

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LXI – n. 1-2 – Gennaio-Giugno 2022

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Elisa Baroncini* - La strategia dell’Unione europea per il contenzioso internazionale sul libero scambio
(*The EU Strategy for International Trade Dispute Settlement*) Pag. 1
- Alessia Pellicciari* - Il Nord Italia: un terreno fertile per le mafie
(*Northern Italy: a Fertile Ground for the Mafias*) » 43
- Giulia Dal Ben* - Riflessioni a margine dell’attivazione della direttiva sulla protezione temporanea agli ucraini: un nuovo paradigma per la solidarietà europea o un *unicum* storico?
(*Reflections on the Activation of the Directive on Temporary Protection for Ukrainians: A New Paradigm for European Solidarity or a Historical Unicum?*) » 65
- Gabriele Lami* - I criteri di aggiudicazione delle concessioni balneari ai sensi dell’art. 4 della legge n. 118/2022 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021). Criticità e difficoltà interpretative
(*The Award Criteria for Beaching Concessions Pursuant to art. 4 of law no. 118/2022 (Annual Law for the Market and Competition 2021) Critical Issues and Interpretative Difficulties*) » 101
- Enrico Traversa* - Regolamento EPPO: le disposizioni che paralizzano l’esercizio delle competenze della Procura europea sono invalide per violazione dell’art. 86 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE)
(*EPPO Regulation: the Provisions that Paralyze the Exercise of the Competences of the European Public Prosecutor's Office are Invalid for Violation of the Art. 86 TFEU*) » 121

Fausto Capelli - Guerra in Ucraina: una modesta proposta di soluzione
(War in Ukraine: a modest proposal for a solution) Pag. 143

Fausto Capelli - Il Piano di Pace del Governo cinese e la soluzione della questione ucraina
(The "Peace Plan" of China for a solution of the Ukraine question) » 147

COMMENTI

Carlo Eugenio Baldi - Organismo di ricerca e diffusione della conoscenza. Il punto dopo l'interpretazione della Corte di giustizia
(Research and Knowledge-Dissemination Organisation: the Point after the Interpretation of the Court of Justice) » 153

Luca Granelli - L'esclusione delle attività a rilevanza pubblica dall'ambito di applicazione dell'IVA tra difetto dei requisiti dell'attività economica ed esclusione della qualità di soggetto passivo dell'ente di diritto pubblico
(The Exclusion of Activities of Public Importance from the Scope of VAT Between the Lack of the Requirements of the Economic Activity and the Exclusion of Bodies Governed by Public Law from Taxable Persons) » 171

Enrico Traversa - Corte di giustizia UE: la prima questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento EPPO evidenzia disposizioni che rischiano di paralizzare l'attività investigativa della Procura europea
(EU Court of Justice: the First Request for a Preliminary Ruling on the EPPO Regulation Highlights Provisions that Risk to Paralyze the Investigative Activity of European Public Prosecutors) » 211

Nadia Levantino - Il Regolamento (Ue) n. 2018/1805: la disciplina europea sul congelamento e la confisca, tra esigenze di cooperazione giudiziaria e tutela dei diritti fondamentali
(Regulation (Eu) 2018/1805 On the Mutual Recognition of Confiscation Orders: the Balance Between the Pursuit of a Judicial Cooperation and the Protection of Fundamental Rights) » 229

Marco Casini - Gli effetti della riforma "Cartabia" sul diritto penale alimentare
(The Effects of the "Cartabia" Reform in Food Criminal Law) » 249

Pietro Troianiello - I difficoltosi adempimenti dell'Italia agli obblighi eurounitari
(Italy's Difficult Fulfillment of EU Obligations) Pag. 261

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Gianluigi Ceruti - Riccardo Ceruti - La giurisprudenza sui canoni demaniali marittimi
(The Case-Law on Maritime State-Owned Fees) » 271

Luca Paleari - Rappresentanza e poteri nelle società di capitali. Brevi riflessioni di sistema. S.P.A. (art. c.c. 2325 - art. c.c. 2451), S.A.P.A. (art. c.c. 2452 - art. c.c. 2461), S.R.L. (art. c.c. 2462 - art. c.c. 2483)
(Representation and Powers in Business Companies. Some Systemic Reflections) » 283

Annamaria Pedroni - Cumulo della carica di amministratore con rapporto di lavoro dipendente della medesima società: implicazioni in ambito lavoristico nel diritto italiano
(Cumulation of the Position of Director with an Employment Relationship of the Same Company: Implications with Respect to Labor Law in Italy) » 297

Claudio Arturo - Rappresentanza e poteri nelle società di capitali: il caso dell'Austria
(Representation and Powers in Corporations: the Situation in Austria) » 305

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Aiuti di Stato compatibili con il mercato interno: la Corte di giustizia si pronuncia e qualifica «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» le istituzioni di diritto privato che prevalentemente esercitano attività indipendenti di ricerca o di ampia diffusione dei risultati di tali attività
Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2022 in cause riunite n. C-164/21 e n. C-318/21

«Baltijas Starptautiskā Akadēmija» SIA (C-164/21),
«Stockholm School of Economics in Riga» SIA (C-318/21) c.
Latvijas Zinātnes padome Pag. 151
(con commento di *Carlo Eugenio Baldi*)

Sono esenti da IVA le attività degli enti radiotelevisivi di diritto pubblico, diverse da quelle commerciali, remunerate con fondi erogati dallo Stato

Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2021 in causa n. C-21/20

Balgarska Natsionalna televizija c. Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika» – Sofia pri Tsentralno upravlenie na NAP

(con commento di *Luca Granelli*)

» 169

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia si pronuncia sulla libertà di stampa e statuisce quando si è in presenza di un'informazione privilegiata ai sensi del Regolamento n. 596/2014

Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2022 in causa n. causa n. C-302/20

Sig. A c. Autorité des marchés financiers (AMF)

» 187

La Corte interpreta la direttiva n. 2011/83/UE con riferimento al processo di inoltro di un ordine nei contratti a distanza e al recesso del consumatore

Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 2022 in causa n. C-96/21

DM c. CTS Eventim AG & Co. KGaA

» 190

Sentenza della Corte di giustizia del 7 aprile 2022 in causa n. C-249/21

Fuhrmann-2-GmbH c. B.

» 191

La Corte di giustizia interpreta nuovamente il Regolamento n. 261/2004 e individua i criteri in base ai quali il passeggero ha diritto alla compensazione pecuniaria in caso di volo ritardato o cancellato

Sentenza della Corte di giustizia del 7 aprile 2022 in causa n. C-561/20

Q, R, S c. United Airlines Inc.

» 193

Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2021 in causa n. C-263/20
Airhelp Limited c. Laudamotion GmbH Pag. 194

Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2022 in causa n. C-436/21
Flightright GmbH c. American Airlines Inc. » 194

Nell'ambito dell'e-commerce la Corte di giustizia interpreta la direttiva sui diritti dei consumatori precisando le informazioni dovute al consumatore sulla garanzia prestata dal produttore

Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2022 in causa n. C-179/21
Absolut's -bikes and more- GmbH & Co. KG c. The-trading-company GmbH » 199

Brexit e cittadinanza: secondo la Corte di giustizia è compatibile con il diritto dell'Unione europea la decisione (Ue) n. 2020/135, del 30 gennaio 2020, che prevede la cancellazione dei cittadini britannici dalle liste elettorali degli Stati membri a seguito della Brexit

Sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 2022 in causa n. C-673/20
EP c. Préfet du Gers, Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), con l'intervento di: *Maire de Thoux* » 201

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

La Corte di giustizia è chiamata a definire i limiti delle competenze della Procura europea nello svolgimento di indagini transfrontaliere e nella conseguente esecuzione di atti investigativi nel territorio di un altro Stato membro

Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 98, par. 1, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia
Domanda di pronuncia pregiudiziale dell'Oberlandesgericht Wien (Corte di appello di Vienna, Austria) depositata il 25 aprile 2022
Procedimento penale a carico di *G. K., B. O. D. GmbH, S. L.* » 205
(con commento di *Enrico Traversa*)

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Cooperazione giudiziaria in materia penale: l'obbligo del mutuo riconoscimento tra Stati membri UE dei provvedimenti di congelamento e confisca dei proventi illeciti costituisce un'arma efficace nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale e al terrorismo

Regolamento (Ue) n. 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca
(con commento di *Nadia Levantino*)

Pag. 225

DOCUMENTAZIONE

Giustizia riparativa nel diritto penale alimentare: l'adempimento delle prescrizioni indicate dagli organi accertatori elimina i reati alimentari ma non le loro conseguenze dannose e pericolose nel caso di ingestione di prodotti alimentari contaminati

Decreto legislativo n. 150 del 10 ottobre 2022 - Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari - Capo III - Art. 70
(con commento di *Marco Casini*)

» 245

Applicazione uniforme del diritto eurounitario: l'Italia è tenuta ad adottare con più celerità le misure necessarie per adeguare il proprio ordinamento agli atti dell'Unione europea ivi comprese le sentenze interpretative della Corte di giustizia comportanti modifica o abrogazione di norme interne

Legge n. 127 del 4 agosto 2022, n. 127 - Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2021
(con commento di *Pietro Troianiello*)

» 257

RECENSIONI

Pieralberto Mengozzi, L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea (*Maria Eugenia Bartoloni*) Pag. 315

Antonio Maria Caeiros, Le régime juridique du classement tarifaire des marchandises dans l'Union européenne (*Antonio Aresu*) » 317

Hanno collaborato a questo numero » 321

ARTICOLI

LA STRATEGIA DELL'UNIONE EUROPEA PER IL CONTENZIOSO INTERNAZIONALE SUL LIBERO SCAMBIO*

Sommario: **1.** *Introduzione* - **2.** *L'azione dell'Unione europea in seno all'OMC per mantenere il diritto d'appello: il Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA)* - **3.** *L'attivazione da parte dell'Unione europea dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio di ultima generazione* - **3.1.** *Il report del caso Ukraine - Wood Export Ban* - **3.2.** *Il report del caso Korea - Labour Commitments* - **4.** *Le misure unilaterali dell'Unione europea* - **5.** *Il coinvolgimento della società civile, il Chief Trade Enforcement Officer, e il Single Entry Point* - **5.1.** *Il primo TSD complaint presentato da una ONG europea insieme ai sindacati di Paesi terzi avvalendosi del SEP: il caso dei lavoratori delle miniere in Colombia e Perù* - **6.** *Conclusioni.*

1. Introduzione

Di fronte al costante acuirsi delle difficoltà del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), il cui funzionamento è compromesso dal dicembre 2019 a causa

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito delle attività del modulo Jean Monnet «Reforming the Global Economic Governance: The EU for SDGs in International Economic Law (Re-Globe)» finanziato dall'Unione europea. Le opinioni espresse sono da attribuirsi unicamente all'Autrice e non riflettono necessariamente quelle dell'Unione europea. Pertanto, l'Unione europea non è da ritenersi responsabile di quanto sostenuto nel presente contributo.

della persistenza del veto statunitense alla nomina dei nuovi membri dell'Organo d'appello¹, l'Unione europea (UE) ha reagito con una strategia a tutto campo per preservare e rafforzare una *governance* degli scambi internazionali imperniata anche su un contenzioso capace di promuovere il pieno rispetto delle regole internazionali. Il presente contributo è dedicato all'analisi di tale strategia. Infatti, l'azione europea per opporsi e superare il versante del contenzioso ginevrino della crisi del multilateralismo presenta profili di particolare interesse, essendo caratterizzata da un lavoro attento e innovativo delle istituzioni dell'Unione, in particolare della Commissione, il cui tratto distintivo è il richiamo alla *rule of law* internazionale². Quest'ultima, come indicato anche dal Trattato di Lisbona, deve essere alla base dell'azione internazionale della UE³. Le Nazioni Unite hanno

¹ Sulla crisi dell'Organo d'appello dell'OMC cfr., *inter alia*, NINA M. HART - BRANDON J. MURRILL, *The World Trade Organization's (WTO's) Appellate Body: Key Disputes and Controversies*, Congressional Research Service R46852, 22 July 2021; JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Berlin-Berne, 2019; CHANG-FA LO - JUNJI NAKAGAWA, TSAI-FANG CHEN (EDS.), *The Appellate Body of the WTO and its Reform*, Heidelberg, 2020; GIORGIO SACERDOTI, *La crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio: ragioni e prospettive*, in ATTILA MASSIMILIANO TANZI - LUDOVICA CHIUSI CURZI - GIAN MARIA FARNELLI - ANDREA MENSI (a cura di), *La transizione ecologica nel commercio internazionale. Tra aspetti di riforma procedurati, istituzionali e diritto sostanziale*, Bologna, 2022, pp. 9-22; GIORGIO SACERDOTI, *The Stalemate Concerning the Appellate Body of the WTO: Any Way Out?*, in *Question of International Law*, 2019, pp. 37-59; United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, Washington D.C., February 2020.

² Su tale tema v. PHILIP ALLOTT, *Towards the International Rule of Law: Essays in Integrated Constitutional Theory*, London, 2005; NOORA ARAJÄRVI, *The Core Requirements of the International Rule of Law in the Practice of States*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, pp. 173-193; STÉPHANE BEAULAC, *An Inquiry into the International Rule of Law*, EUI MWP 2007/14; IAN BROWNLIE, *The Rule of Law in International Affairs*, London, 1998; SIMON CHESTERMAN, *Rule of Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007; SIMON CHESTERMAN, *An International Rule of Law?*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 331-361; JAMES CRAWFORD, *Chance, Order, Change: The Course of International Law - General Course on Public International Law*, The Hague, 2014, p. 342 ss.; TILL PATRIK HOLTERHUS, *The History of the Rule of Law*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2018, pp. 430-466; MARTTI KOSKENNIEMI, *Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian "Tradition"*, in *European Journal of International Law*, 2019, pp. 17-52; HEIKE KRIEGER - GEORG NOLTE - ANDREAS ZIMMERMANN (EDS.), *The International Rule of Law: Rise or Decline? Foundational Challenges*, Oxford, 2019; ROBERT MCCORQUODALE, *Defining the International Rule of Law: Defying Gravity?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, pp. 277-304; CARMEN E. PAVEL, *The International Rule of Law*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2019, pp. 1-20; ARTHUR WATTS, *The International Rule of Law*, in *German Yearbook of International Law*, 1993, pp. 15-45.

³ L'art. 21 TUE indica, tra l'altro, che «[l']Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di (...) consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale» (par. 2, lett. b.). Cfr. anche l'art. 3, par. 5, TUE. Sui valori dell'azione internazionale dell'Unione cfr. FEDERICO CASOLARI, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, in GIOVANNA ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, pp. 73-105; MARISE CREMONA (ED.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Portland-Oxford, 2018; MARISE CREMONA, *Values in EU Foreign Policy*, in

definito la *rule of law* a livello nazionale ed internazionale come «a principle of governance in which all persons, institutions and entities, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with internationally recognized human rights»⁴; la *rule of law*, inoltre, richiede «measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency»⁵. Pertanto, anche l'esito di una controversia tra soggetti internazionali deve essere fondato su un'applicazione delle regole oggettiva e coerente, e non, invece, determinato dalle relazioni di potere tra le parti in disputa⁶. Occorre, quindi, che tale esito provenga da un meccanismo internazionale vincolante che assicuri equità, *predictability* e autorevolezza nella trattazione di una causa, nonché l'indipendenza degli esperti chiamati a giudicare⁷. Inoltre, nel garantire il rispetto delle regole internazionali, l'Unione valorizza un altro profilo della *international rule of law*, quello della legittimazione dell'operato delle sue istituzioni attraverso la partecipazione della società civile all'elaborazione dell'azione europea, predisponendo procedure inclusive dei soggetti portatori di interesse e, più

MALCOLM EVANS - PANOS KOUTRAKOS (EDS.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Oxford and Portland, 2011, pp. 275-316; EVA KASSOTI and RAMSES A. WESSEL, *The Normative Effect of Article 3(5) TEU: Observance and Development of International Law by the European Union*, in corso di pubblicazione in PULA GARCÍA ÁNDRADA (ED.), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, 2022. Sulla *rule of law* nel sistema dell'Unione europea v. FEDERICO CASOLARI, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in PIETRO MANZINI - MICHELE VELLANO (a cura di), *Unione Europea 2020 - I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, pp. 285-314; PAOLO MENGOLZI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, pp. 511-525.

⁴ S/2004/616, *Report of the Secretary-General: The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, 23 August 2004, par. 6.

⁵ *Ibid.*

⁶ Cfr. KAREN ALTER, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton, 2014; JOSÉ E. ALVAREZ, *International Institutions as Law-Makers*, Oxford, 2006; GEORG BIEHLER, *Procedures in International Law*, Heidelberg, 2008; ROBERT HOWSE, HÉLÈNE RUIZ-FABRI, GEIR ULFSTEIN, MICHELLE Q. ZANG (EDS.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge, 2018; ANDRE NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011; ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Rule-of-law in International Trade and Investments? Between Multilevel Arbitration, Adjudication and "Judicial Overreach"*, EUI Working Papers, Law 2020/10; PETER-TOBIAS STOLL, *International Investment Law and the Rule of Law*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2018, pp. 267-292; SANTIAGO VILLALPANDO, *On the International Court of Justice and the Determination of Rules of Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, pp. 243-251.

⁷ Sulla *international rule of law* con particolare riferimento al sistema multilaterale degli scambi cfr. JENNIFER HILLMANN, *Moving Towards an International Rule of Law? The Role of the GATT and the WTO in its Development*, in GABRIELLE MARCEAU (ED.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO - The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge, 2015, pp. 60-75.

in generale, di associazioni e cittadini, nella definizione della *trade policy* europea e dei suoi strumenti, e nella loro attuazione.

L'analisi del tema qui proposto verrà articolata in tre parti, corrispondenti ai tre elementi della strategia europea per garantire un contenzioso internazionale in materia di economia che sia trasparente, partecipato ed efficace. In primo luogo, ci si soffermerà sull'azione dell'Unione europea in seno all'OMC per mantenere il diritto all'appello nel sistema ginevrino di risoluzione delle controversie⁸; quindi, si considererà la dinamica del contenzioso degli accordi bilaterali di libero scambio dell'Unione europea⁹; infine, l'attenzione verrà riservata alle misure unilaterali della disciplina europea, cui ricorrere quale *extrema ratio* laddove i tentativi di risolvere una controversia con mezzi diplomatici, o ricorrendo a gruppi di *panelists* o arbitri, non producano l'auspicato risultato positivo¹⁰. Nella presentazione della strategia dell'Unione verrà, inoltre, messa costantemente in risalto l'importanza della partecipazione della società civile e del principio di trasparenza nell'*enforcement* della politica commerciale della UE, per assicurare che il contenzioso internazionale per il libero scambio sia piena espressione della *international rule of law*¹¹. Seguiranno alcune prime conclusioni, ove verrà anche evidenziato il contributo che, attraverso l'approccio al contenzioso internazionale sul libero scambio, l'Unione intende dare alla realizzazione degli obiettivi per lo sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite¹².

2. L'azione dell'Unione europea in seno all'OMC per mantenere il diritto d'appello: il *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA)

L'approccio dell'Unione europea al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC¹³ è caratterizzato dalla ferma e convinta adesione

⁸ V. *infra*, par. 2.

⁹ V. *infra*, par. 3.

¹⁰ V. *infra*, par. 4.

¹¹ V. *infra*, par. 5.

¹² Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1. Sul l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite cfr., *ex multis*, LUDOVICA CHIUSI, *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, pp. 22-49; WINFRIED HUCK, *Sustainable Development Goals: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, 2022; NICO LONGO, *L'Agenda 2030 ed il principio di sostenibilità nel diritto internazionale*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 2017, n. 3-4.

¹³ Sul sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, GIOVANNA ADINOLFI, *La soluzione delle controversie*, in GABRIELLA VENTURINI (a cura di), *L'Organiz-*

ad un sistema multilaterale degli scambi fondato sulle regole (*rules-based*), nel quale le dispute sono sottoposte ad una procedura contenziosa vincolante e articolata in due gradi di giudizio, e, quindi, il rispetto degli obblighi internazionali e il loro *enforcement* avvengono alla luce dell'interpretazione data agli accordi di Marrakesh da un'istanza d'appello permanente, che garantisca, anche attraverso la sua indipendenza, la qualità delle decisioni¹⁴.

La UE è sempre stata ben consapevole del rischio di quanto si sarebbe poi verificato: la perseveranza del veto statunitense all'elezione dei Membri dell'Organo d'appello avrebbe privato il sistema multilaterale del secondo grado di giudizio; e la paralisi del Tribunale permanente, in caso di appello nel vuoto di una parte soccombente dinanzi al *panel*, avrebbe implicato il blocco dell'intero meccanismo di risoluzione delle controversie in riferimento al reclamo interessato, in quanto l'adozione del *report* di un *panel* da parte dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC (*Dispute Settlement Body*, DSB) è preclusa dall'impugnazione di tale *report*¹⁵.

Dinanzi ad un simile scenario, l'Unione ha saggiamente scelto di percorrere parallelamente due possibili vie d'uscita. Da un lato, la Commissione europea ha preso atto delle critiche e delle preoccupazioni espresse dagli Stati Uniti, e si è prodigata nel promuovere soluzioni comuni, avendo, però, sempre cura di precisare che la ricerca di condivisione veniva condotta «while preserving the essential features of the [dispute settlement] system and of its Appellate Body»¹⁶. Sono state, così, proposte, nel

zazione mondiale del commercio, Milano, 2015, pp. 303-331; LEÏLA CHOUKROUNE - JAMES J. NEDUMPARA, *International Economic Law - Text, Cases and Materials*, Cambridge, 2021, p. 412 ss.; FABRIZIO MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Padova, 2020, p. 785 ss.; PETER VAN DEN BOSSCHE - DENISE PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge, 2021, pp. 30-53; MARIA ROSARIA MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, p. 173 ss.; PETER VAN DEN BOSSCHE - WERNER ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization - Text, Cases, and Materials*, Cambridge, 2022, p. 173 ss.

¹⁴ Per una presentazione efficace della visione dell'Unione europea sul meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC v. la dichiarazione del Rappresentante della UE in WT/GC/M/181, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 9-10 December 2019*, 24 February 2020, par. 5.130-5.141.

¹⁵ L'Intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC stabilisce il diritto all'appello, il quale, esercitato dinanzi ad un Organo d'appello che non abbia almeno tre membri, paralizza la soluzione di quella data controversia. Infatti, in base all'art. 16, par. 4, del DSU «[i]f a party has notified its decision to appeal, the report by the panel shall not be considered for adoption by the DSB until after completion of the appeal»; e l'art. 17, par. 1, del DSU stabilisce che ogni sezione giudicante dell'Organo d'appello sia formata da tre membri: «[a] standing Appellate Body shall be established by the DSB. The Appellate Body shall hear appeals from panel cases. It shall be composed by seven persons, *three of whom shall serve on any one case*» (corsivo aggiunto). Pertanto, se non vi sono almeno tre giudici nell'istanza d'appello, l'impugnazione blocca l'adozione del *report* del *panel*.

¹⁶ WT/GC/W/752/Rev.2, *Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore, Mexico, Costa Rica and Montenegro to the General Council*, 11 December 2018, p. 1.

2018, modifiche all'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, DSU)¹⁷; e si è svolto un alacre lavoro di supporto all'Ambasciatore David Walker nella sua opera di facilitatore del processo informale dell'OMC dedicato al funzionamento dell'Organo d'appello, processo che, nel dicembre 2019, avrebbe portato alla formulazione dei c.d. «Walker Principles»¹⁸.

