo, nel momento in cui il *diritto morbido* ha fissato delle percentuali minime di spesa da rispettare nei piani nazionali di ripresa, dal punto di vista dell'impiego dei fondi in investimenti verdi e digitali.

Dopodichè, sempre c) il *soft law* ha calibrato la piena attuazione del regime di condizionalità sullo Stato di diritto, modulando nel tempo gli effetti del regolamento n. 2092 del 2020, già entrato in vigore. È stata ritardata di alcuni mesi la piena efficacia del regolamento n. 2092 del 2020, in attesa delle sentenze della Corte di Giustizia, così da recepire, in un momento successivo, le indicazioni della giurisprudenza europea che potessero essere utili per dare esecutività al regime di condizionalità.

Nel caso di «*Next Generation EU*», il *soft law* ha avuto un ruolo particolarmente ampio: il *soft law* ha accompagnato, passo dopo passo, l'effettiva messa in opera di «*Next Generation EU*». Per certi aspetti, il *diritto morbido* sembra aver svolto una funzione di *pre-law*⁶⁶, tale da anticipare una parte dei contenuti che sono stati, poi, consolidati dai regolamenti successivamente adottati.

In alcuni momenti, in particolar modo, di fronte all'esigenza di avviare rapidamente la ricostruzione economica, il *soft law* ha rappresentato lo strumento adatto per individuare degli elementi minimi, comuni agli Stati membri, su come avrebbero dovuto essere costruiti i piani nazionali di ripresa e resilienza. Gli Stati membri hanno, così, fatto affidamento sui contenuti del *soft law* per impostare i primi lavori di articolazione dei piani nazionali: a livello concreto, il *soft law* ha influito nel modo in cui sono state gettate le fondamenta dei piani nazionali, avendo già stabilito a monte come avrebbero dovuto essere suddivisi i fondi fra i diversi Stati membri, su quali obiettivi strategici avrebbero dovuto essere investiti e quali sarebbero stati i vincoli di spesa per ciascuno di essi.

Dopodichè, una volta già impostati i primi embrioni di piani nazionali, sono entrati in vigore quei regolamenti che hanno conferito veste di *hard law* a disposizioni di *diritto morbido* che, di fatto, erano già pienamente operative.

Si può parlare, allora, di una semplice funzione di *pre-law*? Che tipo di funzione è stata svolta dal *soft law*, quando a essere anticipati non sono stati i semplici contenuti degli atti di *hard law*, ma le loro stesse ricadute concrete nell'azione delle istituzioni statali e nel modo di intendere le loro prospettive di pianificazione?

La vicenda di *Next Generation EU* e l'utilizzo del *soft law* hanno manifestato, con ogni probabilità, le maggiori anomalie e peculiarità: sembra che il *diritto morbido* si sia proprio sostituito agli atti normativi tradizionali e, di fatto, abbia avuto la stessa capacità d'incidere a livello concreto, aprendo le pro-

⁶⁶ L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, cit., p. 120.

spettive di un nuovo modo d'intendere l'intervento delle istituzioni nel contesto di una crisi economica di portata globale.

5. Conclusioni. Quali soluzioni alternative al *soft law*

Il largo impiego del *diritto morbido* nel corso dell'emergenza pandemica impone di aprire una riflessione più estesa a proposito dell'utilizzo di questi strumenti da parte delle istituzioni europee, in particolar modo il Consiglio Europeo e la Commissione Europea. Per l'impiego massiccio che ne è stato fatto e per la qualità giuridica delle misure messe in atto, il fenomeno del *diritto morbido* non può più essere sottovalutato e, anzi, va preso in dovuta considerazione, tenendo presenti tutte le sue implicazioni.

In ciascuno dei tre casi esaminati, la produzione del *soft law* ha preso il via dal momento in cui il Consiglio Europeo ha assunto un preciso indirizzo politico sugli ambiti materiali e sulle caratteristiche generali delle misure economico-finanziarie che avrebbero dovuto essere adottate in risposta allo *shock* pandemico, indirizzo che è stato tradotto in precisi atti di *soft law* da parte dello stesso Consiglio Europeo.