Dall'altro lato, determinata a preservare la funzione d'appello dell'OMC anche nell'ipotesi in cui una soluzione comune non fosse praticabile in tempo utile, l'Unione ha elaborato un piano B, un'alternativa basata sull'arbitrato previsto dall'art. 25 del DSU «as a temporary avenue to enable appeals of panel reports»¹⁹. La disposizione richiamata, infatti, consente ai Membri OMC, divenuti parti di una controversia, di ricorrere ad un arbitrato rapido per facilitare la risoluzione della loro disputa. Tale procedura arbitrale è perfettamente integrata nel contenzioso multilaterale²⁰, nell'ambito del quale rappresenta uno degli strumenti utili a realizzarne l'obiettivo generale di assicurare ai reclami una soluzione positiva e sollecita, che rispetti e preservi i diritti e gli obblighi degli Accordi di Marrakesh, conferendo sicurezza e affidabilità al sistema dell'OMC. Un gruppo di avvocati internazionalisti ha lanciato, nel 2017, l'idea di garantire il giudizio d'appello rendendo quest'ultimo l'oggetto di un accordo d'arbitrato, fondato, per l'appunto, sull'art. 25 del DSU. Proprio valorizzando ed elaborando la c.d. *Andersen Proposal*²¹ la Commissione europea è, inizial-

¹⁷ WT/GC/W/752/Rev.2, *cit. supra*, nota 16; WT/GC/W/753/Rev.1, *Communication from the European Union, China, India and Montenegro to the General Council*, 11 December 2018.

¹⁸ WT/GC/W/791, *Draft Decision – Functioning of the Appellate Body*, 28 November 2019; see also JOB/GC/222, *Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand)*, 15 October 2019.

¹⁹ SCOTT ANDERSEN - TODD FRIEDBACHER - CHRISTIAN LAU - NICOLAS LOCKHART - JAN Yves REMY - IAN SANDFORD, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, CTEI Working Papers, CTEI-2017-17, a p. 1. V. anche JAMES BACCHUS, *Saving the WTO's Appeals Process*, www.cato.org/blog, 19 October 2018; ELISA BARONCINI, *The EU Approach to Overcome the WTO Dispute Settlement Vacuum: Article 25 DSU Interim Appeal Arbitration as a Bridge Between Renovation and Innovation*, in MEREDITH KOLSKY LEWIS - JUNJI NAKAGAWA - ROSTAM J. NEUWIRTH - COLIN B. PICKER - PETER-TOBIAS STOLL (EDS.), *A Post-WTO International Legal Order - Utopian, Dystopian and Other Scenarios*, Heidelberg, 2020, pp. 115-132; JENS HILLEBRAND POHL, *Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, in DENISE PRÉVOST - IVETA ALEXOVIČOČÁ - JENS HILLEBRAND POHL (EDS.), *Restoring Trust in Trade, Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Oxford, 2019, pp. 139-155.

²⁰ V. YOSHIFUMI TANAKA, *The Peaceful Settlement of International Disputes*, Cambridge, 2018, pp. 304-305.

²¹ Cfr. SCOTT ANDERSEN - TODD FRIEDBACHER - CHRISTIAN LAU - NICOLAS LOCKHART - JAN Yves REMY - IAN SANDFORD, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, *cit. supra*, nota 19.

mente, pervenuta ad un modello di intesa bilaterale per l'arbitrato d'appello, costruito sui tre elementi irrinunciabili per Bruxelles, ossia *a.* la natura vincolante del sistema OMC di risoluzione delle controversie, *b.* il doppio grado di giudizio attraverso una revisione in appello, e *c.* l'indipendenza degli esperti chiamati a decidere²². Tale modello ha ottenuto un ampio sostegno politico a livello europeo: è stato appoggiato dal Consiglio dell'Unione²³ e, successivamente, dal Parlamento europeo, il quale ha dichiarato di sostenere appieno «le recenti iniziative dell'UE volte a concludere accordi provvisori con i nostri principali partner commerciali per trovare soluzioni temporanee che preservino il diritto dell'Unione alla risoluzione delle controversie commerciali in seno all'OMC mediante le due istanze vincolanti e l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri (...) ricorda[ndo] al contempo che l'obiettivo centrale della strategia dell'UE (...) [rimane] l'istituzione di un Organo di appello permanente»²⁴. Nei mesi di luglio e ottobre 2019, la Commissione ha concluso, rispettivamente, con il Canada e la Norvegia l'accordo bilaterale temporaneo per l'arbitrato d'appello²⁵.

Tuttavia, con il precipitare degli eventi – la mancata adozione, sempre a causa del veto statunitense, dei *Walker Principles* da parte del Consiglio generale dell'OMC, e, quindi, il blocco dell'Organo d'appello – l'iniziativa europea fondata sull'art. 25 del DSU ha incontrato il forte interesse di un gruppo di Membri OMC, e, in breve tempo, è stata affinata e trasforma-

²² V. SI(2019) 452, *WTO Appellate Body – Work on A Possible Interim Solution*, Brussels, 23 May 2019, a p. 2. Sulle *three EU red lines* cfr., in dottrina, JOOST PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement post 2019: What to Expect?*, in *Journal of International Economic Law*, 2019, pp. 297-321, in particolare alla nota n. 60, ove l'A. riporta la dichiarazione fatta da un funzionario dell'Unione europea durante la Conferenza, organizzata presso la sede dell'OMC a Ginevra il 24 maggio 2019 dal World Trade Institute, sul tema «WTO Appellate Review: Reform Proposals and Alternatives»: «it's very simple – three red lines, two stage process, independence of the adjudicators, and binding dispute settlement. And if we look at those three red lines, Article 25 appeal arbitration squarely fits the bill».

²³ Cfr. EU Council Conclusions 9753/19, *Outcome of the Council Meeting – 3695th Council meeting, Foreign Affairs – Trade issues*, Brussels, 27 May 2019, a p. 3; Council of the European Union, doc. 10905/19, *WTO Appellate Body – Interim Arrangement – Endorsement*, 5 July 2019; EU Council Conclusions 11255/19, *Outcome of the Council Meeting – 3708th Council meeting, Agriculture and Fisheries*, Brussels, 15 July 2019, a p. 11.

²⁴ P9 TA-PROV(2019)0083, *Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sulla crisi dell'organo di appello dell'OMC*, par. 5.

²⁵ Cfr. JOB/DSB/1/Add.11, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes – Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of Canada and the European Union, 25 July 2019 (come modificato da JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1); JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes – Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of the European Union and Norway, 21 October 2019.

ta in uno strumento multilaterale²⁶. È stato, così, concluso e notificato al Segretariato dell'OMC il *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA)²⁷, cui attualmente aderiscono 25 Membri dell'OMC²⁸, che hanno già formato il Collegio arbitrale del nuovo meccanismo, costituito da dieci tra i massimi esperti del diritto internazionale dell'economia²⁹.

L'MPIA è strutturato in tre distinte parti: la comunicazione al DSB, che contempla i principi dell'appello arbitrale, formalmente denominata «Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU»; il modello di accordo d'arbitrato, da utilizzare dalle parti in disputa, ossia le «Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X», inserite come Allegato 1 alla comunicazione; e, infine, l'insieme di regole dedicate alla composizione del Collegio arbitrale dell'MPIA, contenute nell'Allegato 2 del documento introduttivo³⁰. Considerato come una soluzione temporanea per mantenere il doppio grado di giudizio nel sistema OMC mentre si continua ad esplorare la via diplomatica per migliorare il contenzioso multilaterale preservando la funzione dell'appello³¹, l'MPIA intende sperimentare alcune innovazioni

²⁶ Su questi aspetti v. ELISA BARONCINI, *The EU and the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA) - A Contingency Tool to Save the WTO Appellate Stage*, in BRUNO BAREL - ANDREA GATTINI (a cura di), *Le prospettive dell'export italiano in tempi di sfide e crisi globali. Rischi e opportunità*, Torino, 2021, pp. 83-120, alle pp. 83-95.

²⁷ JOB/DSB/1/Add.12, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of Australia, Brazil, Canada, China, Chile, Colombia, Costa Rica, the European Union, Guatemala Hong Kong-China, Iceland, Mexico, New Zealand, Norway, Pakistan, Singapore, Switzerland, Ukraine, Uruguay, 30 April 2020. Sull'MPIA cfr. KHOLOFELO KÜGLER, *Operationalizing MPIA Appeal Arbitrations: Opportunities and Challenges*, in MANFRED ELSIG - RODRIGO POLANCO - PETER VAN DEN BOSSCHE (EDS.), *International Economic Dispute Settlement - Demise or Transformation?*, Cambridge, 2021, pp. 68-96; XIAOLING LI, *DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, pp. 461-478. Per un costante aggiornamento sui temi dell'MPIA v. il sito web Geneva Trade Platform, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA)*, https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/ (consultato il 10 giugno 2022).

²⁸ Si tratta di Australia, Benin, Brasile, Canada, Cina, Cile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Hong Kong - Cina, Islanda, Macao - Cina, Messico, Montenegro, Nicaragua, Norvegia, Nuova Zelanda, Pakistan, Perù, Singapore, Svizzera, Ucraina, Unione europea, e Uruguay.

²⁹ Cfr. la decisione dei partecipanti all'MPIA JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, Supplement, Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, 31 July 2020. I dieci arbitri dell'MPIA sono Mateo Diego-Fernández Andrade, Thomas Cottier, Locknie Hsu, Valerie Hughes, Alejandro Jara, José Alfredo Graça Lima, Claudia Orozco, Joost Pauwelyn, Penelope Ridings, e Guohua Yang.

³⁰ V. JOB/DSB/1/Add.12, *loc. cit.*

³¹ All'arbitrato d'appello si può ricorrere solo nelle «extraordinary circumstances» dell'inoperabilità del Tribunale permanente dell'OMC (JOB/DSB/1/Add.12, *loc. cit.*, p. 2), ossia «as long as the Appellate Body is not able to hear appeals of panel reports in disputes among [the participants] due to an insufficient number of Appellate Body members»

emerse nel dibattito sulla riforma del Tribunale permanente, al fine di migliorare «the procedural efficiency of appeal proceedings»³². Oltre ad ampliare il numero dei giudici – a differenza dei sette membri dell’Organo d’appello, gli *MPIA arbitrators* sono dieci – il meccanismo provvisorio prevede che i partecipanti all’arbitrato d’appello possano ulteriormente allargare la composizione del Collegio «by agreement of all participating Members at any time»³³, dando seguito ad una delle proposte presentate nel 2018 anche dall’Unione europea in seno all’OMC³⁴. Sempre per garantire tempi stretti all’attività arbitrale dell’MPIA, viene conferito agli arbitri il potere di indicare due tipi di misure alle parti in disputa. Un primo gruppo di regole ha natura vincolante: gli arbitri possono esigere da attore e convenuto di attenersi ad alcune misure organizzative, come «page limits, time limits and deadlines as well as (...) the length and number of hearings required»³⁵, per trattare compiutamente la procedura d’appello. Altre misure possono essere solo proposte dagli arbitri: ad esempio, questi ultimi possono suggerire l’esclusione degli argomenti fondati sulla violazione dell’art. 11 del DSU³⁶, disposizione che consente in sede d’appello di verificare se il *panel* abbia correttamente svolto una valutazione oggettiva della questione dinanzi ad esso sollevata, una verifica inclusiva della modalità con cui sono stati ricostruiti i fatti nel primo grado di giudizio. Infatti, l’art. 11 del DSU è stato sempre più frequentemente invocato dinanzi all’Organo d’appello dell’OMC, nell’evidente tentativo di “relitigate”³⁷ la parte in fatto nella procedura di impugnazione, laddove quest’ultima, invece, deve essere limitata alle questioni di diritto³⁸. Per superare tale prassi

(JOB/DSB/1/Add.12, *loc. ult. cit.*, par. 1, p. 2). Pertanto l’MPIA «will remain in effect only until the Appellate Body is again fully functional» (JOB/DSB/1/Add.12, *cit. supra*, nota 29, par. 15, p. 3).

³² JOB/DSB/1/Add.12, *loc. cit.*, par. 3, p. 2.

³³ *Ivi*, par. 5, p. 7.

³⁴ Al fine di «strengthen [...] the independence and impartiality of the Appellate Body (...) [and] improv[e] efficiency so as to enable it to meet the required timeframes», Bruxelles, in sede OMC, ha suggerito di rivedere l’art. 17 del DSU *a.* inserendo un unico mandato per i giudici d’appello (prolungandolo, però, tra i sei e gli otto anni), *b.* aumentando il numero dei membri del Tribunale da sette a nove giudici, e *c.* stabilendo il tempo pieno per la carica di membro dell’Organo d’appello. Cfr. WT/GC/W/753/Rev.2, *cit. supra*, nota 16, p. 1.

³⁵ V. JOB/DSB/1/Add.12, *cit. supra*, nota 29, par. 12, p. 5. Per l’analogo approccio della UE nelle sue proposte del 2018 cfr. WT/GC/W/752/Rev.2, *cit. supra*, nota 16, pp. 2 e 4.

³⁶ «If necessary in order to issue the award within the 90 day time-period, the arbitrators may also propose substantive measures to the parties, such as an exclusion of claims based on the alleged lack of an objective assessment of the facts pursuant to Article 11 of the DSU» (JOB/DSB/1/Add.12, *cit. supra*, nota 29, par. 13, p. 5).

³⁷ Cfr. IGNACIO GARCIA BERCERO, *What Do We Need a World Trade Organization for? - The Crisis of the Rule-Based Trading System and WTO Reform*, BertelsmannStiftung, 2020, nota 62, p. 33.

poco ortodossa, certo può risultare utile l'esortazione degli arbitri dell'MPIA, poiché appare complicato immaginare che gli avvocati delle parti in disputa consiglino di mantenere un argomento fondato sull'art. 11 del DSU che il Collegio giudicante ha chiesto di omettere. Il principio di economia giudiziale è ulteriormente rafforzato dal superamento dell'attuale obbligo, in sede d'impugnazione dinanzi all'Organo d'appello, di considerare ogni questione sollevata dagli appellanti³⁹: infatti, l'MPIA prevede che gli arbitri considerino «only (...) those issues that are necessary for the resolution of the dispute»⁴⁰. È chiaro l'obiettivo di evitare il superamento del termine massimo di 90 giorni per l'appello, il quale, pur previsto dall'art. 17, par. 5, del DSU, è stato sempre più spesso disatteso nella prassi dell'OMC a causa del progressivo assottigliarsi dei componenti dell'Organo d'appello, della natura sempre più complessa di ogni singola procedura d'appello, e del notevole numero di impugnazioni di *reports* dei *panels*. L'MPIA contempla, comunque, la possibilità che, su proposta degli arbitri, le parti in disputa si accordino, tra di loro e con gli *adjudicators*, per superare il termine massimo di 90 giorni per completare la procedura⁴¹.

Dall'impianto che si è tratteggiato risulta evidente che l'efficienza procedurale e l'approccio costruttivo alla fase dell'appello, limitando la discussione dell'impugnazione ai soli aspetti essenziali della controversia, sono posti nella responsabilità congiunta degli arbitri e delle parti in disputa, per la cui esecuzione ottimale l'MPIA appresta una serie di strumenti particolarmente innovativi.

Al termine della procedura d'appello dell'MPIA, gli arbitri adottano un lodo arbitrale immediatamente vincolante, che verrà presentato per la discussione dinanzi al DSB e a tutti i Consigli e/o Comitati dell'OMC che gestiscono gli Accordi di Marrakesh interpretati nell'impugnazione⁴². Il lodo arbitrale dovrà naturalmente, come tutte le soluzioni alle dispute nell'OMC, rispettare il quadro giuridico del sistema multilaterale⁴³.

³⁸ Analogamente all'art. 17, par. 6, del DSU, l'MPIA prevede che «[a]n appeal shall be limited to issues of law covered by the panel report and legal interpretations developed by the panel» (JOB/DSB/1/Add.12, *cit. supra*, nota 29, par. 9, p. 5).

³⁹ «The Appellate Body shall address each of the issues raised in accordance with paragraph 6 during the appellate proceeding» (art. 17, par. 12, del DSU).

⁴⁰ JOB/DSB/1/Add.12, *cit. supra*, nota 29, par. 10, p. 5.

⁴¹ «On a proposal from the arbitrators, the parties may agree to extend the 90 day time-period for the issuance of the award» (JOB/DSB/1/Add.12, *cit. supra*, nota 29, par. 14, p. 6).

⁴² «The parties agree to abide by the arbitration award, which shall be final. Pursuant to Article 25.3 of the DSU, the award shall be notified to (...) the DSB and to the Council or Committee of any relevant agreement» (JOB/DSB/1/Add.12, *cit. supra*, nota 29, par. 15, p. 6).

⁴³ «All solutions [to WTO disputes] (...) including arbitration awards (...) [have to] be consistent with [the WTO Agreements] and (...) not nullify or impair benefits accruing to

Al momento, l'arbitrato d'appello dell'MPIA non è ancora stato formalmente utilizzato. Tuttavia, il modello di secondo grado di giudizio che propone è stato ripreso dall'Unione europea e dalla Turchia quando hanno definito come consentire l'impugnazione del *report* del *Panel* nel caso *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*. In tale controversia, infatti, relativa alle modalità di produzione, importazione e commercializzazione di prodotti farmaceutici in Turchia, l'Unione europea ha concordato con Ankara una procedura arbitrale d'appello, fondata sull'art. 25 del DSU, che ricalca l'impianto dell'MPIA⁴⁴. Due dei tre arbitri sono stati selezionati dal Collegio arbitrale dell'MPIA⁴⁵, e il lodo arbitrale è stato fatto circolare entro il 90° giorno dall'inizio della procedura arbitrale d'appello osservando regole pressoché identiche a quelle dell'MPIA⁴⁶.

3. L'attivazione da parte dell'Unione europea dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio di ultima generazione

Il secondo pilastro della strategia dell'Unione europea consiste nell'attivazione dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie che caratterizzano gli accordi di libero scambio di nuova generazione negoziati e sottoscritti dalla UE. La Commissione può, avvalendosi di tali meccanismi, evitare che l'Unione, a causa di un appello nel vuoto di un Membro OMC, o contro un Membro dell'OMC che non abbia aderito all'MPIA, si ritrovi bloccata nella definizione di una disputa nel sistema multilaterale – anche se, naturalmente, si tratta di un obiettivo raggiungibile solo nell'ipo-

any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements» (art. 3, par. 5, del DSU).

⁴⁴ WT/DS583/10, *Turkey – Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products – Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU*, 22 March 2022.

⁴⁵ Si tratta di Mateo Diego-Fernández Andrade e Guohua Yang, mentre il terzo arbitro, Seung Wha Chang, è stato scelto tra gli ex membri dell'Organo d'appello: v. WT/DS583/13, *Turkey – Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products – Recourse to Article 25 of the DSU Constitution of the Arbitrator*, Note by the Secretariat, 4 May 2022.

⁴⁶ WT/DS583/ARB25, *Turkey – Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products (Turkey – Pharmaceutical Products (EU)) – Arbitration under Article 25 of the DSU, Award of the Arbitrators*, 25 July 2022. Su tale lodo arbitrale v. IANA DREYER, *Arbitrators Issue First Post-Appellate Body Report in Geneva*, in *Borderlex*, 26 July 2022; SIMON LESTER, *The Turkey - Pharmaceutical Products Article 25 (Appellate Review) Award*, 25 July 2022, reperibile al link <https://ielp.worldtrade-law.net/dsu-25-interim-appeals/> (consultato il 25 luglio 2022).

tesi in cui lo Stato terzo in contrasto con l'Unione abbia sottoscritto un accordo preferenziale con Bruxelles.

Il ricorso ai meccanismi bilaterali non indica affatto l'intenzione di abbandonare il quadro giuridico del sistema multilaterale: al contrario, la vasta rete di accordi preferenziali, che collega l'Europa ad ogni area del globo, è caratterizzata da disposizioni che non solo richiamano e rinviano alle regole dell'OMC, ma precisano altresì che un obbligo derivante da un accordo bilaterale, analogo ad un impegno multilaterale, debba essere applicato nel contesto regionale così come interpretato dalla giurisprudenza di *panels* ed Organo d'appello dell'OMC⁴⁷. Inoltre, gli accordi economici di ultima generazione sono dotati di clausole di coordinamento volte a scongiurare il formarsi di procedimenti paralleli, precludendo, così, l'incardinamento della stessa controversia in diversi sistemi pattizi⁴⁸. Già da

⁴⁷ Si veda, ad esempio, l'art. 29.17 dell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra Unione e Canada, rubricato «Regola generale di interpretazione»: «[i]l collegio arbitrale interpreta le disposizioni del presente accordo secondo le norme di interpretazione consuetudinarie del diritto internazionale pubblico, comprese quelle stabilite dalla *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*. Il collegio arbitrale tiene conto anche delle pertinenti interpretazioni formulate nelle relazioni dei collegi arbitrali e dell'Organo d'appello adottate dall'Organo di conciliazione dell'OMC» (Decisione n. 2017/37/Ue del Consiglio del 28 ottobre 2016 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 11 del 14 gennaio 2017, p. 1); oppure l'art. 14.16 dell'Accordo di libero scambio tra Unione e Repubblica sudcoreana, dedicato alle «Norme di interpretazione», il quale, dopo aver richiamato i medesimi canoni ermeneutici sui trattati, stabilisce che «(...) [s]e un obbligo derivante dal presente accordo è identico a un obbligo derivante dall'accordo OMC, il collegio arbitrale adotta un'interpretazione compatibile con le interpretazioni pertinenti stabilite dalle decisioni dell'Organo di conciliazione dell'OMC» (Decisione n. 2011/265/Ue del Consiglio del 16 settembre 2010 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 127 del 14 maggio 2011, p. 1); o, ancora, l'art. 21.16 dell'Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico, ove è sancito che il *panel* debba tener conto «anche delle pertinenti interpretazioni formulate nelle relazioni dei *panel* e dell'Organo di appello adottate dal DSB» (Decisione 2018/1907/Ue del Consiglio del 20 dicembre 2018 relativa alla conclusione dell'Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico, in *Gu-Ue* n. L 330 del 27 dicembre 2018, p. 1; di analogo tenore letterale è l'art. 15.21 dell'Accordo di libero scambio tra Unione europea e Vietnam, Decisione n. 2020/753/Ue del Consiglio del 30 marzo 2020 relativa alla conclusione dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, in *Gu-Ue* n. L 186 del 12 giugno 2020, p. 1). Sulla rilevanza della giurisprudenza multilaterale per gli accordi regionali v. GIORGIO SACERDOTI, *La contribution de l'Organe d'appel de l'OMC à la construction du droit international économique: système commercial multilatéral, accords régionaux, droit de l'investissement*, in *Revue générale de droit international public*, 2016, pp. 723-744.

⁴⁸ Recita l'art. 29.3 dell'Accordo CETA, intitolato «Scelta del foro»: «[i]l ricorso alle disposizioni sulla risoluzione delle controversie del presente capo lascia impregiudicata la possibilità di ricorrere alla risoluzione delle controversie a norma dell'accordo OMC o di qualunque altro accordo di cui le parti siano firmatarie. In deroga a [ciò] (...) qualora un obbligo sostanzialmente equivalente sia previsto dal presente accordo e dall'accordo OMC o da qualunque altro accordo di cui le parti siano firmatarie, una parte non può denunciare in entrambe le sedi la violazione di tale obbligo. In tal caso, una volta avviato il procedimento di risoluzione delle controversie previsto da uno degli accordi, la parte si astiene dal denunciare

questi primi elementi dell'impianto convenzionale risulta evidente l'intento dell'Unione, e dei suoi partner, di predisporre ed avvalersi di un quadro giuridico di gestione delle relazioni economiche internazionali che garantisca equità e chiarezza – e dunque omogeneità – delle regole da osservare per gli scambi e la collaborazione commerciali, assicurando il ricorso a procedure efficaci e snelle per superare le divergenze su interpretazione ed applicazione degli accordi che possano sorgere tra le Parti contraenti.

Sono essenzialmente due le tipologie di meccanismi di risoluzione delle controversie disciplinate negli accordi di libero scambio di nuova generazione della UE. Per i regimi sulla circolazione di beni e servizi, il contenzioso bilaterale si richiama al sistema dell'OMC, con il quale condivide la prima fase delle consultazioni, suscettibile di sfociare, in assenza di un'intesa mutualmente concordata tra le parti⁴⁹, in una procedura arbitrale. Il *panel* arbitrale ha il potere di adottare una decisione vincolante, e a tale lodo arbitrale le parti in disputa si devono conformare⁵⁰, pena la possibilità, per chi ha vinto la procedura, di sospendere concessioni «in misura equivalente all'annullamento o alla diminuzione dei benefici causati dalla violazione»⁵¹ dell'accordo di libero scambio (ALS) riscontrata dal collegio giudicante. Si sottolinea che negli accordi dell'Unione, non vi è, però, il doppio grado di giudizio che caratterizza il meccanismo multilaterale di risoluzione delle controversie.

Riguardo, invece, agli innovativi capitoli su commercio e sviluppo sostenibile (*Trade and Sustainable Development Chapters*, «TSD Chapters»)

la violazione di un obbligo sostanzialmente equivalente a norma dell'altro accordo, a meno che il foro scelto non riesca, per motivi procedurali o giurisdizionali diversi dalla conclusione dei lavori a norma dell'allegato 29-A, punto 20, a formulare conclusioni su tale denuncia»; cfr. anche l'art. 14.19 dell'Accordo UE/Corea, l'art. 21.27 dell'Accordo UE/Giappone, e l'art. 15.24 dell'Accordo UE/Vietnam, di simile formulazione. Sul tema del coordinamento tra le controversie negli accordi economici cfr. *inter alia* LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES, *Parallel and Overlapping Proceedings in International Economic Law: Towards an Ordered Co-existence*, in HÉLÈNE RUIZ-FABRI (Ed.), *International Law and Litigation: A Look into Procedure*, Baden-Baden, 2019, pp. 331-361; CORNELIA FURCULITA, *Fork-in-the-Road Clauses in the New EU FTAs: Addressing Conflicts of Jurisdictions with the WTO Dispute Settlement Mechanism*, in *CLEER Papers*, 2019/1; KYUNG KWAK - GABRIELLE MARCEAU, *Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 2004, pp. 83-152; LORIS MAROTTI, *Il coordinamento tra meccanismi di soluzione delle controversie negli accordi dell'Unione europea*, in GIOVANNA ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 3, pp. 33-53.

⁴⁹ «Le parti possono in qualsiasi momento pervenire a una soluzione concordata di una controversia (...) Esse notificano tale soluzione al Comitato per il commercio. Alla notifica della soluzione concordata, la procedura è chiusa» (Art. 14.13 dell'Accordo UE/Corea).

⁵⁰ «Le parti adottano le misure necessarie per conformarsi in buona fede al lodo del collegio arbitrale e si adoperano per concordare il periodo di tempo per dare esecuzione al lodo arbitrale» (art. 14.8.1 dell'Accordo UE/Corea).

⁵¹ Art. 14.11.2 dell'Accordo UE/Corea.

che contraddistinguono i *Free Trade Agreements* (FTAs) di ultima generazione della UE⁵², i meccanismi di *enforcement* non prevedono, al momento, dispositivi sanzionatori⁵³, ma incentivano considerevolmente la cooperazione delle Parti contraenti, coinvolgendo gli organi politici comuni, e quelli espressione della società civile, nella gestione del contenzioso sui delicati temi della sostenibilità. Anche la terminologia riflette l'ap-

⁵² Sui capitoli dedicati alla sostenibilità ed i relativi meccanismi di *enforcement* v. BARBARA COOREMAN - GEERT VAN CALSTER, *Trade and Sustainable Development Post-Lisbon*, in MICHAEL HAHN - GUILLAUME VAN DER LOO (EDS.), *Law and Practice of the Common Commercial Policy - The First 10 Years after the Treaty of Lisbon*, Leiden-Boston, 2020, pp. 187-205; SONDRÀ FACCIÒ, *Gli accordi commerciali dell'Unione europea e lo sviluppo sostenibile*, in ATTILA MASSIMILIANO TANZI - LUDOVICA CHIUSI CURZI - GIAN MARIA FARNELLI - ANDREA MENSÌ (a cura di), *La transizione ecologica nel commercio internazionale*, cit. supra, nota 1, pp. 59-64; GRACIA MARÍN DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, CMLR, 2020, pp. 1031-1068; JAMES HARRISON - MIRELA BARBU - LIAM CAMPLING - BEN RICHARDSON - ADRIAN SMITH, *Governing Labour Standards Through Free Trade Agreements: Limits of the European Union's Trade and Sustainable Development Chapters*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, pp. 260-277; KATEŘINA HRADILOVÁ - ONDŘEJ SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, pp. 1019-1042; AZZURRA MUCCIONE, *Il rapporto dei capitoli su "Commercio e Sviluppo Sostenibile" con la disciplina in materia commerciale*, in GIOVANNA ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, cit. supra, nota 3, pp. 235-255; NGUYEN THI NHUNG - HAI YEN TRINH, *Demystifying the Sustainable Development Chapter in the EU-Vietnam FTA*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2022, pp. 217-237; FRANCESCA ROMANIN JACUR, *The Contribution to Sustainable Development of "Megaregional" Free Trade and Investment Agreements*, in SUSANNA CAFARO (ED.), *Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*, Napoli, 2022, pp. 59-86; STEPHANIE SCHACHERER, *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Leiden-Boston, 2021, p. 225 ss.; DEMY VAN 'T WOUT, *The Enforceability of the Trade and Sustainable Development Chapters of the European Union's Free Trade Agreements*, in *Asia Europe Journal*, 2021, pp. 1-18; SUSANNA VILLANI, *Settling Disputes on TSD Chapters of EU FTAs: Recent Trends and Future Challenges in the Light of CJEU's Opinion 2/15*, in ANDREA BIONDI - GIORGIA SANGIUOLO (EDS.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations - An Agenda for an Enhanced Dialogue*, Cheltenham, 2021, pp. 107-125.

⁵³ Si sottolinea che la Commissione europea, nella sua recente Comunicazione per rafforzare il contributo degli accordi commerciali allo sviluppo sostenibile, prospetta, ma solo quale strumento di *extrema ratio*, la possibilità di colpire con sanzioni commerciali, proporzionate e temporanee, la violazione grave degli impegni fondamentali dei *TSD Chapters*, ossia quelli relativi ai diritti fondamentali dei lavoratori e all'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, che diverrebbero, così, elementi essenziali degli ALS. L'opzione proposta, molto severa, potrebbe essere esercitata solo al termine del periodo di tempo concesso alla parte soccombente per ottemperare ai suoi impegni di sostenibilità, tenendo conto anche degli esiti dei meccanismi di monitoraggio multilaterali, e dopo un ulteriore riesame da parte del Gruppo di esperti sulla condotta dello Stato inadempiente, un riesame che vedrebbe il pieno coinvolgimento della società civile. V. Com(2022)409, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta, 22 giugno 2022, pp. 12-13. Sul processo di revisione dei *TSD Chapters*, realizzato dalla Commissione anche attraverso una consultazione pubblica aperta, cfr. JANA TITIEVSKAIA, *Sustainability Provisions in EU Free Trade Agreements - Review of the European Commission Action Plan*, EPRS | European Parliamentary Research Service, November 2021. Per il testo dell'Accordo di Parigi v. United Nations, *Paris Agreement*, 12 December 2015, reperibile al link <https://www.un.org/en/climatechange/paris-agreement> (consultato il 10 luglio 2022).

proccio diplomatico e di costante dialogo e collaborazione che deve caratterizzare il confronto sul rispetto delle nuove disposizioni degli FTAs. Così, l'Unione, o lo Stato terzo che ha sottoscritto l'accordo di libero scambio, può chiedere consultazioni «su ogni questione di comune interesse»⁵⁴ relativa al *TSD Chapter*, e le parti sono tenute a compiere «ogni sforzo per giungere a una soluzione che sia soddisfacente per entrambe (...) [assicurandosi] che la soluzione sia compatibile con le attività dell'OIL [Organizzazione internazionale del lavoro] o delle organizzazioni o degli organismi ambientali multilaterali competenti»⁵⁵, investendo anche il Comitato dell'ALS per il commercio e lo sviluppo sostenibile per esaminare la questione oggetto di consultazioni⁵⁶. Se le consultazioni falliscono, la parte che ha avviato la procedura può chiedere l'istituzione di un Gruppo di esperti, il quale esamina le memorie delle parti, dispone le udienze, può chiedere informazioni, anche agli enti previsti nel *TSD Chapter*. «[P]er quanto possibile», le parti devono poi adoperarsi «per tenere conto dei pareri o delle raccomandazioni del Gruppo di esperti» contenuti nella relazione finale di quest'ultimo⁵⁷. Inoltre, «[l]a messa in atto delle raccomandazioni del gruppo di esperti è monitorata dal Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile»⁵⁸. Le regole *ad hoc* per il contenzioso degli accordi dell'Unione sulle questioni di sostenibilità pongono, quindi, un obbligo di *best efforts* per la parte la cui normativa o condotta viene considerata in contrasto con il capo su commercio, ambiente e diritti fondamentali dei lavoratori, ma non è consentita l'adozione di contromisure. Al contrario, vi è una significativa responsabilizzazione dei vari organi istituiti per gestire gli accordi di libero scambio, politici ed espressione della società civile, per superare le situazioni di attrito con nuove, più eque ed avanzate, discipline, capaci di ottemperare agli importanti impegni di sostenibilità sottoscritti dalle Parti contraenti.

Dal dicembre 2018 sono quattro i reclami introdotti dalla UE attivando i meccanismi bilaterali dei suoi accordi di libero scambio⁵⁹. La prima

⁵⁴ Art. 13.14.1 dell'Accordo UE/Corea.

⁵⁵ Art. 13.14.2 dell'Accordo UE/Corea.

⁵⁶ «Una parte, se ritiene che la questione debba essere ulteriormente esaminata, può chiedere che il Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile sia convocato per esaminare la questione presentando una domanda scritta al punto di contatto dell'altra parte. Il Comitato si riunisce sollecitamente e cerca di concordare una soluzione. La soluzione è resa pubblica, salvo diversa decisione del Comitato» (art. 13.14.3 dell'Accordo UE/Corea).

⁵⁷ Cfr. l'art. 13.15.2 dell'Accordo UE/Corea.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Sulla prassi contenziosa dell'Unione nei suoi accordi di libero scambio di ultima generazione v. il sito dedicato della Commissione europea: *Disputes under Bilateral Trade Agreements*, al link <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/bilateral-disputes/> (consultato il 30 marzo 2022).

richiesta di consultazioni, contro la Corea del Sud, è stata presentata nel dicembre del 2018, ed aveva ad oggetto il mancato rispetto degli obblighi di sostenibilità relativi ai diritti fondamentali dei lavoratori (*Korea – Labour Commitments*)⁶⁰; quindi è stata avviata la procedura contro l'Ucraina, poiché l'Unione contestava l'illegittimità delle restrizioni di Kiev all'esportazione di legname pregiato e legno grezzo (*Ukraine – Wood Export Ban*)⁶¹. Vi sono, poi, le due dispute che riguardano il continente africano: quella contro l'Unione doganale dell'Africa australe a causa delle misure di salvaguardia sull'importazione di tagli di pollo congelati dalla UE, il cui *Panel* è già stato istituito (*SACU – Poultry Safeguards*)⁶²; e il reclamo presentato contro l'Algeria, per via di una serie di misure del Paese nordafricano che ostacolano il libero scambio con l'Unione europea, rispetto al quale, invece, è pendente la richiesta dell'Unione di formare il Collegio arbitrale (*Algeria – Trade Restrictive Measures*)⁶³.

Nelle procedure contenziose appena elencate, che vedono costantemente l'Unione nella veste di parte attrice, abbiamo già due *reports*, relativi alle controversie con l'Ucraina e la Corea del Sud, molto importanti – sia per i temi trattati che per l'approccio all'*enforcement* manifestato dalle parti in disputa e dai *panels* chiamati a pronunciarsi – sui quali ci soffermeremo a breve. Preme qui subito sottolineare un tratto procedurale comune nella tipologia di contenzioso considerata, una volta raggiunta l'istituzione del *panel*, ossia l'apertura alla società civile ricorrendo all'istituto dell'*amicus curiae*. Infatti, formatosi il Collegio giudicante, le parti in disputa e il *Panel* hanno concordato le modalità di partecipazione al contenzioso, per i soggetti aventi la nazionalità di una delle due parti in disputa, attraverso la presentazione di una memoria «directly relevant to a factual or a legal issue under consideration by the arbitration panel»⁶⁴. Il documento dell'*amicus curiae*, che deve essere inviato entro circa tre settimane dalla pubblicazione dell'avviso, ha avuto un ruolo marginale nel caso *Ukraine – Wood Export Ban*. Infatti, in tale disputa è stata presentata solo

⁶⁰ Republic of Korea – compliance with obligations under Chapter 13 of the EU – Korea Free Trade Agreement, Request for Consultations by the European Union, Brussels, 17 December 2018.

⁶¹ Delegation of the European Union to Ukraine, Note verbale, 15 January 2019.

⁶² Arbitration Panel Established in the Dispute Concerning the Safeguard Measure Imposed by SACU on Imports of Poultry from the EU, Brussels, 8 December 2021.

⁶³ Delegation of the European Union to Algeria, Note verbale, 19 March 2021.

⁶⁴ Procedural Information Related to EU-Korea Dispute Settlement on Labour, 19 December 2019; Arbitration Panel Established on Ukraine's Wood Export Ban – Deadline for Submissions, 12 February 2020; Arbitration Panel Established in the Dispute Concerning the Safeguard Measure Imposed by SACU on Imports of Poultry from the EU Brussels, 8 December 2021.

una memoria, peraltro scritta in ucraino, dalla «Ukrainian Association of the Club of Rome». Tradotta in inglese, è stata inclusa dal *Panel* nella documentazione da utilizzare per redigere il suo *report*, senza, però, che nessuna delle parti in disputa vi facesse riferimento nella discussione del caso dinanzi al Collegio arbitrale⁶⁵. Invece, in *Korea – Labour Commitments*, sono state diverse le memorie presentate dalla società civile, rispetto alle quali il Gruppo di esperti ha manifestato «full regard»⁶⁶, anche senza fare espresso riferimento o identificare con precisione gli *amicus curiae* nel testo del *report* laddove il *Panel* li abbia presi in considerazione per la sua analisi del caso⁶⁷. Inoltre, con specifico riferimento al contenzioso dei *TSD Chapters*, è da sottolineare l'importante caratteristica della possibilità, per il Gruppo di esperti, di richiedere – ma anche *ricevere* – informazioni e pareri da enti, organizzazioni internazionali, e soggetti specializzati nelle norme fondamentali e negli accordi multilaterali in materia di lavoro e ambiente, in modo da affrontare la controversia ad esso affidata con informazioni complete e qualificate. Rilevante è, quindi, l'ampio coinvolgimento degli *stakeholders* nelle questioni di sostenibilità, ai quali è riconosciuta la facoltà di essere proattivi nelle dispute su commercio, ambiente, e *core labour standards*, assumendo l'autonoma iniziativa di presentare memorie ritenute utili per l'equa ed efficace gestione del caso da parte del Gruppo di esperti⁶⁸.

Prima di illustrare nei loro tratti essenziali i due *reports* tra Unione europea, Ucraina e Corea del Sud, occorre rimarcare che entrambi sono coe-

⁶⁵ *Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union (Ukraine – Wood Export Ban)*, Final Report of the Arbitration Panel established pursuant to Article 307 of the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, 11 December 2020, par. 478.

⁶⁶ *Panel of Experts Proceeding Constituted under Article 13.15 of the EU-KOREA Free Trade Agreement (Korea – Labour Commitments)*, Report of the Panel of Experts, 20 January 2021, par. 99.

⁶⁷ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 160-162, 204, 236.

⁶⁸ Cfr., ad esempio, l'art. 284, par. 5, dell'Accordo commerciale tra Unione europea, Colombia e Perù, in base al quale il Gruppo di esperti «può chiedere e ricevere comunicazioni scritte o qualsiasi altra informazione da organizzazioni, istituzioni e persone che dispongono di informazioni pertinenti o di conoscenze specializzate, comprese comunicazioni scritte o informazioni da parte delle organizzazioni e degli organismi internazionali pertinenti, sulle questioni relative alle convenzioni e agli accordi internazionali di cui agli articoli 269 e 270». A loro volta, tali disposizioni elencano i principi e le convenzioni multilaterali per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e dell'ambiente. V. Decisione n. 2012/735/UE del Consiglio del 31 maggio 2012 relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria dell'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 354 del 21 dicembre 2012, p. 1. All'Accordo trilaterale ha successivamente aderito l'Ecuador: cfr. Decisione n. 2016/2369/UE del Consiglio dell'11 novembre 2016 relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria del protocollo di adesione all'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, per tener conto dell'adesione dell'Ecuador, in *Gu-Ue* n. L 356 del 24 dicembre 2016, p. 1.

renti con le finalità espresse dalla Commissione europea nel riesame della politica commerciale comune. Infatti l'Unione, nell'approccio al contenzioso, si è costantemente adoperata per promuovere tutela ambientale, equità sociale e lavoro dignitoso⁶⁹, richiamando la giurisprudenza dell'Organo d'appello dell'OMC che «ha notevolmente rafforzato la legittimità e la prevedibilità del sistema di risoluzione delle controversie, anche prestando particolare attenzione alla tutela del diritto dei membri dell'OMC di legiferare a fini sanitari, ambientali o di altri obiettivi politici legittimi»⁷⁰, e dando seguito all'impegno annunciato nella *trade policy review* di sostenere «nelle discussioni internazionali sulle questioni commerciali e ambientali (...) un'interpretazione delle pertinenti disposizioni dell'OMC che riconosca il diritto dei membri di fornire risposte efficaci alle sfide ambientali globali, in particolare i cambiamenti climatici e la protezione della biodiversità»⁷¹.

3.1 Il report del caso *Ukraine – Wood Export Ban*

Il *report* del caso *Ukraine – Wood Export Ban* dell'11 dicembre 2020 riguardava le restrizioni all'esportazione adottate dalle autorità di Kiev nel 2005, con un bando permanente per dieci tipi di legname pregiato (tra i quali ciliegi, peri, castagni e gli alberi di noce), e nel 2015, con un divieto temporaneo di durata decennale per tutte le esportazioni di legname grezzo⁷². Si tratta della prima disputa sollevata da Bruxelles avvalendosi di un

⁶⁹ V. Com(2021)66, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Riesame della politica commerciale - Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva, Bruxelles, 18 febbraio 2021.

⁷⁰ Com(2021)66, Annex, *Riformare l'OMC: verso un sistema commerciale multilaterale sostenibile ed efficace*, Bruxelles, 18 febbraio 2021, a p. 7.

⁷¹ Com(2021)66, Annex, *Riformare l'OMC*, loc. cit., p. 5. Con specifico riferimento alla importante azione della UE su biodiversità e lavoro dignitoso v. Com(2020)380, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030 - Ripartire la natura nella nostra vita, 20 maggio 2020, e Com(2022)66, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sul lavoro dignitoso in tutto il mondo per una transizione globale giusta e una ripresa sostenibile, 23 febbraio 2022.

⁷² Sul *report* del Panel nel caso *Ukraine – Wood Export Ban* sui divieti di importazione del legname v., più diffusamente, TOBIAS DOLLE - LOURDES MEDINA, *The EU's Request for Arbitration Under the EU-Ukraine Association Agreement*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, pp. 104-110; ANZHELA MAKHINOVA - MARIIA SHULHA, *The Arbitration Panel Ruling on Ukraine's Certain Wood Restrictions under the EU-UA Association Agreement*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2021, pp. 355-362; IRYNA POLOVETS, *Report of Arbitration Panel in Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2021, pp. 1-14; VITALIY POGORETSKY, *The Arbitration Panel Report in Ukraine - Export Prohibition on Wood*

accordo preferenziale nonostante l'oggetto della controversia, riflettendo il quadro normativo dell'OMC e riguardando uno Stato che è anche membro del sistema multilaterale, si prestasse ad essere comunque considerato nell'ambito del contenzioso multilaterale. La scelta della Commissione europea, oltre ad individuare una valida alternativa alla crisi del meccanismo ginevrino di risoluzione delle controversie, riflette la valutazione politica di confrontarsi nel quadro pattizio bilaterale concordato da Unione ed Ucraina: certamente meno esposto rispetto alla ribalta del sistema multilaterale dell'OMC, l'esame delle divergenze nell'ambito dell'Accordo di associazione è suscettibile di incentivare ulteriormente una soluzione diplomatica della disputa.

La questione centrale affrontata dal *Panel* arbitrale consisteva nello stabilire se le misure attaccate dall'Unione europea fossero dei provvedimenti protezionisti a favore dell'industria ucraina della lavorazione del legno e dell'arredamento, oppure potessero essere giustificate come necessarie per la gestione sostenibile delle foreste ucraine, e utili a frenare una deforestazione intensiva, suscettibile di avere gravi conseguenze per l'ecosistema.

Riscontrato che le restrizioni all'esportazione di Kiev integravano una violazione dell'art. 35 dell'Accordo di associazione (AA) tra l'Unione europea e l'Ucraina⁷³, il *report* risulta di particolare interesse poiché interpreta l'art. 36 dell'AA, la disposizione sulle eccezioni generali agli obblighi di liberalizzazione che rinvia gli artt. XX e XXI dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) 1994⁷⁴, richiamando costantemente la giurisprudenza dei *panels* e dell'Organo d'appello dell'OMC, come richiesto dell'art. 320

Products: Lessons from the "Pegasus" of International Adjudication, in *Journal of World Investment & Trade*, 2021, pp. 732-758.

⁷³ Rubricata «Restrizioni all'importazione e all'esportazione», la disposizione in oggetto stabilisce che «Nessuna delle Parti adotta o mantiene divieti o restrizioni o misure di effetto equivalente sull'importazione di merci dell'altra Parte o sull'esportazione o sulla vendita all'esportazione di merci destinate al territorio dell'altra Parte, salvo quanto altrimenti disposto dal presente accordo o in conformità all'articolo XI del GATT 1994 e alle relative note interpretative. A questo scopo, l'articolo XI del GATT 1994 e le sue note interpretative sono incorporati nel presente accordo e ne fanno parte integrante». Per il testo dell'Accordo di associazione v. Decisione n. 2014/295/Ue del Consiglio, del 17 marzo 2014, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, per quanto riguarda il preambolo, l'articolo 1 e i titoli I, II e VII, in *Gu-Ue* n. L 161 del 29 maggio 2014, p. 1.

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 36 dell'AA «[n]essuna disposizione del presente accordo può essere interpretata come un divieto per le Parti di adottare o applicare misure conformi agli articoli XX e XXI del GATT 1994 e alle relative note interpretative che sono integrati nel presente accordo e ne fanno parte integrante».

dell'AA⁷⁵, e valorizzando ulteriormente l'impegno delle Parti contraenti a dare attuazione al principio dello sviluppo sostenibile. Il Collegio arbitrale sottolinea l'accordo di Ucraina ed Unione europea sul fatto che «the restoration of forests (...) and the preservation of rare and valuable species (...) are 'fundamental, vital and important in the highest degree'»⁷⁶.