Dopodichè, nel caso del «Quadro temporaneo sugli aiuti di stato», il *diritto morbido* della Commissione Europea non si è limitato a svolgere una mera interpretazione delle disposizioni già fissate nell'art. 107 TFUE. A partire dalle ipotesi di deroga ivi indicate, sono stati formulati dei criteri operativi generali che la Commissione Europea ha assunto come parametri nell'approcciare la materia degli aiuti di stato e nell'assumere le proprie decisioni *case by case*. Qualcosa di simile è accaduto per quanto riguarda il *soft law* della Commissione Europea alla base della «clausola di salvaguardia generale»: anche in queste circostanze, il *diritto morbido* non ha prospettato un'interpretazione puramente letterale del «Patto di stabilità e crescita», ma ha modellato nuove regole da applicare nel definire la durata complessiva della «clausola di salvaguardia».

Nel caso di «*Next Generation EU*», sarebbe riduttivo dire che il *soft law* abbia soltanto anticipato i contenuti dell'*hard law*, preparando il terreno ai successivi regolamenti adottati dall'Unione Europea: il *diritto morbido* del Consiglio Europeo e della Commissione Europea è sembrato colmare il vuoto normativo presente a livello d'ordinamento europeo, riguardante le disposizioni sulla strutturazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza, così che, di fatto, gli Stati membri hanno fatto affidamento sul *soft law* nella fase iniziale di predisposizione dei piani.

Adottando una visione d'insieme dei vari provvedimenti, è possibile rimarcare che il *soft law* ha svolto un ruolo di coordinamento⁶⁷ in senso ampio

⁶⁷ B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *A comparative study on soft law*, cit., p. 41.

fra gli Stati membri dell'Unione Europea: il *diritto morbido* ha fissato un quadro minimo di regole comuni, da osservare sia per gli interventi più immediati, in risposta alla prima onda d'urto del virus, sia per le misure di lungo respiro, legate alla ricostruzione economica e sociale.

Soprattutto nei primi mesi, il quadro giuridico ha assunto una forma particolarmente elastica e fluida, potendo essere aggiornato con una certa rapidità, in modo tale da garantire un coordinamento fra gli Stati membri che fosse costante nel tempo e da assicurare, allo stesso modo, un adattamento continuo delle regole dell'emergenza alle circostanze eccezionali del momento.

L'Unione Europea ha usato la mano ferma nel guanto di velluto. Il *soft law* è stato caratterizzato da una bassa gradazione di giuridicità, ma ha avuto un elevato tasso di politicità: i provvedimenti strutturati a livello europeo, ammantati di una stoffa così leggera e impalpabile, hanno definito una precisa strategia politica.

È stato già messo in luce, infatti, come gli atti di *soft law*, pur essendo strumenti di *diritto mite*, dotati di un'efficacia giuridica di gran lunga minore rispetto alle fonti tipizzate, siano espressione di un «potere comunitario d'indirizzo politico»⁶⁸, attraverso la plusvalenza che a essi deriva in termini di autorevolezza, mutuata dall'organo da cui promanano, sia che si tratti del Consiglio Europeo, sia che si tratti della Commissione Europea.

La predeterminazione dei fini dell'indirizzo politico, inteso come *indirizzo politico prescrittivo*⁶⁹, è avvenuta in seno al Consiglio Europeo, che ha individuato le direttive essenziali da assumere come riferimento in ambito economico e finanziario. Dopodiché la Commissione Europea ha contribuito a integrare quell'*indirizzo politico prescrittivo* e a fargli assumere dei tratti maggiormente puntuali.

A quel punto, l'indirizzo politico si è trasmesso alle altre articolazioni dell'Unione Europea e, soprattutto, agli Stati membri: l'allentamento temporaneo dei vincoli in materia di aiuti di stato e di gestione dei bilanci ha fatto sì che gli Stati membri mettessero in atto politiche di sostegno all'economia, di particolare portata e profondità; in senso coerente, la programmazione di «*Next Generation EU*» ha fornito una copertura finanziaria massiccia e ha ulteriormente ampliato il raggio d'azione.

⁶⁸ R. MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico*, cit., p. 192.