Inoltre, esso qualifica il Capo 13 dell'AA, dedicato a «Commercio e sviluppo sostenibile», come «relevant context» per interpretare le disposizioni su «Scambi e questioni commerciali» di cui al Titolo IV dell'AA⁷⁷, e quindi valutare la necessità di un ostacolo agli scambi da giustificare⁷⁸: il *Panel* arbitrale riconosce, così, il bando del 2005 come giustificabile in base all'art. XX, lett. b), del GATT 1994 anche alla luce del diritto dell'Ucraina ad adottare, come stabilito dall'art. 290 dell'AA, una legislazione che «preveda livelli elevati di protezione dell'ambiente»⁷⁹. Il «right to regulate» espressamente codificato nel *TSD Chapter* dell'Accordo di associazione UE/Ucraina viene, quindi, opportunamente e correttamente utilizzato dal Collegio giudicante per rafforzare la tutela dei *non-trade values* nelle relazioni tra Unione ed Ucraina. Si sottolinea che l'importante approccio del *Panel* arbitrale nello stabilire che il Capo 13 dell'AA deve essere considerato come contesto rilevante anche per l'interpretazione delle disposizioni pattizie collocate in altri capitoli dell'Accordo ha anticipato – e forse ispirato? – uno dei punti d'azione individuati dalla Commissione nella nuova Comunicazione dedicata alla revisione dei *TSD Chapters*⁸⁰. Infatti, l'istituzione europea promuove l'integrazione della sostenibilità in tutto l'impianto degli ALS, e, dunque, respinge una lettura degli accordi di libero scambio che releghi la considerazione dei valori non commerciali unicamente all'interno dei capitoli dedicati a commercio e sviluppo sostenibile. Al contrario, l'applicazione diffusa e sistematica delle regole della sostenibilità deve, in primo luogo, garantire il «necessario spazio politico»⁸¹ per preservare interamente «il diritto dei Paesi di legiferare al fine di

⁷⁵ In base a tale disposizione «[s]e un obbligo derivante dal presente accordo è identico a un obbligo derivante dall'accordo OMC, il collegio arbitrale adotta un'interpretazione compatibile con l'interpretazione pertinente stabilita dalle decisioni [del DSB]».

⁷⁶ Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 308.

⁷⁷ «The Arbitration Panel is (...) persuaded that the provisions of Chapter 13 serve as relevant context for the interpretation of other provisions of Title IV, which allow the Parties to introduce or maintain measures in derogation to Article 35 of the AA, including for environmental reasons based on Article 36 of the AA in conjunction with Article XX of the GATT 1994 (...)» (Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 251).

⁷⁸ Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 332.

⁷⁹ *Ivi*, par. 374-375.

⁸⁰ Com(2022)409, *cit. supra*, nota 53, pp. 8-9.

⁸¹ Com(2022)409, *loc. cit.*, p. 8.

perseguire obiettivi legittimi relativi ad ambiente e lavoro»⁸². Inoltre, nel disciplinare ed interpretare congiuntamente le regole per le barriere non tariffarie, bisogna adoperarsi per «promuove[re] il ricorso a norme internazionali per favorire il commercio e gli investimenti nella protezione dell'ambiente, nell'efficienza delle risorse e nelle fonti energetiche rinnovabili»⁸³. Occorre, infine, agire «in modo proattivo» nella definizione degli impegni pattizi, dunque accordarsi, ad esempio, per «rendere prioritaria la liberalizzazione dei beni e dei servizi ambientali»⁸⁴.

Tuttavia, nonostante la presenza del *TSD Chapter*, e il dovere di considerarlo come contesto rilevante per l'interpretazione delle diverse disposizioni dell'Accordo di associazione, il *Panel* non ha potuto giustificare il secondo divieto all'esportazione posto dall'Ucraina, quello adottato nel 2015 ed avente ad oggetto tutto il legname grezzo. Il Collegio giudicante lo ha considerato come arbitrariamente discriminatorio. I *panelists*, infatti, hanno riscontrato che, nonostante il provvedimento di Kiev sia relativo alla preservazione delle risorse naturali, esso non possa, però, essere giustificato dall'art. XX, lett. g., del GATT 1994, in buona sostanza perché l'Ucraina, senza aver addotto alcun motivo, non è altrettanto attenta alle questioni di sostenibilità quando si tratta del commercio di legname per esigenze interne al Paese, per le quali vi è uno sfruttamento massiccio di questa risorsa naturale⁸⁵.

3.2 Il report del caso *Korea – Labour Commitments*

Nel gennaio 2021 viene pubblicato il *report* del caso *Korea – Labour Commitments*, avente ad oggetto l'interpretazione ed applicazione dell'art. 13.4.3 dell'Accordo di libero scambio tra Unione europea e Corea del Sud. La disposizione richiamata, che fa parte del Capo 13 dell'ALS, dedicato a Commercio e sviluppo sostenibile, riguarda l'impegno di Unione e Corea «a rispettare, promuovere e realizzare, nelle loro leggi e pratiche» i *core labour standards* della Dichiarazione dell'OIL del 1998 sui principi e i diritti fondamentali al lavoro, inclusi gli aggiornamenti successivi⁸⁶, nonché

⁸² Cfr. *supra*, nota 81.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 468. Sul punto v. NIKOS LAVRANOS, *WTO Rules Provide Basis for DCFTA Arbitration Ruling on Ukrainian Lumber Export Restrictions*, in *Borderlex*, 14 December 2020.

⁸⁶ Si sottolinea che il 10 giugno 2022 la Conferenza internazionale del lavoro dell'OIL ha ampliato la Dichiarazione del 1998, includendovi il principio sull'ambiente di lavoro salubre e sicuro, che va, quindi, ad affiancare la libertà di associazione ed il riconoscimento effettivo

l'obbligo «ad attuare effettivamente le Convenzioni dell'OIL che la Corea e gli Stati membri dell'Unione europea hanno rispettivamente ratificato», come pure l'impegno ad «adopera[rsi] assiduamente per ratificare le Convenzioni fondamentali dell'OIL, e le altre Convenzioni classificate dall'OIL come Convenzioni “aggiornate”»⁸⁷. La decisione della Commissione di chiedere alla Corea del Sud di entrare in consultazioni rappresenta una delle risposte alle sollecitazioni provenienti dalla società civile⁸⁸ e dal Parlamento europeo per un miglior monitoraggio ed una più soddisfacente attuazione degli impegni sulla sostenibilità previsti dall'ALS⁸⁹. Infatti, a fronte delle prove addotte sul mancato rispetto, da parte della Corea, della libertà di associazione dei lavoratori e del diritto alla contrattazione collettiva, gli esponenti della società civile dichiaravano che «it is indeed incumbent on the Commission to use the FTA to raise these issues on a formal basis with the Korean government», e che «failure of the EU to act in this case, in light of the overwhelming evidence of the breach of Article 13, would undermine the effectiveness of Sustainable Development Chapters in EU's trade Agreements, and of the EU trade policy in general»⁹⁰. Il Parlamento ribadiva le osservazioni del Forum della società civile e dei Gruppi consultivi interni, sottolineando che «i progressi compiuti dalla Corea sugli obiettivi contenuti nel Capo sul commercio e lo sviluppo sostenibile non [erano] soddisfacenti e che sussist[evano] ancora casi di violazione della libertà di associazione, compresi esempi preoccupanti di detenzione di leader dei sindacati e di interferenze nei negoziati, che invece

del diritto di contrattazione collettiva, l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato od obbligatorio, l'abolizione effettiva del lavoro dei minori, e l'eliminazione della discriminazione rispetto ad impiego ed occupazione. Cfr. ILC.110/Resolution I, *Resolution on the Inclusion of a Safe and Healthy Working Environment in the ILO's Framework of Fundamental Principles and Rights at Work*, 10 June 2022. V. anche ILO News, *International Labour Conference Adds Safety and Health to Fundamental Principles and Rights at Work, 110th International Labour Conference*, 10 June 2022, e per il testo rinnovato della Dichiarazione del 1998, *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, reperibile al link <https://www.ilo.org/declaration/lang--en/index.htm> (consultato il 30 giugno 2022).

⁸⁷ Sulla disciplina dell'OIL per la tutela dei lavoratori v. Alessandra ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro - Norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Milano, 2021, p. 21 ss.

⁸⁸ In particolare, dal Forum UE/Corea della società civile istituito dall'art. 13.13 dell'ALS, e dal Gruppo consultivo nazionale dell'Unione, facente capo sempre al medesimo Accordo.

⁸⁹ Cfr. FIDH, *EU-Korea FTA: European Commission Urged to Open Consultations on Korea Labour Failures*, 2 January 2017, reperibile al link <https://www.fidh.org/en/impacts/eu-korea-fta-european-commission-urged-to-open-consultations-on-korea> (consultato il 10 aprile 2022).

⁹⁰ *Letter to Commissioner Malmström of the Domestic Advisory Groups (DAG) under the EU-Korea FTA*, Brussels, 16 December 2016, in European Public Services Union, *EU Domestic Advisory Group (DAG) Calls on European Commission to Open Labour Consultations on Trade Union Rights pursuant to the EU-Korea FTA*, 21 December 2016, reperibile al link <https://www.epsu.org/article/eu-domestic-advisory-group-dag-calls-european-commission-open-labour-consultations-trade-0> (consultato il 10 aprile 2022).

[rientrano] (...) nell'autonomia delle parti della contrattazione», ed esortando, quindi, «la Commissione ad avviare consultazioni formali con il governo coreano, conformemente all'articolo 13, paragrafo 14 dell'Accordo, e, qualora tali consultazioni non dovessero sortire risultati, [invitava] (...) il Gruppo di esperti conformemente all'articolo 13, paragrafo 15, dell'Accordo a intervenire e a continuare il dialogo riguardo al mancato rispetto da parte del governo coreano di alcuni degli impegni assunti e in particolare a approfondire sforzi continui e sostenuti, in linea con gli obblighi sanciti dall'Accordo, allo scopo di garantire la ratifica da parte della Corea delle Convenzioni fondamentali dell'OIL che non [aveva] ancora ratificato»⁹¹.

Così, dopo aver messo a punto la sua strategia nei due *non-paper* del 2017⁹² e 2018⁹³, in cui annunciava «more assertive use of the dispute settlement procedures»⁹⁴, la Commissione attivava, nel dicembre 2018, lo speciale meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall'ALS per le questioni del Capo 13 su commercio e sviluppo sostenibile⁹⁵; e, fallite le consultazioni bilaterali con la Corea, l'istituzione europea chiedeva la formazione di un gruppo di esperti in base all'art. 13.15 dell'ALS⁹⁶. Infatti, ad avviso dell'Unione, la legislazione sudcoreana sulla nozione di lavoratore, che escludeva i lavoratori autonomi ed i disoccupati, nonché quella sull'autorizzazione all'istituzione dei sindacati e all'elezione dei suoi rappresentanti, che lasciava troppa discrezionalità alle autorità amministrative sudcoreane, e comprimeva la possibilità di scegliere liberamente i propri rappresentanti da parte degli associati, confliggevano con l'obbligo previsto dall'art. 13.4.3 dell'ALS di rispettare, promuovere e realizzare i principi fondamentali dell'OIL quali risultano dall'adesione a tale Organizzazione e della Dichiarazione sui principi e sui diritti fondamentali al lavoro del 1998. Inoltre, la Corea avrebbe violato anche la seconda frase dell'art.

⁹¹ P8 TA(2017)0225, Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2017 sull'attuazione dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Corea, par. 5.

⁹² Non-Paper of the Commission Services, *Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 11 July 2017, reperibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155686.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

⁹³ Non-Paper of the Commission Services, *Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 26 February 2018, reperibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156618.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

⁹⁴ Non-Paper of the Commission Services, *Feedback and Way Forward*, loc. cit., p. 7.

⁹⁵ *Republic of Korea – Compliance with Obligations under Chapter 13 of the EU – Korea Free Trade Agreement, Request for Consultations by the European Union*, 17 December 2018, reperibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/december/tradoc_157586.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

⁹⁶ V. European Commission, *EU Moves Ahead with Dispute Settlement over Workers' Rights in Republic of Korea*, 5 July 2019.

13.4.3, poiché non aveva ancora ratificato quattro delle Convenzioni dell'OIL qualificate come fondamentali: si tratta delle Convenzioni sul lavoro forzato (n. 29, 1930), la libertà di associazione (n. 87, 1948); il diritto alla contrattazione collettiva (n. 48, 1949); l'abolizione del lavoro forzato (n. 105, 1957)⁹⁷.

Nel *report* del gennaio 2021, il Gruppo di esperti ha riscontrato l'incompatibilità della legislazione sudcoreana con l'art. 13.4.3 dell'ALS, tranne che per la parte relativa alla verifica dei requisiti normativi da parte delle autorità amministrative preposte al rilascio della certificazione necessaria per la registrazione dei nuovi sindacati⁹⁸. In riferimento a quest'ultimo aspetto, il *Panel* ha, infatti, osservato che, anche alla luce di una sentenza del 2012 della Corte costituzionale coreana, richiamata dalla parte convenuta, la legge del Paese asiatico su sindacati e rapporti di lavoro (*Trade Union and Labour Relations Adjustment Act*, TULRAA) rispettava il diritto di libera associazione garantito costituzionalmente dalla Corea, poiché la verifica dei presupposti per la piena indipendenza dei sindacati da autorizzare, lungi dall'essere una illegittima interferenza nel principio cardine della libertà di associazione dei lavoratori, costituiva, al contrario, unicamente un *pre-screening* indispensabile proprio per sancire l'autonomia dell'unione sindacale di cui si richiedeva l'istituzione. Ciò che, invece, le parti in disputa non erano riuscite a chiarire al Gruppo di esperti era se la prassi applicativa del TULRAA rispetto alla formazione di nuovi sindacati non sfociasse in un'attività discrezionale irrispettosa del principio di libertà d'associazione.

Riscontrato che l'Unione europea non aveva dimostrato l'incompatibilità di questo aspetto della normativa sudcoreana con l'art. 13.4.3 dell'ALS, il *Panel* ha, però, significativamente chiesto che la questione «be referred to consultative bodies established under Article 13.12 of the EU-Korea FTA for continued consultations»⁹⁹. Tali *consultative bodies* sono i Gruppi consultivi interni (GCI), o *Domestic advisory groups* (DAGs), con compiti di consulenza sia in materia di ambiente che di lavoro per l'applicazione

⁹⁷ Sempre nella già ricordata 110^a sessione della Conferenza internazionale del lavoro dell'OIL, il 10 giugno 2022 sono state dichiarate fondamentali, ai sensi della Dichiarazione OIL del 1998 su principi e diritti fondamentali nel lavoro, anche le Convenzioni sulla salute e sicurezza sul lavoro (n. 155, 1981) e sul quadro promozionale per la sicurezza e la salute sul lavoro (n. 187, 2006), portando a dieci le Convenzioni OIL qualificate, per l'appunto, come fondamentali. V. ILC.110/Resolution I, *Resolution on the Inclusion of a Safe and Healthy Working Environment*, *cit. supra*, nota 86. Tutte le Convenzioni fondamentali dell'OIL, dunque anche quelle citate nel testo, sono reperibili sul sito ufficiale dell'OIL al link <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12000:0::NO::> (consultato il 10 luglio 2022).

⁹⁸ Cfr il «Summary of Findings and Recommendations» alle pp. 78-79 del Panel Report, *Korea – Labour Commitments*.

⁹⁹ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 258.

cazione del Capo sullo sviluppo sostenibile: come per tutti gli accordi di libero scambio di nuova generazione stipulati dall'Unione, detti gruppi devono essere istituiti dalle Parti contraenti dell'ALS UE/Corea in base all'art. 13.12, includendovi «organizzazioni indipendenti rappresentative della società civile, con una partecipazione equilibrata delle organizzazioni dei settori dell'ambiente, del lavoro e delle imprese e di altre parti interessate».

Va rimarcata l'importanza dell'attenzione dimostrata dal Gruppo di esperti nel valorizzare l'obbligo di collaborazione tra le Parti contraenti di cui all'art. 13.12 dell'ALS per l'applicazione concreta del Capo su commercio e sviluppo sostenibile, responsabilizzando gli organi di consulenza formati dalla società civile. Infatti, il richiamo al rispetto del dovere di collaborazione assunto da Unione europea e Corea del Sud, con il coinvolgimento dei soggetti dediti alle questioni di sostenibilità, dà autentico e corretto contenuto al «cooperation approach» concordato dalla UE con i suoi Paesi partner per l'*enforcement* dei *TSD Chapters* dei suoi accordi di ultima generazione.

Riguardo alla mancata ratifica delle quattro Convenzioni dell'OIL sopra elencate, il Gruppo di esperti ha concluso che la Corea non abbia violato l'obbligo di cui all'art. 13.4.3, «to “make continued and sustained efforts” towards ratification of the core ILO Conventions»¹⁰⁰. Al contrario, il *Panel* ha ritenuto che la parte convenuta abbia rispettato lo standard giuridico espresso dall'ultima frase della disposizione richiamata, la quale «does not impose an obligation of result but of effort»¹⁰¹, poiché l'impegno delle istituzioni sudcoreane a ratificare le Convenzioni dell'OIL, pur lento, risulta, comunque, tangibile. Pertanto, «the Panel is of the view that Korea's efforts for the past three years satisfy the legal threshold of the provisions»¹⁰².

Il *report* è stato giustamente considerato come «remarkable»¹⁰³. Infatti, riguardo alla disputa che era chiamato a risolvere, il Gruppo di esperti ha sviluppato un'attività di confronto e considerazione delle regole da applicare, come pure delle condotte da giudicare, che ha promosso un clima di collaborazione positivamente confluito *a.* nella ratifica, da parte della Co-

¹⁰⁰ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 293.

¹⁰¹ *Ivi*, par. 288.

¹⁰² Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 288.

¹⁰³ Così si esprimono MARCO BRONCKERS - GIOVANNI GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51, e condivide TONIA NOVITZ, *Sustainable Labour Conditionality in EU Free Trade Agreements? Implications of the EU-Korea Expert Panel Report*, in *EL Rev.*, 2022, pp. 3-23.

rea, di tre delle quattro Convenzioni OIL non ancora concluse¹⁰⁴, come pure *b.* nel pieno coinvolgimento del governo asiatico per il rispetto di quanto stabilito dal Gruppo di esperti¹⁰⁵. Accanto all'importante risultato politico di un esito alla fine condiviso dalle parti in disputa, il *report* del caso *Korea – Labour Commitments* è ragguardevole per il rigoroso quadro giuridico interpretativo che stabilisce per definire la portata delle disposizioni del Capo su commercio e sviluppo sostenibile dell'ALS, come pure per l'affermazione della forza vincolante degli impegni a rispettare i principi dell'OIL e ad «adopera[rsi] assiduamente per ratificare le Convenzioni fondamentali dell'OIL e le altre Convenzioni, classificate dell'OIL come Convenzioni “aggiornate”», un risultato ermeneutico non dato per scontato nel dibattito tra gli esperti.

Riguardo al quadro interpretativo, il Gruppo di esperti esordisce collocando con la massima chiarezza le disposizioni del Capo 13 dell'ALS di cui deve definire la portata nell'ordinamento giuridico internazionale in quanto fonti vincolanti pattizie, rigettando la loro qualificazione come esempi di *soft law*. Come anche concordato dalle parti in disputa, «[t]o the extent that it is mandated to clarify and elucidate the meaning of relevant provisions of Chapter 13 of the EU-Korea FTA, the Panel is obligated to follow and apply the general rules of treaty interpretation (...) as set out in Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (the “VCLT”）」¹⁰⁶. Quindi, il Gruppo di esperti richiama l'art. 31 della Convenzione di Vienna¹⁰⁷ e la giurisprudenza internazionale che lo ha significativamente interpretato – Corte internazionale di giustizia, Organo d'Appello e *panels* dell'OMC, giurisprudenza arbitrale internazionale¹⁰⁸ – affermando che «[t]he Panel is mindful of the prevailing jurisprudence on Article 31, which requires a holistic approach based on examining the ordinary meaning of the terms together with their context in light of the object and purpose of the treaty, all under the rubric of good faith»¹⁰⁹, e ri-

¹⁰⁴ Le tre Convenzioni OIL ratificate dalla Corea del Sud dopo il *report* del gennaio 2021 sono la C29 sul Lavoro forzato, la C87 sulla libertà di associazione, e la C98 sul diritto alla contrattazione collettiva; mentre la C105 sull'abolizione del lavoro forzato deve ancora essere conclusa. Cfr. European Economic and Social Committee, *EU-Korea DAG Follows the Developments in South Korea Subsequent to the Report of the Panel of Experts and South Korea's Ratification of ILO Conventions*, 24 November 2021.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 42.

¹⁰⁷ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, done at Vienna on 23 May 1969, *UNTS*, 1980, Vol. 1155, p. 331.

¹⁰⁸ V. la giurisprudenza internazionale citata alla nota 9 del Panel Report *Korea – Labour Commitments*.

¹⁰⁹ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 46.

cordando come «[a] disproportionate reliance on one particular element may yield a misplaced or inaccurate interpretation»¹¹⁰.

Quindi, il Gruppo di esperti prosegue nell'analisi della portata dell'art. 13.4.3 dell'ALS, e giunge alla conclusione che gli obblighi ivi espressi a proposito dei diritti fondamentali dei lavoratori e della ratifica delle Convenzioni più importanti dell'OIL sono impegni pattizi vincolanti, e non generiche statuizioni di *soft law*, che impedirebbero di andare a sindacare con puntualità la condotta di chi le ha sottoscritte. A fronte dell'affermazione sudcoreana che il verbo «commit to»¹¹¹, considerato nel suo significato ordinario, «appears to imply an inspiration»¹¹², il *Panel*, invece, «finds that the ordinary meaning of “commit to” (...) is “to bind oneself to a course of action”» con la conseguenza che «this represents a *legally binding obligation of commitment* to respecting, promoting and realising the obligations arising from membership of the ILO and the 1998 ILO Declaration in relation to the principles concerning the fundamental rights»¹¹³. Inoltre, il Gruppo di esperti non solo ha considerato vincolanti gli impegni assunti nella disposizione richiamata, ma ha dato loro significativo spessore, applicando il principio di integrazione sistemica di cui all'art. 31, par. 3, lett. c., della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati nel definire la portata di vocaboli e nozioni scelti dai negoziatori per redigere le norme dell'ALS. In particolare, per interpretare la portata del principio della libertà di associazione, il *Panel* richiama la prassi interpretativa di principi e Convenzioni dell'OIL realizzata dal Comitato sulla libertà di associazione dell'Organizzazione specializzata delle Nazioni Unite, nonché il significato che le espressioni utilizzate dall'art. 13.4.3 dell'ALS hanno nel diritto internazionale dei diritti fondamentali, oltre alla dottrina internazionalistica rilevante sui temi affrontati: «[t]he relevant ordinary meaning of “respect” is to “show respect for (...) refrain from injuring, harming, insulting, interfering with, or interrupting” (...) so a commitment to respecting the principles relating to the right to freedom of association refers to the negative obligation not to injure, harm, insult, interfere with or interrupt freedom of association. *It is also appropriate to have regard to the meaning of ‘respect’ in international human rights law.* The UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights places an obligation on

¹¹⁰ Cfr. *supra*, nota 109.

¹¹¹ Nella versione italiana «commit to» viene reso con l'espressione «si impegnano a rispettare, promuovere, realizzare, nelle loro leggi e pratiche, i principi su cui si basano i diritti fondamentali» (art. 13.4.3 dell'ALS).

¹¹² Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 125.

¹¹³ *Ivi*, par. 127, corsivo aggiunto.

States to (...) “refrain from interfering with the enjoyment” of the rights»¹¹⁴.

A proposito, poi, della conclusione delle Convenzioni fondamentali dell’OIL, il Gruppo di esperti respinge con la massima fermezza la lettura sudcoreana dell’impegno a compiere «continued and sustained efforts towards ratifying the fundamental ILO Conventions» come «a lower level of legal obligation», poiché introdotto dal verbo modale «will» anziché «shall»: «Korea’s argument that the last sentence of Article 13.4.3 means that a Party is permitted to simply maintain the status quo or only to make minimal efforts is difficult to reconcile with the ordinary meaning of the terms of the provision. In the Panel’s opinion, to ‘make continued and sustained efforts’ means to take steps forward: *standing still, or something akin to that, is not to be countenanced*»¹¹⁵. Venendo, quindi, a definire la sostanza dell’impegno a compiere «continued and sustained efforts», il Gruppo di esperti introduce un elemento di flessibilità, qualificando la «legally binding obligation» di cui all’art. 13.4.3 dell’ALS come «an obligation of “best endeavours” (...) [the] textual language accords the Parties a certain leeway in selecting specific ways of making such required efforts (...) the standard against which the Parties are to be measured is higher than undertaking merely minimal steps or none at all, and lower than a requirement to explore and mobilise all measures available at all times»¹¹⁶.

4. Le misure unilaterali dell’Unione europea

Il terzo elemento della strategia europea per rispettare e promuovere la *rule of law* internazionale negli scambi mondiali è il rafforzamento degli strumenti unilaterali, cui ricorrere come *extrema ratio* laddove non sia possibile raggiungere un esito positivo avvalendosi del contenzioso multilaterale o bilaterale, a causa dell’atteggiamento ostruzionistico della controparte, non disponibile ad esperire i meccanismi concordati, o inottemperante rispetto al risultato ottenuto ricorrendo alle procedure sulla soluzione delle controversie.

Parallelamente all’alacre attività per scongiurare il blocco dell’Organo d’appello dell’OMC – attraverso uno strumento temporaneo quale l’MPIA, o, comunque, le soluzioni arbitrali sempre impennate sull’art. 25 del DSU – e all’attivazione dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controver-

¹¹⁴ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 131, corsivo aggiunto.

¹¹⁵ *Ivi*, par. 272, corsivo aggiunto.

¹¹⁶ *Ivi*, par. 274 e 277.

sie degli accordi di libero scambio, l'Unione avviava, nel dicembre 2019, la procedura legislativa per rafforzare il c.d. *Enforcement Regulation*¹¹⁷. Il nuovo Regolamento (Ue) n. 2021/167, adottato da Parlamento europeo e Consiglio il 10 febbraio 2021, prevede quindi la possibilità, per l'Unione, «di sospendere in tempi rapidi le concessioni o altri obblighi derivanti dagli accordi commerciali internazionali, compresi gli accordi regionali o bilaterali, nel caso in cui il ricorso effettivo a una risoluzione delle controversie vincolante non sia possibile in quanto il paese terzo non contribuisce a rendere possibile tale ricorso»¹¹⁸. Infatti, «se un appello a norma dell'articolo 17 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC non si può completare e se il paese terzo non ha acconsentito a un accordo provvisorio in materia di arbitrato d'appello a norma dell'articolo 25 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC»¹¹⁹, la Commissione può adottare appropriate misure di politica commerciale per salvaguardare gli interessi dell'Unione. Lo stesso può accadere «nelle controversie commerciali relative ad altri accordi commerciali internazionali, compresi gli accordi regionali o bilaterali, se non è possibile ricorrere allo strumento della risoluzione delle controversie in quanto il paese terzo non intraprende le azioni necessarie perché una procedura di risoluzione delle controversie possa funzionare, anche rinviando indebitamente la procedura, il che equivale a non cooperare al processo»¹²⁰, situazione che si può verificare, ad esempio, laddove, «il paese terzo non designi un arbitro e non esista un meccanismo alternativo che consenta comunque di procedere alla risoluzione delle controversie»¹²¹.

Nella Relazione di accompagnamento alla proposta di revisione dell'*Enforcement Regulation*, la Commissione giustifica l'inserimento di nuove motivazioni per ricorrere a contromisure richiamando l'art. 52, par. 4, del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazio-

¹¹⁷ Com(2019)623, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del Regolamento (Ue) n. 654/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'esercizio dei diritti dell'Unione per l'applicazione e il rispetto delle norme commerciali internazionali, Bruxelles, 12 Dicembre 2019.

¹¹⁸ Sesto *considerando* del Regolamento (Ue) n. 2021/167 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 recante modifica del Regolamento (Ue) n. 654/2014, relativo all'esercizio dei diritti dell'Unione per l'applicazione e il rispetto delle norme commerciali internazionali, in *Gu-Ue* n. L 49 del 12 febbraio 2021, p. 1. Sul Regolamento (Ue) n. 2021/167 cfr. GIOVANNA ADINOLFI, *Regime failure e contromisure unilaterali: la modifica dell'enforcement regulation dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2021, pp. 319-352.

¹¹⁹ Art. 3, lett. *a. bis*, del Regolamento (Ue) n. 654/2014, come modificato dal Regolamento (Ue) 2021/167.

¹²⁰ Art. 3, lett. *b. bis*, del Regolamento (Ue) n. 654/2014, come modificato dal Regolamento (Ue) n. 2021/167.

¹²¹ Com(2019)623, *loc. cit.*, p. 2.

nalmente illeciti, adottato dalla Commissione di diritto internazionale nell'agosto 2001¹²² e fatto proprio dall'Assemblea generale dell'ONU nel dicembre dello stesso anno¹²³. Infatti, la condizione indicata dalla disposizione richiamata del Progetto di articoli del 2001 per poter adottare contromisure anche in presenza di un sistema vincolante per la definizione delle dispute – ossia che «la parte responsabile non collabori in buona fede nelle procedure di risoluzione delle controversie, impedendo in tal modo alla parte lesa di completarle»¹²⁴ – è suscettibile di manifestarsi con diverse modalità, come indicato dalla stessa Commissione di diritto internazionale, «ranging from an initial refusal to cooperate in the procedure, for example by non-appearance, through non-compliance with a provisional measures order, whether or not it is formally binding, through to refusal to accept the final decision of the court or tribunal»¹²⁵, includendo «situations where a State party fails to cooperate in the establishment of the relevant tribunal or fails to appear before the tribunal once it is established»¹²⁶. Si tratta di circostanze che riflettono la violazione del principio di buona fede nella condotta in una procedura contenziosa posta dall'Unione alla base del rinnovato *Enforcement Regulation* per l'adozione di contromisure.

Analoga attenzione al pieno rispetto del diritto internazionale viene data dalle istituzioni europee nelle discussioni per l'adozione della nuova proposta di uno strumento dell'Unione che contrasti le misure di coercizione economica degli Stati terzi, situazione che si verifica «qualora un paese terzo, mediante misure che incidono sugli scambi o sugli investimenti, intenda costringere l'Unione o uno Stato membro ad adottare o ad astenersi dall'adottare un determinato atto»¹²⁷, dunque anche a compiere, o

¹²² Doc. A/56/10, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, Official Records of the General Assembly*, Fifty-sixth session, Supplement No. 10, pp. 26-30.

¹²³ A/RES/56/83, *Resolution adopted by the General Assembly - Responsibility of States for internationally wrongful acts*, 12 December 2001. Sulle contromisure nel diritto internazionale cfr. DENIS ALLAND, *The Definition of Countermeasures*, in JAMES CRAWFORD - ALAIN PELLET - SIMON OLLESON, (EDS.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, pp. 1127-1136; CARLO FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano, 1994; ALESSANDRA GIANELLI, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Milano, 1997; FEDERICA PADDEU, *Countermeasures*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2015; ATTILA TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, 2021, p. 431 ss.

¹²⁴ Com(2019)623, *cit. supra*, nota 117, p. 5.

¹²⁵ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – General Commentary*, in Doc. A/56/10, *loc. cit.*, pp. 31-143, a p. 137.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Cfr. Com(2021)775, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione dell'Unione e dei suoi Stati membri dalla coercizione economica da parte di paesi terzi*, Bruxelles, 12 dicembre 2021, art. 1, par. 1, a p. 15.

astenersi dal compiere, «una particolare scelta politica»¹²⁸. Dopo la dichiarazione congiunta di Parlamento, Consiglio e Commissione, compiuta avviando i lavori per dotare la UE, in tempi stretti, di un *anti-coercion instrument* (ACI) e nella quale si è ribadito che «[l]’Unione mantiene il suo impegno a favore di un approccio multilaterale alla risoluzione internazionale delle controversie, del commercio basato su regole e della cooperazione internazionale per conseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite»¹²⁹, la Commissione, sia nella proposta che in tutti i documenti ufficiali di presentazione del Regolamento per contrastare la coercizione economica dei Paesi terzi, ha costantemente dichiarato l’esigenza di redigere, e quindi successivamente applicare, il nuovo strumento della UE nel pieno rispetto dell’ordinamento giuridico internazionale. Così, la proposta per il nuovo Regolamento UE esordisce affermando che «[q]ualsiasi azione intrapresa a norma del presente regolamento è coerente con gli obblighi dell’Unione ai sensi del diritto internazionale ed è condotta nel contesto dei principi e degli obiettivi dell’azione esterna dell’Unione»¹³⁰, e, puntando chiaramente all’effetto di deterrenza come principale finalità della nuova disciplina, indica il ricorso alle contromisure come una opzione estrema, di «last resort»¹³¹.

5. Il coinvolgimento della società civile, il *Chief Trade Enforcement Officer*, e il *Single Entry Point*

Il grande sforzo messo in campo dall’Unione per promuovere il pieno rispetto degli impegni internazionali sulla liberalizzazione degli scambi e la sostenibilità vede il sistematico coinvolgimento dei soggetti portatori di interesse, più in generale della società civile, nella definizione di strategie e strumenti, e nella loro attuazione. Infatti, oltre a richiederne il parere per

¹²⁸ Com(2021)775, *cit. supra*, nota 127, *Relazione introduttiva della Commissione europea*, p. 1.

¹²⁹ Dichiarazione del Parlamento, del Consiglio e della Commissione, in *Gu-Ue* n. C 49 del 12 febbraio 2021, p. 2.

¹³⁰ Com(2021)775, *loc. cit.*, art. 1, par. 2, p. 16.

¹³¹ Cfr. Com(2021)775, *loc. ult. cit.*, *Relazione introduttiva della Commissione europea*, pp. 1-10, e il 15° *considerando* del preambolo della proposta di Regolamento, il quale recita: «[l]’Unione dovrebbe istituire contromisure solo nel caso in cui altri mezzi, quali i negoziati, la mediazione o il procedimento aggudicativo, non portino alla cessazione immediata ed effettiva della coercizione economica e alla riparazione del pregiudizio causato all’Unione o ai suoi Stati membri, e qualora sia necessario agire per tutelare gli interessi e i diritti dell’Unione e dei suoi Stati membri e ciò sia nell’interesse dell’Unione. È opportuno che il regolamento stabilisca le norme e le procedure applicabili per l’istituzione e l’applicazione di misure di risposta dell’Unione e consenta un’azione rapida ove necessario per preservare l’efficacia di tali misure», pp. 13-14.

la formulazione di proposte di strumenti autonomi¹³², posizioni da assumere durante i negoziati¹³³, o modalità per riesaminare e rafforzare misure e politiche già esistenti¹³⁴, ora la Commissione intende coinvolgere significativamente operatori economici e società civile anche nella fase di *enforcement* degli accordi economici, come pure per monitorare il rispetto, da parte dei Paesi in via di sviluppo (PVS), delle Convenzioni internazionali sui diritti umani e del lavoro, sulla tutela dell'ambiente e per il buon governo, che sono alla base dell'ampio ventaglio di preferenze tariffarie concesso dall'Unione per mezzo del Regolamento (Ue) n. 978/2012, il quale disciplina, altresì, il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo dei PVS (SPG+)¹³⁵.

Sotto il profilo dell'incentivazione al pieno rispetto di trattati ed impegni, si segnala la nomina, nel luglio 2020, del *Chief Trade Enforcement Officer* (CTEO), l'alto funzionario della Commissione europea responsabile del monitoraggio e della piena e corretta applicazione degli accordi di diritto internazionale dell'economia di cui l'Unione è Parte contraente, e

¹³² V., ad esempio, le consultazioni aperte per definire come formulare l'ACI: *European Commission, Strengthening the EU's Autonomy – Commission Seeks Input on a New Anti-Coercion Instrument*, 23 March 2021 (documenti prodotti per e durante le consultazioni reperibili al link https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12803-Commercio-meccanismo-per-scoraggiare-e-contrastare-le-azioni-coercitive-di-paesi-terzi_it, consultato il 10 aprile 2022).

¹³³ Molto note sono le consultazioni pubbliche organizzate per definire la posizione dell'Unione europea ai negoziati con gli Stati Uniti sulla proposta per il Partenariato transatlantico su commercio e investimenti (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) a proposito del capitolo sugli investimenti: v. European Commission, *Commission to Consult European Public on Provisions in EU-US Trade Deal on Investment and Investor-State Dispute Settlement*, 21 January 2014.

¹³⁴ Cfr., da ultimo, il coinvolgimento della società civile per la revisione del Piano d'azione della Commissione europea in 15 punti su commercio e sviluppo sostenibile, conclusosi il 5 novembre scorso: European Commission, *Open Public Consultation on the Trade and Sustainable Development (TSD) Review*, 22 July 2021 (notizia sull'avvio della consultazione pubblica e documenti presentati dalla società civile reperibili al link https://policy.trade.ec.europa.eu/consultations/open-public-consultation-trade-and-sustainable-development-tds-review_en, visitato il 16 luglio 2022).

¹³⁵ Regolamento (Ue) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il Regolamento (Ce) n. 732/2008 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 303 del 31 ottobre 2012, p. 1. L'elenco delle Convenzioni essenziali ONU/OIL sui diritti umani e sul diritto del lavoro e delle Convenzioni relative ai principi ambientali e di buon governo è contenuto nell'Allegato VIII del Regolamento SPG. Nella proposta per il nuovo Regolamento SPG, la Commissione amplia tale elenco includendovi la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, il Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, la Convenzione n. 81 dell'OIL sull'ispezione del lavoro, la Convenzione n. 144 dell'OIL concernente le consultazioni tripartite, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, e l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici del 2015: cfr. Com(2021)579, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, Bruxelles, 22 settembre 2021, *considerando* n. 11, p. 18.

degli elementi di sostenibilità presenti nel regime SPG+¹³⁶. Per consentire al CTEO di svolgere con tempestività, efficacia ed inclusività la sua attività, è stato predisposto, nel novembre 2020, il *Single Entry Point* (SEP), un sito web dedicato istitutivo di uno Sportello unico centralizzato¹³⁷ attraverso il quale le imprese registrate all'interno dell'Unione, o che ivi abbiano l'amministrazione centrale, oppure la sede principale di lavoro, le associazioni d'impresa e dei datori di lavoro, i sindacati, oltre agli Stati membri dell'UE, possono depositare un reclamo fondato sul mancato rispetto, da parte di un Paese terzo, di un impegno pattizio sottoscritto con l'UE, ascrivibile al diritto OMC oppure a quello di un accordo preferenziale, che comprometta l'accesso al mercato di quel Paese, come pure l'inesecuzione degli impegni sulla sostenibilità contemplati nei *TSD Chapters* e nel regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo SPG+¹³⁸.

Proprio con particolare riferimento ai capitoli su commercio e sviluppo sostenibile, il *TSD complaint* può essere presentato anche dalle organizzazioni non governative (ONG) costituite in base alle normative degli Stati membri, dai *Domestic Advisory Groups* o Gruppi consultivi interni creati negli accordi di libero scambio di nuova generazione dell'Unione, come pure da semplici cittadini di uno Stato membro o residenti permanenti in tale Stato¹³⁹. In particolare, i vari soggetti sopra elencati, avvalendosi del SEP, possono presentare anche una denuncia collettiva, e dunque aggregare le loro diverse competenze e conoscenze per offrire al CTEO un'analisi quanto più possibile solida, convincente e ben articolata sul mancato rispetto di un elemento del *TSD Chapter* da parte di uno Stato terzo¹⁴⁰. Le linee guida operative raccomandano la previa interazione tra Commissione e soggetto intenzionato a presentare il *TSD complaint*, proprio al fine di consentire ai servizi dell'istituzione europea di disporre di una denuncia persuasiva «guidando» i soggetti intenzionati a presentare un reclamo nella raccolta e nella ricognizione di dati e notizie, e quindi nella

¹³⁶ Il primo CTEO ad essere nominato dalla Commissione europea è Denis Redonnet: cfr. European Commission Press Release, *European Commission Appoints its First Chief Trade Enforcement Officer*, 24 July 2020. Sulle funzioni del CTEO v. il documento European Commission, *Chief Trade Enforcement Officer*, al link https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/chief-trade-enforcement-officer_en (consultato il 16 luglio 2022).

¹³⁷ V. European Commission, DG Trade, *Access2Markets*, al link <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/contact-form#contact> (consultato il 10 marzo 2022).

¹³⁸ Cfr. European Commission, *Working Approaches to the Enforcement and Implementation Work of DG Trade*, 16 novembre 2020.

¹³⁹ Per questi aspetti v. European Commission, *Operating Guidelines for the Single Entry Point and Complaints Mechanism for the Enforcement of EU Trade Agreements and Arrangements*, 22 giugno 2022, sezione 2 «Who can submit a complaint», pp. 1-2.

¹⁴⁰ European Commission, *Operating Guidelines for the Single Entry Point*, *loc. cit.*, p. 2.

costruzione di un documento efficace¹⁴¹. Il lavoro congiunto tra Commissione e denunciante prosegue anche successivamente al deposito della denuncia, con l' articolato obiettivo di individuare: la corretta base giuridica per il reclamo; l' importanza della natura degli impegni che si ritengono inattuati e la serietà delle violazioni asserite valutando scrupolosamente le conseguenze negative per l' ambiente ed i lavoratori nel Paese partner dell' Unione e, laddove rilevanti, anche quelle economiche per gli operatori dell' UE che commercino o investano nel Paese terzo; e l' impatto sistemico che la trattazione del caso sollevato è suscettibile di avere, concretamente nel Paese partner e, più in generale, in termini di cambiamento trainante sul rispetto delle questioni di sostenibilità prospettate¹⁴².

Pertanto, il meccanismo del SEP prevede di tenere costantemente informato il denunciante sulla trattazione del suo reclamo. La Commissione, a seconda degli elementi a sua disposizione e delle più generali considerazioni per l' attuazione dei valori dell' azione internazionale dell' Unione, valuterà se avvalersi di mezzi diplomatici, acquisendo anche le relazioni degli organismi internazionali di monitoraggio delle Convenzioni e dei principi di sostenibilità che sono oggetto di indagine, presso l' Organizzazione internazionale del lavoro, le Nazioni Unite, i segretariati degli Accordi multilaterali dedicati all' ambiente. Quindi, l' istituzione europea considererà se proseguire accedendo al contenzioso multilaterale dell' OMC, oppure ai meccanismi bilaterali degli accordi di libero scambio. Infine, laddove il contenzioso non si risolva positivamente, occorrerà riflettere sull' opportunità di ricorrere all' opzione più severa dell' attivazione di misure unilaterali¹⁴³.

Una caratteristica fondamentale dei *TSD complaints* presentabili attraverso lo Sportello unico centralizzato è la possibilità di far partecipare alla denuncia anche persone, enti ed organizzazioni del Paese partner dell' Unione il cui mancato rispetto degli impegni di sostenibilità costituisce l' oggetto del reclamo. Posto che, naturalmente, vi sia un denunciante che fa capo ai vari soggetti collegati all' Unione sopra elencati, persone, organizzazioni non governative, sindacati, associazioni del Paese terzo, che si occupano di lavoro e ambiente, possono far rappresentare all' attore basato nella UE le loro istanze sulla non attuazione degli obblighi di sostenibilità da parte di tale Paese, a condizione che il reclamante li identifichi in modo

¹⁴¹ V. *supra*, nota 140, pp. 2-4; si veda anche l' Allegato 2 delle linee guida operative della Commissione: *Annex 2: Practical Guide to Filling out the TSD/GSP Complaint Form*, p. 11.

¹⁴² V. European Commission, *Working Approaches to the Enforcement and Implementation Work of DG Trade*, *cit. supra*, nota 138, p. 3.

¹⁴³ Cfr. European Commission, *Operating Guidelines for the Single Entry Point and Complaints Mechanism for the Enforcement of EU Trade Agreements and Arrangements*, *cit. supra*, nota 139, pp. 4-5; *Annex 2: Practical Guide to Filling out the TSD/GSP Complaint Form*, p. 13.

completo nella sua denuncia¹⁴⁴. Attraverso il SEP, pertanto, e la nuova figura istituzionale del CTEO, anche la società civile dei Paesi partner dell'Unione, accanto a quella europea, può divenire protagonista dell'*enforcement* delle regole del «quadro globale» per la cooperazione e lo sviluppo economico sostenibile – quadro globale che la Commissione, nella sua recente Comunicazione sul potere dei partenariati commerciali, considera come composto dall'Agenda 2030, dagli Accordi multilaterali per la protezione dell'ambiente, dalle Convenzioni fondamentali dell'OIL per la tutela dei lavoratori, e dall'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici¹⁴⁵.

Riguardo alla tempistica per la gestione dei *TSD complaints*, i servizi della Commissione prevedono, quale regola generale, che venga dato riscontro della ricezione del reclamo entro dieci giorni lavorativi dalla sua presentazione attraverso il SEP, cui segue un primo resoconto sulla denuncia entro 20 giorni da tale riscontro formale, e la finalizzazione della valutazione preliminare del reclamo entro 120 giorni lavorativi, valutazione in cui la Commissione parimenti identificherà i successivi passaggi che intende intraprendere. Il periodo dei 120 giorni può essere comunque interrotto laddove si richiedano ulteriori informazioni al soggetto denunciante, oppure ad una «international intergovernmental organisation with expertise for the investigation»¹⁴⁶, indicazione, quest'ultima, che conferma la centralità della cooperazione e della concertazione nella promozione dell'agenda internazionale dell'Unione.

¹⁴⁴ «Potential complainants must provide information about whether they are acting exclusively on their own behalf or if they are representing other interests as well, including interests of *similar entities or organisations located in the partner country*. In the latter case, they shall fully disclose the identity of that other person/company/association/entity, which shall remain confidential as indicated under section 6» (European Commission, *Operating Guidelines for the Single Entry Point and Complaints Mechanism for the Enforcement of EU Trade Agreements and Arrangements*, *cit. supra*, nota 139, p. 2, corsivo aggiunto); «[t]he Commission is aware that EU-based NGOs often cooperate with *NGOs/ natural persons in third countries*. If this is the case, the Commission asks the complainant(s) to disclose any such cooperation and provide *an appropriate level of information concerning them*. This will be treated as part of the confidential information described in section 6 of the SEP Operating Guidelines» (*Annex 2: Practical Guide to Filling out the TSD/GSP Complaint Form*, p. 11, corsivo aggiunto, *cit. supra*, nota 141).

¹⁴⁵ V. Com(2022)409, *cit. supra*, nota 53, p. 2. Sul ruolo della società civile e sull'attività svolta dal CTEO nel suo primo anno di mandato cfr. Com(2021)654, Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'attuazione e sull'applicazione degli accordi commerciali dell'UE, Bruxelles, 27 ottobre 2021.