⁶⁹ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 7 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico – Volume II*, Padova, Cedam, 1976, pp. 641-646; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, nn. 1-4, Urbino, S.T.E.U., 1939, p. 35 ss.; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo – Volume I*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 189 ss.; A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 7 ss.; M. CERASE, *Indirizzo politico*, in (a cura di) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3093-3095.

L'attività generale delle istituzioni statali ha ricevuto un impulso inedito ed è stata orientata verso finalità di carattere condiviso: i poteri statali avrebbero dovuto governare⁷⁰ la ripresa dei sistemi economici nazionali, trasformando⁷¹ il loro assetto complessivo, in modo tale da raggiungere un maggiore livello di compatibilità con l'ambiente⁷² e un maggior grado di diffusione delle tecnologie digitali⁷³.

È stata evidenziata l'assenza di partecipazione del Parlamento Europeo nel processo di elaborazione di quest'indirizzo politico. Nel contesto della pandemia, l'*input* del Parlamento Europeo avrebbe potuto contribuire alla legittimazione democratica delle regole introdotte, oltre a un loro miglioramento dal punto di vista qualitativo. Le credenziali democratiche del *diritto morbido* sono state, pertanto, alquanto scarse, proprio perché non è stato acquisito un contributo dell'assemblea rappresentativa. Il mancato coinvolgimento del Parlamento Europeo è da considerarsi un profilo problematico: è venuto meno il passaggio centrale di quel processo di selezione e di decisione politica che, in un sistema parlamentare, formando un *continuum*, dovrebbe congiungere il corpo elettorale, l'assemblea parlamentare e l'organo di governo⁷⁴.

Da questo punto di vista, è stato proposto⁷⁵ di valorizzare la procedura d'urgenza prevista dall'art. 163 del regolamento del Parlamento Europeo⁷⁶,

⁷⁰ Basti pensare che i vincoli di spesa delle risorse europee di «*Next Generation EU*» hanno obbligato gli Stati membri a destinare alla transizione ecologica almeno il 37% dei fondi e alla trasformazione digitale almeno il 20% dei fondi dei piani nazionali di ripresa e resilienza.

⁷¹ E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 31.

⁷² Era un obiettivo dell'Unione Europea fin dall'«*European Green Deal*» (Comunicazione n. 640 del 2019 della Commissione Europea). Questo scopo è stato ulteriormente perseguito attraverso gli strumenti economico-finanziari adottati in seguito all'emergenza pandemica.

⁷³ Questi scopi sono stati fissati dalla nuova Agenda Digitale Europea «Plasmare il futuro dell'Europa» (Comunicazione n. 67 del 2020 della Commissione Europea) e sono presenti anche nei vari provvedimenti legati alla ripresa economica e finanziaria.

⁷⁴ A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo*, cit., p. 35; LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1985, p. 679.

⁷⁵ M. ELIANTONIO, O. STEFAN, *The elusive legitimacy of EU soft law*, cit., p. 174.

⁷⁶ L'art. 163 del regolamento del Parlamento Europeo prevede che: «1. L'urgenza di una discussione su una proposta presentata al Parlamento ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 1, può essere richiesta al Parlamento dal Presidente, da una commissione parlamentare, da un gruppo politico o un numero di deputati pari almeno alla soglia bassa, dalla Commissione o dal Consiglio. La richiesta va presentata per iscritto e deve essere motivata. 2. Il Presidente, non appena gli sia stata presentata una richiesta di discussione con procedura d'urgenza, ne informa l'Aula; la votazione sulla richiesta ha luogo all'inizio della seduta successiva a quella in cui essa è stata comunicata al Parlamento, sempre che la proposta oggetto della richiesta sia stata distribuita ai deputati nelle lingue ufficiali. qualora vi siano più richieste di discussione con procedura d'urgenza sullo stesso argomento, l'approvazione o la reiezione dell'urgenza riguardano tutte le risoluzioni relative a tale argomento. 3. Prima della votazione possono essere ascoltati soltanto, per un massimo di tre minuti ciascuno, l'autore della richiesta, un oratore contro e il presidente o il relatore della commissione competente. 4. I punti per i quali sia stata decisa l'urgenza hanno la precedenza sugli altri punti dell'ordine del giorno; il

che consentirebbe di adottare provvedimenti di *hard law*, per affrontare circostanze eccezionali, come quelle che si sono verificate, senza venir meno alle esigenze di celerità. La procedura d'urgenza permetterebbe di esaminare eventuali proposte d'intervento in via prioritaria, essendo poste in discussione nella seduta del Parlamento Europeo successiva a quella in cui la richiesta di procedura d'urgenza sia stata comunicata ed avendo, in ogni caso, la precedenza sugli altri punti all'ordine del giorno.