¹⁴⁶ Così *Annex 2: Practical Guide to Filling out the TSD/GSP Complaint Form*, pp. 13-14, *loc. cit.*

5.1 Il primo *TSD complaint* presentato da una ONG europea insieme ai sindacati di Paesi terzi avvalendosi del SEP: il caso dei lavoratori delle miniere in Colombia e Perù

Il 17 maggio 2022 una ONG olandese, CNV Internationaal, dedita alla tutela dei diritti dei lavoratori¹⁴⁷, ha presentato il primo reclamo su commercio e sviluppo sostenibile avvalendosi del meccanismo SEP, per lamentare il mancato rispetto, da parte di Colombia e Perù, del *TSD Chapter* dell'Accordo commerciale con l'Unione europea¹⁴⁸. Il caso è di grande interesse anche perché la CNV Internationaal ha depositato la sua denuncia in supporto di tre sindacati latino-americani, due colombiani ed uno peruviano¹⁴⁹, e per via delle basi giuridiche poste a fondamento della sua iniziativa, tutte contemplate nel titolo IX dell'ALS, e che riguardano anche l'esercizio responsabile delle attività economiche da parte di imprenditori e società private, e, dunque, del loro rispetto dello standard della *due diligence* con riferimento ai diritti fondamentali¹⁵⁰.

Salutato con grande favore dallo stesso CTEO¹⁵¹, questo primo *TSD complaint* vede i sindacati di Colombia e Perù puntare il dito contro la prassi dei lavoratori in subappalto che caratterizza l'attività estrattiva nelle miniere dei due Paesi dell'America meridionale, miniere di proprietà della multinazionale svizzera Glencore. Infatti, nonostante la società elvetica dichiari sul suo sito web di rispettare, anche nei subappalti, le Convenzioni fondamentali dell'OIL e la Dichiarazione sui principi e sui diritti fonda-

¹⁴⁷ Cfr. CNV Internationaal, *Our Work*, reperibile al link <https://www.cnvinternationaal.nl/en/our-work> (consultato il 16 luglio 2022).

¹⁴⁸ Per i riferimenti di tale ALS e la successiva adesione dell'Ecuador v. *supra*, nota 69.

¹⁴⁹ Complaint - Single Entry Point, *On Non-Compliance by the Colombian and Peruvian Governments of Chapter IX, on Sustainable Development, of the Trade Agreement with the European Union*, Submitted by: CNV Internationaal, in support of the Trade Unions: Sintracarbon, Sintracarrejón and Union of Metallurgical Mining Workers of Andaychagua Volcan Mining Company and of the Specialised Companies, Contractors and Intermediary Companies that provide services to Volcan Mining Company – Andaychagua; Submitted to: Chief Trade Enforcement Officer CTEO, 17 May 2022, reperibile al link <https://www.cnvinternationaal.nl/en/our-work/news/2022/may/subcontracting-a-major-breach-of-labour-rights-in-eu-trade-agreements> (consultato il 30 maggio 2022)

¹⁵⁰ V. CNV Internationaal, *Subcontracting: A Major Breach of Labour Rights in EU Trade Agreements*, 16.05.2022. Sulla *due diligence* nel diritto internazionale cfr., *inter alia*, HEIKE KRIEGER - ANNE PETERS - LEONHARD KREUZER (EDS.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020; ALICE OLLINO, *Due Diligence Obligations in International Law*, Cambridge, 2002.

¹⁵¹ DENIS REDONNET, *First Formal Complaint on Trade and Sustainable Development Received*, tweet del 19 maggio 2022.

mentali al lavoro del 1998¹⁵², in realtà, negli impianti della Glencore i *sub-contracted workers* sono sfruttati dalle agenzie locali che gestiscono le miniere. La forza lavoro esternalizzata per l'estrazione di carbone in Colombia, e di zinco, rame, stagno, argento e piombo in Perù, rappresenta il 70% del totale della manodopera impiegata nell'attività estrattiva dei giacimenti della compagnia svizzera in quei Paesi. Si tratta di forza lavoro sottopagata rispetto agli stipendi dei dipendenti assunti a tempo indeterminato dalle imprese incaricate dalla Glencore di far funzionare i suoi impianti, pur dovendo i minatori in subappalto lavorare per più tempo, senza poter effettivamente esercitare i loro diritti di libera associazione e di contrattazione collettiva, ma ritrovandosi, anzi, a subire quasi il doppio di incidenti, anche mortali, sul lavoro. Sebbene l'esternalizzazione della manodopera venga motivata dalle compagnie locali con l'esigenza di assumere personale specializzato, necessario per un arco di tempo più ridotto, i brevi contratti che, dai tre mesi, arrivano ad una durata massima di un anno, sono, invece, la modalità utilizzata per ridurre considerevolmente il costo della manodopera. I lavoratori in subappalto svolgono lo stesso tipo di mansioni rispetto ai dipendenti delle società locali, pur essendo pagati in media il 30 % in meno, e subiscono, quindi, un evidente trattamento discriminatorio. Inoltre, laddove dichiarino l'intenzione di esercitare il loro diritto di aderire o fondare un sindacato, gli *outsourced workers* subiscono la fortissima pressione ad astenersi dal loro proposito con la minaccia, da parte delle agenzie di lavoro, del mancato rinnovo del contratto¹⁵³.

Nella loro denuncia, la CNV Internationaal e i sindacati latino-americani sostengono che Colombia e Perù non rispettano gli artt. 267, 269, 271 e 277 del *TSD Chapter* dell'Accordo commerciale con l'Unione europea. Infatti, ciascuna Parte contraente si è impegnata «a promuovere e ad applicare in maniera effettiva nei suoi ordinamenti e nella pratica nonché nel suo intero territorio le norme fondamentali del lavoro riconosciute a livello internazionale, così come definite nelle Convenzioni fondamentali

¹⁵² Cfr. Glencore, *Our Code of Conduct*, disponibile al link <https://www.glencore.com/en/who-we-are/our-code> (consultato il 16 luglio 2022); Glencore, *Sustainability Report 2021*, reperibile al link https://www.glencore.com/.rest/api/v1/documents/67a0543aca31dec0a4dba8e30e5b1b96/GLEN_2021_sustainability_report.pdf (consultato il 16 luglio 2022).

¹⁵³ La ricostruzione dei fatti denunciati dal *TSD complaint* sui lavoratori precari delle miniere in Colombia e Perù è tratta da CNV Internationaal, *The Unequal Treatment of Sub-contracted Workers in the Mining Sector*, 2022, reperibile sul sito <https://www.cnvinternationaal.nl> (consultato il 20 luglio 2022) e European Commission, *Ex Post Evaluation of the Implementation of the Trade Agreement between the EU and its Member States and Colombia, Peru and Ecuador*, Final Report - Volumes I, II and III, January 2022, reperibili al link https://policy.trade.ec.europa.eu/analysis-and-assessment/ex-post-evaluations_en (consultato il 20 luglio 2022).

dell'Organizzazione internazionale del lavoro»¹⁵⁴, in particolare «la libertà di associazione e il riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva (...) e (...) l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione»¹⁵⁵. Tuttavia, la prassi dei lavoratori in subappalto, pur formalmente vietata e sanzionata dalla normativa interna di Colombia e Perù, vede entrambi gli ordinamenti nazionali incapaci a dar piena esecuzione delle rispettive discipline, penalizzando i lavoratori precari e violando i *core labour standards* della libertà di associazione e contrattazione collettiva e del divieto di discriminazione. La situazione denunciata, così, confligge anche con l'art. 277 dell'ALS tra Unione, Colombia e Perù, in base al quale «[n]essuna delle Parti incoraggia gli scambi o gli investimenti abbassando i livelli di protezione offerti dalla propria legislazione in materia di ambiente e di lavoro. Di conseguenza, nessuna delle Parti rinuncia o altrimenti deroga alla propria legislazione in materia di ambiente e di lavoro in modo tale da ridurre la protezione offerta da questa legislazione, allo scopo di incoraggiare gli scambi o gli investimenti»¹⁵⁶; e, ancora, viene sottolineato che una Parte contraente non può «omette[re] di dare efficace applicazione alla propria legislazione in materia di ambiente e di lavoro, con la sua azione o inazione prolungata o ricorrente, in modo tale da influire sugli scambi o sugli investimenti tra le Parti»¹⁵⁷. Il contesto descritto inevitabilmente implica anche l'inadempimento dell'art. 267, il quale richiede, tra l'altro, il rispetto degli impegni derivanti dalle Convenzioni prioritarie ed aggiornate dell'OIL¹⁵⁸.

I soggetti denunciati sottolineano pure l'illegittimità della condotta delle imprese locali che impongono sistematicamente il precariato del lavoro nelle miniere. Così facendo, infatti, detti operatori economici violano «the obligation of companies to minimise human rights risks, since failure to reduce precarious work would mean complicity in rights violations (...) [i]n short, the use of precarious work beyond the necessary limits violates human rights as well as trade union rights and the right to equality»¹⁵⁹. Non viene rispettato, pertanto, l'impegno alla «human rights due diligence»¹⁶⁰ riconducibile alle «migliori pratiche commerciali connesse alla re-

¹⁵⁴ Art. 269, par. 3, dell'Accordo commerciale UE/Colombia/Perù/Ecuador.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ivi*, art. 277, par. 1.

¹⁵⁷ *Ivi*, art. 277, par. 2.

¹⁵⁸ *Ivi*, art. 267, par. 2, lett. b.

¹⁵⁹ Complaint - Single Entry Point, *On Non-Compliance by the Colombian and Peruvian Governments of Chapter IX, on Sustainable Development, of the Trade Agreement with the European Union*, cit. *supra*, nota 149, p. 31.

¹⁶⁰ *Ibid.*

sponsabilità sociale delle imprese»¹⁶¹ che le Parti contraenti si sono impegnate a promuovere.

La trattazione del primo *TSD complaint* del meccanismo SEP si preannuncia di notevole importanza, non solo sotto il profilo *a.* delle regole internazionali che vengono in rilievo (che, altresì, richiedono una riflessione sulla responsabilità degli operatori economici), e *b.* del ruolo della società civile nell'interpretazione ed applicazione di dette regole, ma pure *c.* in riferimento agli obiettivi di politica energetica e *green economy* dell'Unione europea, poiché le materie prime estratte in Colombia e Perù vengono esportate principalmente nel territorio unionale proprio per fornire energia, ed attuare la conversione verso la produzione di energia pulita e il risparmio energetico. Sotto quest'ultimo profilo, di certo, non solo sarebbe incoerente, ma sicuramente inaccettabile perseguire importanti obiettivi di sostenibilità interna per il mercato europeo grazie alle risorse provenienti da Paesi partner estratte con un pesante sfruttamento dei lavoratori precari.

6. Conclusioni

Naturalmente, la partecipazione della società civile alla definizione prima, e all'attuazione poi, della politica commerciale dell'Unione e dei suoi strumenti può essere effettiva solo laddove *a.* le istituzioni europee agiscano nella trasparenza, e promuovano tale principio con Stati terzi e organizzazioni internazionali¹⁶²; e *b.* operatori economici, ONG, e singoli ben conoscano le regole sostanziali e le procedure di partecipazione alla *trade policy* della UE.

Il legame tra trasparenza, anche in quanto elemento della *international rule of law*¹⁶³, e partecipazione della società civile emerge con nettezza

¹⁶¹ Art. 271, par. 3, dell'Accordo commerciale UE/Colombia/Perù/Ecuador.

¹⁶² Riguardo al principio di trasparenza v. ANDREA BIANCHI - ANNE PETERS (EDS.), *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013; LJILJANA BIUKOVIC, *Transparency Norms, the World Trade System and Free Trade Agreements: The Case of CETA*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, pp. 93-107; SUSANNA CAFARO, *Cittadinanza e democraticità dell'Unione europea*, in ANGELA DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, pp. 263-276; HERWIG HOFMANN - PÄIVI LEINO-SANDBERG, *An Agenda for Transparency in the EU*, in *European Law Blog*, 23 October 2019; JAMES ORGAN, *EU Citizen Participation, Openness and the European Citizens Initiative: The TTIP Legacy*, *CMLR*, 2017, pp. 1713-1747.

¹⁶³ Sull'importanza della trasparenza come valore della *rule of law* internazionale cfr. MACHIKO KANETAKE, *The Interfaces between the National and International Rule of Law: The Case of UN Targeted Sanctions*, in *International Organizations Law Review*, 2012, pp. 267-338; MAKAU MUTUA, *Africa and the Rule of Law*, in *International Journal on Human*

nella Comunicazione della Commissione sulla revisione della politica commerciale dell'Unione¹⁶⁴, come pure nell'agenda prospettata per la riforma dell'OMC¹⁶⁵, e nel documento sul riesame per rafforzare la sostenibilità nei partenariati commerciali dell'Unione¹⁶⁶. Proseguendo l'impegno già intrapreso nel 2015 con il documento «Commercio per tutti»¹⁶⁷, confermato nel Piano d'azione del 2018 sui *TSD Chapters*¹⁶⁸, nella strategia del 2021 per una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva la Commissione ribadisce il pieno coinvolgimento della società civile per «garantire una politica commerciale trasparente e inclusiva»¹⁶⁹: l'accesso alla documentazione e la possibilità di seguire le procedure di elaborazione ed applicazione degli strumenti di diritto internazionale dell'economia vengono considerati elementi indispensabili per l'effettiva partecipazione della persona fisica o giuridica alla definizione della *trade policy* della UE. Con specifico riferimento, poi, alla riforma del sistema multilaterale del commercio, la Commissione propone di rafforzare le regole di trasparenza dell'OMC nell'accesso alla documentazione e nella conoscenza delle normative nazionali, e la partecipazione del pubblico, usando i mezzi digitali, per consentire di seguire i lavori dei vari Comitati e Consigli dell'OMC alla più ampia platea possibile. L'istituzione europea suggerisce, inoltre, la formazione di un nuovo Comitato nell'architettura istituzionale del sistema multilaterale, un *WTO Consultative / Advisory Committee* composto da rappresentanti delle imprese e della società civile per raccogliere gli *inputs* di tali soggetti sui vari temi che interessano il funzionamento del sistema multilaterale e i negoziati per ampliare il quadro giuridico della *governance* dell'economia mondiale¹⁷⁰. La dimensione dell'inclusività è centrale, ed ulteriormente approfondita ed articolata, nella Comunicazione per rafforzare il contributo degli accordi commerciali allo sviluppo sostenibile, che la Commissione impernia su «processi strutturati e tra-

Rights, 2016, pp. 159-173; ANNE PETERS, *International Organizations and International Law*, in JACOB KATZ COGAN - IAN HURD and IAN JOHNSTONE (EDS), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, 2016, pp. 33-59.

¹⁶⁴ Com(2021)66, *cit. supra*, nota 69.

¹⁶⁵ Com(2021)66 Annex, *cit. supra*, nota 70.

¹⁶⁶ Com(2022)409, *cit. supra*, nota 53.

¹⁶⁷ Com(2015)497, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Commercio per tutti: verso una politica commerciale e di investimento più responsabile, Bruxelles, 14 ottobre 2015.

¹⁶⁸ Cfr. il tema su trasparenza e partecipazione considerato in *Non Paper of the Commission services, Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 26 febbraio 2018, pp. 11-12.

¹⁶⁹ Com(2021)66, *cit. supra*, nota 69, p. 24.

¹⁷⁰ Com(2021)66 Annex, *cit. supra*, nota 70, p. 16.

sparenti, con il coinvolgimento della società civile»¹⁷¹, manifestando l'intenzione di potenziare i Gruppi consultivi d'interesse degli accordi di libero scambio, sia consolidando i meccanismi di trasparenza che ampliando il ruolo dei GCI, per «coprire tutte le componenti degli accordi commerciali»¹⁷², analogamente a quanto già previsto nell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito¹⁷³.

Accanto alla trasparenza, la partecipazione della società civile, per essere significativa, anche nell'*enforcement* delle regole di diritto internazionale, richiede conoscenza degli accordi multilaterali, regionali e bilaterali e degli strumenti autonomi, come pure dimestichezza nei diversi meccanismi di dialogo e comunicazione tra operatori economici, ONG, singoli, e istituzioni europee, *in primis* la Commissione.

Il ruolo sempre più importante dato dall'Unione europea alla società civile nell'assicurare il rispetto degli obblighi internazionali e del principio dello sviluppo sostenibile per la sua *trade policy* implica che l'articolata strategia individuata per rispondere e superare la crisi del contenzioso dell'OMC, così complessa e impegnativa, possa davvero avere successo solo in presenza di un impegno serio, continuo, e consapevole della società civile per l'equità della governance dell'economia globale.

La Commissione ha costruito i canali per rendere protagonisti cittadini, enti vari, soggetti portatori di interesse riservando loro una incisiva partecipazione ai meccanismi di *enforcement* degli impegni internazionali. Promuovendo la *international rule of law* nel contenzioso del commercio internazionale, la UE sta, così, mettendo in campo un importante contributo a diversi *Sustainable Development Goals* (SDGs) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite. In particolare, la strategia dell'Unione ben si presta a dar seguito all'Obiettivo 16, che richiede di promuovere società pacifiche e inclusive per lo sviluppo sostenibile, garantire l'accesso alla giustizia per tutti e costruire istituzioni efficaci, responsabili e inclusive a tutti i livelli, e all'Obiettivo 17, che intende rafforzare i mezzi di attuazione e rivitalizzare la *partnership* globale per lo sviluppo sostenibile. Spetta ora a soggetti portatori di interesse, associazioni, sindacati, singoli operatori economici e cittadini, imprese e multinazionali avvalersi nel modo più proficuo dell'innovativo quadro normativo ed istituzionale realizzato dall'Unione, pri-

¹⁷¹ Com(2022)409, *cit. supra*, nota 53, p. 1.

¹⁷² Com(2022)409, *loc. cit.*, p. 12.

¹⁷³ Cfr. gli artt. 12-14 dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 149 del 30 aprile 2021, p. 10. Per l'analisi dell'ASCC si rinvia a GIOVANNA ADINOLFI - ALBERTO MALATESTA - MICHELE VELLANO (a cura di), *L'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito*, Torino, 2022.

vilegiando costantemente il dialogo più informato e costruttivo con i partner della UE per ricomporre diplomaticamente le situazioni di conflitto, e, dunque, far sì che il commercio e l'apertura dei mercati siano strumenti di pace, equità e prosperità condivisa, secondo il progetto dei Padri fondatori del processo di integrazione europea.

Elisa Baroncini*

SINTESI

Di fronte al costante acuirsi delle difficoltà del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio, il cui funzionamento è compromesso dal dicembre 2019 a causa della persistenza del veto statunitense alla nomina dei nuovi membri dell'Organo d'appello, l'Unione europea ha reagito con una strategia a tutto campo per preservare e rafforzare una *governance* degli scambi internazionali imperniata anche su un contenzioso capace di promuovere il pieno rispetto delle regole internazionali. Il presente lavoro è dedicato all'analisi di tale strategia, ricostruendo l'azione europea per istituire e gestire il *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* in seno all'OMC, il contenzioso bilaterale avviato nei meccanismi di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio di nuova generazione dell'Unione europea, e le misure unilaterali di cui l'UE si è dotata per garantire il rispetto degli impegni internazionali anche laddove consultazioni e procedure dinanzi ai *panels* non producano il superamento delle dispute.

ABSTRACT

Faced with the constant escalation of the difficulties of the WTO dispute settlement mechanism, whose functioning has been compromised since December 2019 due to the persistence of the US veto on the appointment of the new members of the Appellate Body, the European Union has reacted with a comprehensive strategy to preserve and strengthen an international trade governance capable of promoting full compliance with international rules. This paper is devoted to the analysis of this strategy, reconstructing a. the European action to establish and manage the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement in the WTO, b. the bilateral litigation initiated in the dispute settlement mechanisms of the new generation of EU free trade agreements, and c. the unilateral measures the EU has taken to ensure compliance with international commitments even where consultations and procedures before panels do not produce a resolution of disputes.

* Ordinario di Diritto internazionale / *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna

IL NORD ITALIA: UN TERRENO FERTILE PER LE MAFIE

Sommario: 1. *Passaggio a Nord: rimozione, corruzione e qualità del capitale sociale* - 2. *L'espansione delle mafie in Emilia-Romagna* - 3. *La 'ndrangheta in terra emiliana* - 4. *Pericoli di ingerenza mafiosa: PNRR*.

1. Passaggio a Nord: rimozione, corruzione e qualità del capitale sociale

«Forse tutta l'Italia va diventando Sicilia ... A me è venuta una fantasia, leggendo sui giornali gli scandali di quel governo regionale: gli scienziati dicono che la linea della palma, cioè il clima che è propizio alla vegetazione della palma, viene su, verso nord, di cinquecento metri, mi pare, ogni anno... La linea della palma... Io invece dico: la linea del caffè ristretto, del caffè concentrato... E sale come l'ago di mercurio di un termometro, questa linea della palma, del caffè forte, degli scandali: su su per l'Italia, ed è già oltre Roma...»¹.

Queste sono le parole scritte da Leonardo Sciascia nel 1961 e oggi, a sessantadue anni di distanza, abbiamo la certezza che le mafie si sono radicate nel Nord Italia e anche oltre. Certezza che è andata consolidandosi processo dopo processo. La criminalità organizzata, secondo la sociologia, è divenuta nel Nord Italia una variabile indipendente con una propria autonomia strategica. L'ascesa della mafia al Nord è dovuta ad alcuni fattori di crescita ideali per le mafie: rimozione, corruzione e qualità del capitale sociale². Con il concetto di rimozione si intende la negazione dell'esistenza della criminalità organizzata da parte di talune categorie. Questa rimozio-

¹ L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, Milano, Gli Adelphi, 2003, p. 107.

² N. DALLA CHIESA, *Passaggio a Nord. La colonizzazione mafiosa*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2016, p. 137.

ne, perpetrata negli anni, ha causato un tepore collettivo che ha portato la cittadinanza, le istituzioni e gli organi preposti a non rispondere tempestivamente all'avanzata della criminalità organizzata. L'analisi corrente non intende banalizzare oppure omogeneizzare intere categorie: molti Sindaci, Prefetti, giornalisti, politici, cittadini hanno denunciato la presenza mafiosa nel Nord Italia ma, al fine di realizzare un'analisi coerente e complessiva del fenomeno, non possiamo dimenticare coloro che non hanno agito in tal senso.

Il Nord Italia non è, per definizione, un'area a tradizionale presenza mafiosa, non vanta radici storiche profonde. Ciò ha attribuito, ad alcuni cittadini del Nord, la sicurezza di essere al riparo da tale fenomeno e ha concorso alla diffusione del postulato ideologico secondo il quale vi è una presunta superiorità etnica rispetto al Sud. Molteplici aspetti e fattori hanno contribuito alla realizzazione di questo postulato ideologico impedendone un'efficace presa di coscienza. Altro importante fattore, che non può essere sottovalutato, è rappresentato dall'abulia culturale, la quale pone innumerevoli limiti nel riconoscimento del fenomeno della criminalità organizzata e che, accompagnata da una presunta superiorità etnica rispetto al Sud, non fa che alimentare la miopia al Nord. Infine, le alleanze tra società legale e illegale hanno fornito un impulso determinante per la creazione della rimozione. Da un lato, si tenta di creare alleanze tra il mondo legale e quello illegale. Dall'altro si mira ad esorcizzare il rapporto in costruzione tentando di negare: «l'esistenza di uno dei due termini: sparisce la mafia che mette le bombe, la mafia che semina morte e infligge violenza. Se ne nega l'esistenza mentre la si legittima e la si accoglie»³.

Nel tempo questi fattori si sono uniti al pregiudizio etnico, creando un'ideologia comune e diffusa che ha rafforzato queste strutture dialettiche e ha finito per sostenere la criminalità organizzata, anziché osteggiarla.

Un altro fattore colpevole di avere contribuito all'ascesa della criminalità organizzata al Nord è la corruzione. Quest'ultima ha reso socialmente sopportabile e sostenibile le violenze e le minacce perpetrate dal clan. Corrompere significa erodere le istituzioni e, al contempo, stabilire una fitta rete di relazioni sociali e professionali necessarie per investire nel capitale sociale mafioso. L'atto di corruzione si traduce in *i.* assunzioni che interessano un determinato ufficio, *ii.* false perizie professionali, *iii.* affidare un appalto, *iv.* falsi diplomi o lauree, *v.* cedere informazioni o *vi.* modificare varianti di un piano di governo del territorio. Attraverso taluni atti di corruzione è stato possibile creare il terreno fertile per una certa ospitalità ambientale che, seguita dal fenomeno della rimozione, ha facilitato

³ N. DALLA CHIESA, *Passaggio a Nord. La colonizzazione mafiosa*, cit. supra, nota 2, p. 145.

tato notevolmente il passaggio a Nord. L'ultimo fattore, che si inserisce all'interno dell'analisi, è il capitale sociale. Esso definisce il patrimonio di alleanze e rapporti dei quali i clan dispongono e, al contempo, le differenti forme di possibilità di azione. Il clan, privo di capitale sociale, perderebbe il suo slancio realizzativo. I magistrati, sempre più frequentemente, rintracciano in funzionari della pubblica amministrazione, professionisti o imprenditori «*ingranaggi del capitale sociale del clan*»⁴. Un'ampia rete di contatti che permette alla criminalità organizzata di vantare appoggi e consensi utili al proseguimento del radicamento all'interno della società. La rimozione, insieme alla corruzione e alla qualità del capitale sociale, rappresentano tre fattori fondamentali per il passaggio al Nord della criminalità organizzata. La storia sociale, economica e culturale dell'Italia settentrionale ha fornito una condizione favorevole per l'espansione dei clan. La criminalità organizzata ha sfruttato le disattenzioni, le complicità, le miopie e le presunte superiorità etniche per radicarsi ed espandere le proprie attività criminali.

2. L'espansione delle mafie in Emilia-Romagna

Secondo la sociologia, la rimozione, la corruzione, l'abulia culturale, il pregiudizio etnico e la qualità del capitale sociale sono stati elementi fondamentali nella propagazione delle mafie nel Nord Italia. Al fine di comprendere l'evoluzione del fenomeno nelle regioni settentrionali – con particolare riferimento alla regione Emilia-Romagna – si rende necessario analizzare le principali cause che hanno favorito la diffusione delle mafie al Nord. A tal proposito, risulta inadeguato basarsi su spiegazioni relative ad un unico fattore: è molto più corretto riferirsi a concetti di «causazione multipla»⁵. Tra le cause principali viene annoverato il soggiorno obbligato, che ha coinvolto l'Italia nella seconda metà del secolo scorso. Tale misura venne istituita attraverso la legge del 27 dicembre 1956, n. 1423, «Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità» e, attraverso la legge del 31 maggio 1965 n. 575, venne estesa anche alle associazioni mafiose. Il soggiorno obbligato venne designato con lo scopo di allontanare il mafioso dal territorio di origine e, conseguentemente, di recidere i legami maturati con i mafiosi sul territorio. Inizialmente, tale strumento, fu identificato come un importante fatto-

⁴ N. DALLA CHIESA, *Passaggio a Nord. La colonizzazione mafiosa*, cit. supra, nota 2, p. 174.

⁵ R. SCIARRONE, *Le mafie della società locale all'economia globale*, in *Meridiana*, n. 43, 2002, p. 65.

re in grado di depotenziare la mafia ed indebolirne la struttura. Esso rappresentava altresì il potere dello Stato contro la mafia e aveva quindi anche una valenza simbolica. Coloro che vennero inviati a confino riuscivano a mantenere le relazioni con i propri paesi di origine e, al contempo, a costruire nuove reti attraverso le quali espandere i propri traffici illeciti. Tale interpretazione, ricalca un agire volto alla «clonazione» e all'«esportazione» delle strutture criminali esistenti al Sud. Le regioni settentrionali, secondo tale tesi, sono state *contagiate* da un «corpo esterno ed estraneo»⁶ a causa della presenza di settori economici floridi e attrattivi. Oltre alla teoria del contagio, poc'anzi descritta, viene presa in considerazione anche la teoria del trapianto. Quest'ultima, vaglia l'ipotesi che il gruppo criminale operi fuori dalla propria terra di origine e per un periodo di tempo prolungato. Entrambe le teorie sono state oggetto di numerose critiche a causa della visione profondamente miope del fenomeno, limitandosi ad evidenziare «in modo meccanicistico le dinamiche push-pull»⁷; cioè i fattori di espulsione coatta, come il soggiorno obbligato, o volontaria, come le migrazioni. La misura del soggiorno obbligato non fu priva di proteste: alcuni sindaci iniziarono ad esprimere la loro contrarietà e a scrivere lettere a istituzioni, partiti politici, sindacati e ai comuni capoluogo. Prese vita una campagna titolata «*rimandare a casa i mafiosi*», un appellativo profondamente evocativo, che fa trapelare tutta la preoccupazione e l'allarme sociale lanciato dai primi cittadini. Nondimeno, la misura del soggiorno obbligato rappresentava soltanto una delle problematiche evidenziate dai sindaci: a destare allarme fu anche il crescente flusso migratorio da Sud verso Nord. Eccessivamente semplicistico risulta l'assunto secondo il quale, se una determinata popolazione registra un elevato numero di persone criminali, tale popolazione, emigrando decreterà l'aumento del numero di criminali giunti nel nuovo territorio. Tali interpretazioni rischiano di lasciare in ombra alcuni importanti fattori, che hanno sancito l'espansione delle mafie nel Nord Italia. Considerare il soggiorno obbligato e le migrazioni interne come elementi determinanti per l'espansione delle mafie al Nord significa sostenere l'ipotesi di un'invasione e aggressione «che proviene dall'esterno»⁸. Attuando un processo di vittimizzazione dei territori che, di conseguenza, vengono considerati oppressi per «assenza di efficaci anticorpi o [per la] incapacità di valutarne il pericolo e di contrastarlo»⁹. La tesi del contagio viene facilmente smentita da quei casi in cui il radica-

⁶ S. CROCETTI, *I confini delle mafie*, Città di Castello (PG), Carocci Editore, 2018, p. 29.

⁷ *Ivi*, p. 30.

⁸ R. SCIARRONE, *Mafie vecchie e mafie nuove*, Roma, Donzelli, 2009, p. 9.

⁹ *Ibidem*.

mento del crimine organizzato è stato reso possibile anche senza l'attuazione di misure di soggiorno obbligato all'interno di quel territorio. La tesi del contagio, infatti, risulta essere estremamente semplicistica e si riduce ad una sequenza causale: «arrivo di un boss di prestigio al soggiorno obbligato, costituzione di un nucleo di amici e affiliati intorno alla sua presenza, trapianto di comportamenti criminali in zone fondamentalmente sane, negligenza o superficialità delle forze dell'ordine locali, innesco del meccanismo del contagio»¹⁰.

Ciononostante, sarebbe impreciso non tenere debitamente conto di fattori come il soggiorno obbligato e i movimenti migratori. Questi ultimi hanno rivestito un ruolo concorrente, hanno rappresentato una concausa importante, ma non sono state *la* causa dell'espansione della criminalità organizzata nel Settentrione. L'inadeguatezza nell'analizzare la nuova realtà emergente nel Settentrione, unitamente ad errori di sottovalutazione e *deficit* culturali, hanno favorito l'agire mafioso all'interno del territorio. La criminalità organizzata venne collocata all'interno di un immaginario collettivo cruento, dove perlopiù si rinvenivano omicidi all'interno del tessuto sociale. Tale tesi portò ad una erronea analisi del fenomeno, poiché in Emilia-Romagna, e nelle regioni del Nord, avvenne il contrario: la mafia non si armò e non utilizzò la violenza. «Le guerre di mafia sono del tutto sconosciute nella regione. I mafiosi sono arrivati, si sono fermati nella maniera più discreta possibile e hanno avuto l'accortezza di muoversi agendo in settori che storicamente non hanno mai prodotto eccessivo allarme sociale»¹¹.

Vi furono anche casi che smentiscono tale tesi, ma furono perlopiù casi isolati. L'Emilia-Romagna, regione florida e dai ricchi settori economici, rappresenta una meta ambita per le mafie e per i loro guadagni illeciti. Ciononostante, i segnali in tal senso non furono adeguatamente presi in considerazione: la mafia riuscì ad inserirsi facilmente anche nei settori bancari e finanziari. Attraverso l'assunto «*pecunia non olet*» molti individui e professionisti non si posero troppe domande sulla provenienza del denaro. Quello stesso denaro veniva utilizzato – molto spesso con pagamenti in contanti – per l'acquisto di case, alberghi, esercizi commerciali, fabbriche, palazzi e altre attività, iniziando quindi a confondersi con quello proveniente dal mondo legale. Una terra che si mostrava in tutta la sua appetibilità e che, in poco tempo, divenne un luogo di riciclaggio per le ma-

¹⁰ N. DALLA CHIESA, *L'espansione delle organizzazioni mafiose. Il Nord-Ovest come paradigma*, in M. SANTORO (a cura di), *Riconoscere le mafie. Cosa sono, come funzionano, come si muovono*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 251.

¹¹ E. CICONTE, *Quaderni di città sicure. Mafie, economia, territori, politica in Emilia-Romagna*, n. 41, Centro stampa regione Emilia-Romagna, 2017.

fie. Un altro importante fattore, che ha favorito l'agire mafioso all'interno del territorio, è stato il mondo delle professioni, nel quale hanno rivestito un ruolo fondamentale gli «uomini-cerniera». Questi ultimi, attraverso la loro attiva collaborazione, hanno reso possibile l'avvio di attività, contatti e affari per il mondo criminale. Gli uomini-cerniera si inseriscono nella c.d. «area grigia», o mondo di mezzo. Essi sono professionisti esperti provenienti da esperienze occupazionali differenti, che mettono a disposizione le loro competenze al mondo illegale, varcando la soglia o restando nel confine del mondo legale. I fattori analizzati nel presente paragrafo hanno concorso alla realizzazione di quel terreno fertile necessario alle mafie per espandersi al Nord. Come ricordava il noto sociologo francese Émile Durkheim: «Si dice in patologia biologica che una malattia è contagiosa quando è, del tutto o in parte, dovuta allo sviluppo d'un germe introdotto nell'organismo dall'esterno. Ma, al contrario, nella misura in cui questo germe ha potuto svilupparsi solo al concorso attivo del terreno sul quale si è fissato, la parola contagio diventa impropria»¹².

Tale definizione si rende necessaria al fine di comprendere come le mafie non siano un fenomeno “contagioso”, ma piuttosto un fenomeno che si sviluppa con il «concorso attivo del terreno sul quale si fissa». Per comprendere al meglio le cause di tale espansione è necessario mutare la prospettiva di analisi e focalizzarsi sul territorio di arrivo. Secondo la teoria del «trapianto» vi sono quattro importanti fattori, che si rivelano determinati per la «domanda dei servizi mafiosi»: il livello di fiducia e l'impegno civico, l'assenza di protettori criminali locali, la dimensione del territorio di insediamento e l'assenza di mercati nuovi e/o in espansione. Il primo fattore prende in analisi il capitale sociale, che si compone anche di fiducia e civismo, fattori fondamentali nella protezione del tessuto sociale dalle mafie. Tale difesa viene a mancare allorquando il capitale sociale trova vantaggioso un servizio offerto dalle mafie e decide di usufruirne, si pensi alla «domanda di protezione». Quest'ultima si sviluppa non solo nei mercati illegali, ma anche nei mercati legali, soprattutto quando emergono nuove forme di economia o quando emerge repentinamente un nuovo settore. In quest'ultima ipotesi è possibile rinvenire una concorrenza regolata dall'intermediazione mafiosa, la quale si avvale dell'utilizzo della violenza con lo scopo di escludere dal mercato le nuove imprese. Al contempo, la criminalità organizzata necessita di comprovare la propria forza intimidatoria e di mostrare il proprio volto minaccioso al fine di stabilire un ruolo di forza. A tale scopo, i *mass media* vengono considerati fondamentali

¹² E. DURKHEIM, *Sociologia del suicidio*, Roma, Newton Compton, 1978.

al fine di incrementare la visione feroce e pericolosa delle mafie e accrescere così la nomea dell'organizzazione criminale. Si può dunque giungere alla conclusione, che non si sia trattato né di un trapianto né di un contagio, ma piuttosto di un “*incontro*” tra la criminalità organizzata e coloro che hanno richiesto i loro servizi.

3. La ‘ndrangheta in terra emiliana

La ‘ndrangheta in terra emiliana ha manifestato un *modus operandi* del tutto eccezionale e atipico. Le differenze possono essere rinvenute in molteplici aspetti: dall'organizzazione della cosca fino alle modalità attraverso le quali ha operato. Nella sentenza di appello – del rito ordinario celebratosi a Bologna – si legge che la capacità del gruppo criminale emiliano si conferma anche attraverso la presenza dei differenti settori nei quali la ‘ndrangheta ha operato e dalla capacità di infiltrazione nell'economia. Tale infiltrazione economica, è stata favorita anche grazie a quella parte di imprenditoria emiliana legata al sodalizio mafioso, aspetto che costituisce «l'elemento di novità più significativo rispetto al passato»¹³. Dal maxi-processo Aemilia emerge una ‘ndrangheta con profonda vocazione imprenditoriale. Secondo il Professore Nando Dalla Chiesa, il crescente interesse della mafia per l'imprenditoria scaturisce dalla combinazione di tre diversi fattori. Il primo, discende dalla necessità delle organizzazioni mafiose di reinvestire i proventi delle attività illecite, con particolare riferimento al traffico di stupefacenti. In tal caso, l'impresa viene utilizzata come mezzo per “ripulire” il denaro ottenuto illecitamente e per moltiplicare i propri introiti. Il secondo, concerne la possibilità, per la criminalità organizzata, di utilizzare l'impresa come strumento per «allargare la propria influenza, e per rafforzarne la capacità di interlocuzione sociale e di produzione di consenso»¹⁴.

Infine, l'impresa rappresenta, per la criminalità organizzata, un fattore di fondamentale importanza al fine di concretizzare il processo di integrazione della mafia all'interno dell'economia e della società legale, contribuendo così alla creazione e all'alimentazione della c.d. «zona grigia».

Dal maxi-processo Aemilia non emerge soltanto una mafia dalla profonda vocazione imprenditoriale, ma anche imprenditori emiliani che richiedevano i servizi della mafia. A tal proposito, il Professore Nando Dalla

¹³ Tribunale ordinario di Bologna, sentenza di appello, 17 dicembre 2020, p. 57.

¹⁴ N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, San Giuliano Milanese, Cavallotti University press, 2020, p. 15.

Chiesa analizza alcuni elementi che portano le imprese del Nord a rivolgersi alla criminalità organizzata, tale condotta viene definita «*attrazione fatale*»¹⁵. Tra gli elementi evidenziati dal Professore si rinvennero molteplici servizi illegali offerti dalla criminalità organizzata. Gli smaltimenti di rifiuti tossici, l'esportazione clandestina di capitali, false perizie, raccomandazioni e informazioni ottenute violando la *privacy*; questi sono solo alcuni dei servizi illegali offerti dalla criminalità organizzata alle imprese.

Tra gli altri servizi offerti dalla mafia, rientrano le condizioni di scambio più vantaggiose. Gli *appalti* al massimo ribasso possono essere considerati strumenti ideali per la riuscita dell'impresa mafiosa all'interno delle costruzioni e dei lavori pubblici. Un apparente vantaggio poiché, come è noto, un prezzo basso del manufatto è correlato ad una minore qualità del prodotto, oppure ad una violazione delle norme di sicurezza sul lavoro. L'elemento conclusivo della c.d. «*attrazione fatale*» è l'offerta dei capitali. Quest'ultima rappresenta «il cavallo di Troia che consente l'ingresso del creditore nell'impresa insolvente»¹⁶. Tale servizio, offerto dalla criminalità organizzata, risulta essere per l'imprenditore in difficoltà il conseguimento di un servizio che altrimenti gli verrebbe rifiutato dalla banca. Il rifiuto legale potrebbe avvenire per molteplici cause: politiche bancarie estremamente restrittive o negazione di un finanziamento per mancanza dei presupposti necessari da parte dell'imprenditore in difficoltà. Tali cause, spingono l'imprenditore a rivolgersi alla criminalità organizzata per l'erogazione di un prestito; il quale diviene, nel tempo, sempre più insostenibile. L'imprenditore insolvente viene sottoposto a tassi di interesse via via crescenti e si troverà poi a dover cedere la propria quota societaria alla criminalità organizzata per riuscire a rispondere al debito illegalmente contratto. «Sono stati gli stessi imprenditori a ricercare il supporto del clan (e non il contrario), laddove necessitavano di particolari prestazioni che solo l'interlocutore mafioso era in grado di garantire. Si pensi, ad esempio, al servizio di protezione, alla riscossione più efficace di un credito oppure a un più agevole accesso ai finanziamenti»¹⁷.

All'interno del maxi-processo Aemilia si rinvenne la concreta volontà da parte delle imprese di ricercare i servizi offerti dalla criminalità organizzata. Una parte di coloro che si rivolsero alla 'ndrangheta, in Emilia-Romagna, erano imprenditori di origine emiliana. L'etica e la legalità vennero sacrificati, dagli stessi imprenditori emiliani, per un guadagno mag-

¹⁵ N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. cit. supra*, nota 14, p. 65.

¹⁶ *Ivi*, p. 67.

¹⁷ F. CABRAS, *Nuovi territori di 'ndrangheta. Il caso di Reggio Emilia*, in *Cross – Rivista di Studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, Vol. 3, n. 4, 2017, p. 30.

giore e per affidarsi ai servizi della criminalità organizzata. A tal proposito, dalla requisitoria del Sostituto Procuratore Marco Mescolini venne delineato un quadro drammaticamente chiaro: la 'ndrangheta non dovette cercare gli imprenditori, tutto il contrario. Alcuni imprenditori emiliani, ammalati dalle possibilità economiche offerte, si rivolsero al clan per usufruire dei servizi offerti, considerati più convenienti rispetto a quelli presenti nel mercato legale. «Questi (la 'ndrangheta), son sempre riusciti a fare quello che hanno fatto perché qualcuno ne ha notato la convenienza. Perché le frodi fiscali fatte dalla 'ndrangheta e l'acquisto delle fatture false dalla 'ndrangheta sono più sicuri che l'acquisto da un altro [...]. (gli imprenditori) avendo notato la convenienza, inizialmente si rivolgono alla 'ndrangheta per avere quanto altrimenti non potrebbero [...]»¹⁸.

Le azioni attuate dal clan furono innumerevoli e si registrarono, tra le altre, sistematiche azioni estorsive ed usuraie nei confronti di imprenditori residenti nel territorio emiliano. Tali estorsioni vennero altresì occultate attraverso l'attività di falsa fatturazione, attività che venne accertata anche nell'ambito dell'operazione Edilpiovra e Grande Drago. Essa si prefiggeva lo scopo di occultare, attraverso una documentazione apparentemente lecita, il denaro estorto coercitivamente dai sodali. Ciò che emerse in sede processuale fu un superamento dell'originaria funzione del meccanismo della falsa fatturazione, al fine del raggiungimento di una vantaggiosa e prospera attività illecita.

Alcuni consulenti d'ufficio della PriceWaterhouseCoopers (PwC)¹⁹ – azienda che si occupa di revisioni di bilancio e consulenze in materia fiscale in 156 paesi del mondo – furono nominati dal Tribunale per partecipare in aula ad alcune udienze del maxi-processo Aemilia. I tre consulenti della PwC, interpellati in aula nell'udienza numero 152 del 30 gennaio 2018, espressero il loro parere professionale sulle «frodi carosello» e il «reimpiego e frodi fiscali». Secondo la Direzione Distrettuale Antimafia (DDA) di Bologna, si trattava di «operazioni create a tavolino, solo con la carta, alle volte senza nemmeno che ci sia stato un reale movimento della merce»²⁰. Si trattava di un enorme giro d'affari che, tra il 2010 e il 2012, coinvolse trenta differenti società riconducibili alla 'ndrangheta. Secondo

¹⁸ Requisitoria del Sostituto Procuratore Marco Mescolini del 15 maggio 2018, udienza n. 165. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a: P. BONACINI, *Le cento storie di Aemilia. Il più grande processo italiano alla 'ndrangheta*, Bologna, Editrice Socialmente, 2019, p. 205, e T. SORESINA, *I mille giorni di Aemilia. Il più grande processo al Nord contro la 'ndrangheta*, Stettino (Polonia), Aliberti Editore, 2019, p. 459.

¹⁹ Maggiori informazioni sulla PriceWaterhouseCoopers (PwC) sono reperibili al seguente sito internet: <https://www.pwc.com/it/it/about-us.html>.

²⁰ T. SORESINA, *I mille giorni di Aemilia. Il più grande processo al Nord contro la 'ndrangheta*, cit. *supra*, nota 18, p. 418.

la Direzione Distrettuale Antimafia, vennero emesse fatture false a favore di 140 società per un importo complessivo di 47,3 milioni di euro²¹. In aula, i professionisti e i consulenti della PwC designarono alcuni tratti caratteristici di tali operazioni. Innanzitutto, venne rilevato che le società, non versavano l'imposta sul valore aggiunto (IVA) e rivendevano il prodotto ad un prezzo inferiore rispetto all'acquisto. Tali società chiudevano la propria attività dopo circa due anni dalla loro costituzione, ciò venne reso necessario al fine di ridurre la possibilità di essere sottoposte a controlli o verifiche fiscali. I soggetti che amministravano l'azienda risultavano essere diversi dall'imprenditore; tale aspetto emerse anche nella catena di compravendita, ciò fu reso utile al fine di rendere più difficoltosa la rilevazione di tale operazione. La vendita e l'acquisto delle merci avveniva in un lasso temporale molto breve ed infine, le fatture non registravano alcuna corrispondenza con la merce realmente venduta. In questi passaggi, i consulenti PwC cercarono di ricostruire alcuni tratti peculiari delle frodi carosello. Inoltre, vennero distinti due diversi soggetti giuridici operanti all'interno del sistema. Per prime le "società cartiere", che all'interno dei bilanci furono fonte di debito verso l'erario, debito al quale non seguirà mai un pagamento. Esse si caratterizzano per essere società prive di un assetto organizzativo, gestite da prestanome, di breve durata e molto abili nella fuga ai controlli erariali e fiscali. Infine, le "società filtro" aventi lo scopo di inserirsi tra le società cartiere e il destinatario finale, al fine di rendere più difficile la rintracciabilità delle operazioni. «Si trattava di un ramo specializzato di attività della 'ndrangheta emiliana nel quale, secondo l'accusa, operavano professionisti con grandi competenze e prestanome o teste di legno di assoluta dedizione»²².