Di fronte a questa tesi, può essere sollevata l'obiezione che la soluzione del problema sarebbe, in ogni caso, lontana dall'essere raggiunta: il Consiglio Europeo e la Commissione Europea hanno adottato strumenti di *soft law* proprio nella consapevolezza di bypassare l'aula parlamentare, preferendo il *diritto morbido* non soltanto per esigenze di rapidità, ma anche per evitare che l'adozione di provvedimenti legislativi, attraverso le procedure ordinarie, potesse rendere più tortuoso l'*iter* d'elaborazione. Per questa ragione, sarebbe difficile pensare alla possibilità di una concreta applicazione della procedura ex art. 163 del regolamento del Parlamento Europeo.

È stato detto⁷⁷, allora, che il Parlamento Europeo non è del tutto sprovvisto di strumenti di garanzia, in grado di assicurare un suo ruolo effettivo nel processo decisionale, anche nel caso in cui la Commissione Europea non abbia consultato l'istituzione assembleare o, nel caso in cui, pur avendolo fatto, non abbia tenuto in dovuta considerazione il punto di vista espresso.

Fra questi strumenti, è presente l'art. 225 TFUE, che dispone che il Parlamento Europeo, a maggioranza assoluta, può chiedere alla Commissione Europea di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione Europea per dare piena attuazione ai Trattati. Lo strumento disciplinato dall'art 225 TFUE, pertanto, sembra avere maggiori potenzialità, considerando che può essere attivato a discrezione del Parlamento Europeo.

Dopodichè, nel caso in cui la Commissione Europea dovesse disattendere la richiesta ex art. 225 TFUE, senza fornire un'opportuna motivazione della propria scelta, il Parlamento Europeo potrebbe, pur sempre, ricorrere alla Corte di Giustizia per mezzo del ricorso in carenza ex art. 265 TFUE.

Entrambe le soluzioni prospettate avrebbero, in ogni caso, come risultato quello di favorire l'adozione di provvedimenti di *hard law*: in tal modo, fra l'altro, verrebbe superato qualsiasi possibile dubbio riguardante il fatto che il provvedimento possa essere sottoposto al controllo della Corte di Giustizia,

Presidente fissa il momento della loro discussione e votazione. 5. La procedura d'urgenza può aver luogo senza relazione o, in via eccezionale, su semplice relazione orale della commissione competente. Qualora sia utilizzata una procedura d'urgenza e abbiano luogo negoziati interistituzionali, non si applicano gli articoli 70 e 71. L'articolo 74 si applica *mutatis mutandis*».

⁷⁷ L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., pp. 485-486.

per valutarne la compatibilità coi Trattati e col diritto derivato: potrebbe essere garantita, in qualsiasi circostanza, una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei soggetti direttamente interessati dall'applicazione dell'atto.

Jean Monnet sosteneva che «*l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises*»⁷⁸. Se questa affermazione è vera, che le crisi costituiscono un'opportunità per progredire lungo la strada dell'integrazione, bisogna però riconoscere che la costruzione europea non può essere edificata dando eccessivo spazio al *diritto morbido*. Dalla crisi pandemica, al contrario, occorre trarre spunto su come il *soft law* debba essere maneggiato con cautela, facendo attenzione, così da evitarne un impiego debordante ed eccessivo.

Se così non fosse, l'Unione Europea, costruita all'insegna del *diritto morbido*, con le criticità che in prospettiva ne possono derivare, più che un'organizzazione dalla mano ferma, potrebbe rivelarsi un gigante dai piedi d'argilla.

⁷⁸ Cfr. J. MONNET, *Mémoires*, Parigi, Fayard, 1976, p. 426. Si veda anche J. MONNET, *Memoirs*, Glasgow, Collins, 1978, p. 417.