Il meccanismo della falsa fatturazione apparve dunque un aspetto peculiare all'interno del maxi-processo Aemilia. Attraverso gli esiti processuali di Grande Drago, Edilpiovra e Aemilia si rinvenne un mutamento da parte della criminalità organizzata e del suo *modus operandi*. La falsa fatturazione, inizialmente utilizzata come copertura per le estorsioni realizzate dal clan, venne poi impiegata come mezzo attraverso il quale incrementare i propri introiti. La 'ndrangheta in Emilia-Romagna fece affari con l'imprenditoria e, al contempo, gli imprenditori si avvalsero dei servizi mafiosi, dando così vita ad un sistema più complesso e più moderno di false fatturazioni.

Inoltre, emerse il coinvolgimento di alcuni personaggi operanti nella politica locale. Si registrarono delle interferenze nelle competizioni eletto-

²¹ P. BONACINI, *Le cento storie di Aemilia*. cit. supra, nota 18, p. 171.

²² *Ivi*, p. 172.

rali e, nel 2011-2012, furono realizzate iniziative al fine di ricercare accordi. Furono altresì coinvolti soggetti appartenenti al mondo dell'informazione, allo scopo di rendere maggiormente permeabile il tessuto economico e sociale. Il clan realizzò una specifica strategia mediatica, avente lo scopo di strumentalizzare l'informazione sul territorio offuscandone la presenza. Dal maxi-processo Aemilia emerse la presenza di rapporti tra esponenti della cosca emiliana ed alcune forze dell'ordine. Queste ultime, operanti in uffici emiliani e in uffici calabresi, diedero prova di una propria partecipazione agli scopi dell'associazione mafiosa mettendosi a loro disposizione. Come anticipato precedentemente, un ulteriore aspetto emergente fu la capacità della 'ndrangheta di infiltrarsi nel tessuto economico e imprenditoriale. Alcuni imprenditori emiliani, infatti, dimostrarono un interesse concreto nella ricerca dei servizi forniti dal clan, consentendo così alla 'ndrangheta di infiltrarsi nell'economia sana del territorio. Infiltrazione realizzata, anche, attraverso un sistema di falsa fatturazione, che venne utilizzato finanche nella ricostruzione *post*-sisma. La 'ndrangheta rinvenne una lucrosa opportunità di guadagno nel terremoto che colpì l'Emilia nel maggio del 2012. «Dopo aver accumulato capitali con il traffico di droga, intimidito la comunità compaesana con il racket per poi ammansirla con le false fatturazioni, a partire dagli anni duemila la 'ndrangheta puntò a produrre ricchezza. [...] L'obiettivo era accaparrarsi appalti e subappalti, mirare alla galassia delle cooperative che storicamente avevano governato i settori tradizionali dell'imprenditoria mafiosa, e perché no, stringere rapporti proficui con la grande edilizia privata»²³.

In Emilia-Romagna, quegli anni, rappresentarono una crescita, in termini di costruzioni, senza sosta. Un *boom* economico edilizio che andava ben oltre i ritmi registrati nelle altre regioni d'Italia e d'Europa. La presenza della 'ndrangheta in terra emiliana non tardò a manifestarsi attraverso forme sempre più evidenti, nonostante la difficoltà degli operatori emiliani nel riconoscerla «perché in quel periodo, di lavoro ce n'era per tutti»²⁴. Il mercato emiliano, in quegli anni, registrò una forte occupazione in numerosi settori: dall'edilizia, dalla ceramica alla mecatronica. Basti pensare che nel 2004 i disoccupati in Italia ammontavano al 24%, contro il 9% della provincia di Reggio Emilia, il 13% di Modena, il 9,5% di Piacenza e il 16,7% di Parma²⁵. Il benessere economico limitava – secondo alcuni operatori economici emiliani – la percezione generale della presen-

²³ N. DALLA CHIESA - F. CABRAS, *Rosso mafia. La 'ndrangheta a Reggio Emilia*, Lavis (TN), Bompiani, 2019, p. 103.

²⁴ *Ivi*, p. 106.

²⁵ Istat, http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=dccv_taxdisoccul#.

za della 'ndrangheta e della loro ingerenza all'interno di alcuni settori economici. «Prima nessuno ci faceva caso, intanto, perché c'era tanto lavoro... noi perdevano dei lavori a causa dei prezzi, comunque di lavoro ce n'era dell'altro però non erano così in massa. C'erano altre famiglie che ora sono coinvolte in Aemilia, ma lavoravano ai margini. Ti portavano via il lavoro piano, piano»²⁶.

Gradualmente si vide l'ingresso nel mercato emiliano di talune imprese in grado di fornire prestazioni e materiali a prezzi molto bassi. Di conseguenza, erano le aziende locali ad essere in difficoltà, non riuscendo a garantire una tariffa fuori mercato, come quella proposta dalle imprese in odore di mafia. Ci si trovò davanti ad un mercato la cui libera concorrenza venne compromessa e ad un assetto economico incrinato a causa della presenza di imprese che si fondavano sulle false fatturazioni, evasione fiscale, manodopera illegale e su sistemi di intimidazione. Questo sistema vide i primi accenni di crisi durante la recessione economica del 2008: il lavoro venne a mancare e ci fu una prima «spaccatura tra le imprese del clan e la comunità imprenditoriale cooperativa. L'idillio iniziava a scricchiolare, dando avvio a una nuova fase per la cosca Grande Aracri, che per la prima volta usciva allo scoperto intenta a combattere chiunque tentasse di ostacolare il suo percorso»²⁷. Parte dell'imprenditoria legata alla 'ndrangheta si sentì tradita dal sistema economico emiliano, che – secondo loro – li stava estromettendo dal mercato. La recessione economica aveva mutato alcune dinamiche all'interno del sistema cooperativo: agli operatori esterni non vennero più affidate le piccole commesse, a seguito della crisi economica queste vennero internalizzate. Questa fu la conseguenza della recessione economica del 2008. Unitamente alla crisi economica, a destabilizzare il clan fu un ulteriore fattore: l'insediamento, nel 2009, del Prefetto De Miro. Quest'ultima, riscontrando fin dal suo arrivo anomalie all'interno del contesto economico reggiano, diede vita ad una vera e propria stagione di interdittive antimafia. Le interdittive rappresentano un'importante misura preventiva, che viene applicata dalla Prefettura alle imprese sospettate di avere rapporti diretti o indiretti con ambienti della criminalità organizzata e attraverso tale misura è possibile impedire a tali soggetti la partecipazione alle gare di appalto pubbliche. Durante il mandato del Prefetto Antonella De Miro furono sedicimila le pratiche di controlli avviate sulle aziende. Le interdittive non vennero emesse solo nei confronti di imprese

²⁶ Intervista ad un ex Presidente di una cooperativa di autotrasporti, 8 marzo 2017. Fonte: N. DALLA CHIESA - F. CABRAS, *Rosso mafia. La 'ndrangheta a Reggio Emilia*, cit. supra, nota 23, p. 107.

²⁷ *Ivi*, p. 111.

cutresi legate al clan 'ndranghetista, ma anche verso alcune aziende emiliane. Ciò permise di fare emergere una fitta rete di relazioni che, attraverso il maxi-processo Aemilia, divenne lampante. Ad oggi il numero di interdittive antimafia presente nel territorio non accenna a diminuire. Un telegiornale reggiano, infatti, ha riportato dati sconcertanti: nel solo 2022 la Prefettura di Reggio Emilia ha emesso 106 interdittive antimafia, pari all'80% delle informazioni interdittive emesse in Emilia-Romagna. «La nostra provincia, da sola, supera per numero di interdittive tutte le regioni italiane tranne Campania, Calabria e Sicilia. E, mentre in tutta Italia i provvedimenti antimafia diminuiscono, a Reggio aumentano vertiginosamente»²⁸.

Questi dati rappresentano la conferma di come le mafie in Emilia-Romagna, e a Reggio Emilia, stiano proseguendo le proprie attività illecite. Come abbiamo potuto analizzare nel presente paragrafo, gli obiettivi realizzati e conseguiti dal sodalizio emiliano ci restituiscono alcuni tratti caratteristici del clan in Emilia e danno contezza di alcuni danni creati dalla 'ndrangheta nel tessuto economico, sociale e politico del territorio.

4. Pericoli di ingerenza mafiosa: PNRR

Alla luce di quanto emerso durante il maxi-processo Aemilia e dal numero di interdittive antimafia emesse nel solo 2022 nel reggiano, non si può non considerare un ulteriore fattore che sta suscitando l'appetito e l'interesse delle mafie: il PNRR.

Il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR) prevede un'agenda di investimenti e riforme che si articola in sei diverse missioni. Nella prima missione, il *focus* è relativo alla digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura (pari a 40,32 miliardi di euro); la seconda, alla rivoluzione verde e transizione ecologica (59,47 miliardi); la terza, infrastrutture per una mobilità sostenibile (25,40 miliardi); la quarta, istruzione e ricerca (30,88 miliardi di euro); la penultima, inclusione e coesione (9,81 miliardi di euro); ed infine, la salute (15,63 miliardi di euro). Per finanziare ulteriori interventi il Governo italiano ha previsto e approvato un Fondo complementare, che consta di 30,6 miliardi di euro di risorse complementari; gli investimenti complessivi previsti dal PNRR e dal Fondo complementare raggiungono i 222,1 miliardi di euro²⁹. Dalla portata di tali investimenti

²⁸ Reperibile sul sito internet <https://www.reggionline.com/2-anni-152-interdittive-antimafia-emesse-dal-prefetto-reggio-emilia-video/>.

²⁹ Le informazioni sul PNRR sono consultabili al seguente link: <https://www.mise.gov.it/it/pnrr/piano#:~:text=I%20progetti%20del%20ministero,giustizia.>

si può cogliere, fin da subito, l'importanza di supervisionare questi fondi e di salvaguardarli rispetto alle ingerenze mafiose. Lo stesso Presidente dell'ANAC - Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e trasparenza - ha ribadito che: «ci sono tante risorse con i fondi Pnrr e c'è il rischio che suscitino appetiti della criminalità. Dobbiamo non solo evitarlo, ma anche cogliere la sfida del Pnrr come strumento per cambiare la Pubblica Amministrazione, per creare cultura della Buona Amministrazione»³⁰.

Anche attraverso questa importante consapevolezza è stato approvato dal Consiglio, il 25 gennaio 2023, il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) per il triennio 2023-2025. Attraverso questo piano si intende rafforzare l'integrità pubblica e la programmazione di presidi preventivi efficaci volti a prevenire la corruzione all'interno delle Pubbliche amministrazioni, senza tralasciare l'importanza di semplificare e velocizzare le procedure amministrative.

Il PNA si articola in due parti distinte: una parte generale e una speciale. Nella parte generale sono contenute specifiche indicazioni relative alla predisposizione del Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) e della sezione anticorruzione e trasparenza del Piano Triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT). Attraverso tale intervento si è inteso supportare la trasparenza e la prevenzione della corruzione – oggi strumenti essenziali per la protezione del valore pubblico – e, al contempo, raccordare e coordinare gli strumenti presenti, che sono confluiti nel PIAO. Presidi come le misure di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, che le Pubbliche Amministrazioni devono adottare (ai sensi dell'art. 10 del dlgs n. 231/2007), sono da intendersi come strumenti che creano il valore pubblico e che fungono da tutela per le amministrazioni pubbliche, soprattutto per quanto concerne l'impiego di fondi del PNRR. A tal proposito, all'interno del Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), sono stati indicati ed evidenziati i raccordi che sarebbe opportuno e necessario creare fra anticorruzione e antiriciclaggio. Nella parte speciale del PNA molta attenzione viene dedicata ai contratti pubblici, che rappresentano importante ambito a cui il PNRR dedica ampi spazi e prevede importanti riforme. L'ANAC «ha offerto alle stazioni appaltate un aiuto nella individuazione di misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza agili e al contempo utili ad evitare che l'urgenza degli interventi faciliti l'esperienza di cattiva amministrazione, propedeutivi-

³⁰ Affermazioni del Presidente dell'Anac, Giuseppe Busia, durante la VIII edizione della «Giornata del Responsabile della prevenzione della corruzione e per la trasparenza» tenutasi a Roma il 14 dicembre 2022. Per maggiori informazioni si veda: <https://www.anticorruzione.it/-/pnrr-e-rischio-criminalit%C3%A0-scatta-il-piano-nazionale-anticorruzione-di-anac>.

che a eventi corruttivi»³¹. Particolare attenzione, nella parte speciale, è stata dedicata alla disciplina del conflitto di interessi in materia di contratti pubblici, ambito molto esposto al rischio di interferenze. Infatti, sono state fornite misure concrete da adottare nella programmazione anticorruzione ed è stato fornito un modello di dichiarazione per individuare possibili ipotesi di conflitto di interesse. La normativa europea emanata per l'attuazione del PNRR – alla luce dell'art. 22, comma 1, del Regolamento (Ue) n. 241/2021 – assegna particolare valore alla prevenzione dei conflitti di interesse, chiedendo di fornire alla Commissione i dati del «titolare effettivo» del destinatario dei fondi o dell'appaltatore. ANAC si è attivata già da tempo su questi aspetti e ha chiesto al Parlamento di introdurre l'obbligo della dichiarazione del titolare effettivo delle società che concorrono alle gare di appalto. Il Presidente dell'Agenzia ha infatti affermato: «Va espressamente indicato l'utilizzo della Banca dati ANAC come strumento per raccogliere e tenere aggiornato, a carico degli operatori economici, il dato sui titolari effettivi. In tal modo, le Pubbliche amministrazioni possono conoscere chi effettivamente sta dietro le scatole cinesi, che spesso coprono il vero titolare della società che vince l'appalto, evitando così corruzione e riciclaggio»³².

Questa rapida analisi del Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) ci consente di rispondere ad un interrogativo, che spesso ci si pone alla luce di nuovi fatti corruttivi: *si poteva prevenire?*

L'ANAC ha indicato diverse misure che possono essere intraprese, proprio nell'ottica della prevenzione, cioè prima che l'atto corruttivo si consumi, prima che la criminalità organizzata agisca e si inneschino le vie processuali.

Oggi, ci troviamo di fronte a sfide complesse ed importanti come, appunto, il PNRR, che ci pone dinnanzi ad una riflessione rispetto ai traguardi raggiunti e su quel che ancora ci resta da fare in materia di prevenzione e contrasto. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza può rappresentare un'importantissima sfida di rilancio per il nostro Paese, questa consapevolezza, maturata da ormai molto tempo, viene accompagnata – conseguentemente – dalla domanda: siamo in grado, attraverso i nostri strumenti nazionali, di tutelare le ingenti risorse in arrivo dal PNRR?

Come ricorda il magistrato *Anna Corrado*: «numerosi studi economici dimostrano che istituzioni integre e ben presidiate da norme efficaci rag-

³¹ Reperibile sul sito internet <https://www.anticorruzione.it/-/ecco-il-piano-nazionale-anticorruzione-approvato-da-anac>.

³² Reperibile sul sito internet <https://www.anticorruzione.it/-/anac-approvato-il-piano-nazionale-anticorruzione-2023-2025>.

giungono maggiori traguardi economici e più velocemente»³³. Al contempo, va ricordato che i finanziamenti europei, legati al PNRR, possono subire interruzioni, nel caso in cui si dovessero riscontrare irregolarità nel corso delle procedure di appalto, dato che le erogazioni dei fondi vengono effettuate ad avanzamento dei lavori e possono quindi essere sottoposte a blocco preventivo. Inoltre, per gli appalti eseguiti con i fondi del PNRR, non è prevista l'applicazione della disciplina del nuovo Codice degli appalti e dei relativi controlli, come indicato nell'art. 225, comma 7, del decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici³⁴. Ciononostante, è bene ricordare che il testo trasmesso alle Commissioni parlamentari non è un testo definitivo, in quanto dovrà essere nuovamente deliberato dal Consiglio dei ministri in vista dell'approvazione finale.

Alla luce di queste consapevolezze, è bene ricordare che taluni strumenti di controllo sono presenti nella Pubblica amministrazione italiana, che qui, per restituire una panoramica generale riporteremo sommariamente. I controlli nella P.A. possono essere divisi in due principali categorie: i controlli interni, che trovano un fondamento giuridico nel dlgs n. 286 del 30 luglio 1999, e i controlli esterni, che si fondano sulla legge n. 20 del 14 gennaio 1994. Nelle due tipologie sopra elencate risiede una netta differenza. Mentre per la prima categoria il controllo viene effettuato dai soggetti interni della Pubblica amministrazione, per il controllo esterno la verifica è realizzata dalla Corte dei conti. Inoltre, il controllo di gestione esterno viene realizzato mediante un «sistema a campione, ossia limitato a solo una parte dell'azione amministrativa»³⁵. Infine, si segnala un'ulteriore importante distinzione: «il controllo di gestione posto in essere dalla Corte dei conti è volto a supportare il Parlamento, nella sua funzione di indirizzo politico, e le altre assemblee elettive per quanto concerne gli enti territoriali; invece, il controllo interno di gestione è volto a supportare i dirigenti posti al vertice dell'unità organizzativa interessata»³⁶.

Oltre agli strumenti già in essere, che abbiamo avuto modo di scorrere poc'anzi, e al Piano triennale ANAC, analizzato in precedenza, possono aggiungersi ulteriori modalità di controllo effettuati dalle associazioni del

³³ A. CORRADO, *Corruzione, il rischio dell'indifferenza*, in *Corriere della Sera*, 12 gennaio 2023.

³⁴ L'art. 225, comma 7, dello schema di decreto legislativo recante nuovo codice dei contratti pubblici è consultabile al seguente link: <https://www.camera.it/leg19/682?atto=019&tipoAtto=Atto&idLegislatura=19&tab=2#inizio>

³⁵ L. BALDINI, *Il controllo interno di gestione nella Pubblica amministrazione italiana*, in *federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2021, p. 3.

³⁶ *Ivi*.

terzo settore. Da ciò si desume la necessità di ampliare il ventaglio di possibilità dei controlli che possono essere perseguiti: si pensi soltanto al ruolo che potrebbe ricoprire la società civile preparata e competente in materia di contrasto alla criminalità organizzata.

Alcune innovative proposte di carattere socio-politico-culturale potrebbero essere sviluppate partendo da un coinvolgimento della società civile e dalle Associazioni del Terzo settore. Queste ultime, infatti, potrebbero prendere parte ad iniziative connesse all'attività politica e alla tutela della cosa pubblica, con particolare riferimento alle attività concernenti l'impiego di pubbliche risorse. Senza la pretesa di sostituire gli organi già preposti al controllo all'interno del nostro ordinamento, ma piuttosto designando la società civile come "sentinella" presente nel territorio e impegnata ad esprimere eventuali malesseri o evidenziare ingerenze mafiose. Il nostro ordinamento prevede l'innesto della democrazia partecipativa, come evidenziato nell'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»³⁷.

Il sistema democratico italiano, attraverso l'art. 118 della Costituzione, sancisce la possibilità di dare vita ad una democrazia partecipativa. Al fine di una maggiore comprensione dell'utilizzo dello strumento di democrazia partecipativa e per garantire un efficace contrasto della criminalità organizzata, si rendono utili alcune importanti premesse. L'obiettivo di uno Stato democratico è quello di tutelare gli interessi dei cittadini e ciò può avvenire soltanto attraverso l'osservanza di principi come: giustizia, etica, legalità e trasparenza. In uno Stato democratico possiamo ritenere che la politica e la democrazia siano nate insieme all'economia di mercato e, pertanto, percepiscano i medesimi stimoli e impulsi. Da ciò si evince, che le decisioni politiche ed economiche vengano condizionate dal rispetto di principi quali etica, legalità e trasparenza. La politica e l'economia, strettamente intrecciate tra loro, vengono influenzate dagli stimoli etici e legali presenti all'interno del patrimonio culturale dei cittadini; si deduce quindi, che l'attività economica e politica sarà direttamente condizionata dal rispetto dell'etica e della legalità raggiunte dalle forze che concorrono all'esercizio del potere. Di conseguenza, maggiore sarà l'esercizio e il rispetto dell'etica, della legalità e della trasparenza, più la gestione del potere e dell'interesse pubblico saranno amministrati correttamente. Da tali premesse, si arguisce l'importanza che potrebbero rivestire gli innesti di

³⁷ A. MARITATI, *Conoscere la costituzione italiana. Un percorso guidato*, Pioltello (Milano), Editori Laterza, 2019, pp. 343-344.

democrazia partecipativa previsti dall'art. 118 della Costituzione italiana. Una prima proposta venne presentata nel 1985 da Aldo Bozzi, Presidente della prima Commissione bilaterale per la riforma della Costituzione. Egli propose l'introduzione di «una disposizione diretta a garantire la partecipazione dei cittadini a tutte le fasi di formazione politica dei partiti compresa la designazione dei candidati alle elezioni, il rispetto delle norme, la tutela delle minoranze»³⁸.

Tale proposta avrebbe garantito alla società civile di eseguire un diretto controllo sui principi valoriali dei candidati politici, che i dirigenti dei partiti avrebbero poi presentato alle elezioni. Inoltre, venne avanzata un'ulteriore proposta al riguardo: «prima della designazione dei candidati alle elezioni (politiche e amministrative) i partiti devono sentire il parere non vincolante delle associazioni più rappresentative della società civile, parere al quale dovrà essere data la massima pubblicità sui mass-media e sui social network»³⁹.

Da queste proposte, si deduce il ruolo primario che la società civile potrebbe svolgere nell'attività politica e amministrativa. Attraverso l'istituzione di apposite associazioni, potrebbero essere sviluppate specifiche iniziative in merito a temi di interesse generale, come quello della prevenzione della criminalità organizzata. Per giunta, la società civile – tramite le realtà associative – potrebbe essere resa partecipe di una più mirata azione di controllo settoriale. A tal proposito, l'attività di controllo posta in essere dalle Associazioni del terzo settore potrebbe essere inserita nelle attività nelle quali vengono impiegate pubbliche risorse; attraverso un'attiva collaborazione da parte di quei professionisti, *manager*, imprenditori e dirigenti, che sono giunti al termine della loro carriera lavorativa. Così facendo, le associazioni del terzo settore acquisirebbero quelle competenze necessarie per fornire un controllo mirato: le figure professionali, infatti, potrebbero collaborare con le Associazioni del terzo settore, al fine di effettuare controlli e veicolare la propria professionalità sui componenti delle Associazioni. Tale proposta non intende sovrapporsi alle figure già esistenti e legittimamente preposte al controllo, ma piuttosto fornire un ulteriore strumento di difesa che avrebbe il grande pregio di forgiare il proprio modello su figure appartenenti alla società civile, implementando così la partecipazione dei cittadini. Le associazioni, inoltre, avrebbero la possibilità di indicare – tra i professionisti disponibili – coloro che sono specia-

³⁸ F. CAPELLI, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, p. 93.

³⁹ Tale proposta viene enunciata nel volume di F. CAPELLI, *Per salvare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2019, p. 273, punto c.

lizzati negli ambiti di maggiore utilità, al fine di eseguire controlli in materia di appalti pubblici. Tali controlli introdurrebbero il c.d. sistema «whistleblowing»⁴⁰, che può essere tradotto come “*sistema del fischiotto*”⁴¹. Tale disciplina venne avviata, a partire dagli anni Settanta, nei paesi di origine anglosassone; essa mira a tutelare quei soggetti che denunciano delle violazioni e degli illeciti, che hanno avuto luogo in strutture pubbliche o private. Questo istituto si prefigge lo scopo di garantire protezione anche rispetto ad eventuali ritorsioni, che potrebbero manifestarsi in seguito alla denuncia. ANAC gestisce la segnalazione di illeciti e le comunicazioni di misure ritorsive e, qualora la si ritenga fondata nei termini chiariti dalla Delibera n. 469 del 9 giugno 2021, «l’Autorità procede alla trattazione della segnalazione di illeciti che ha ad oggetto materie di propria competenza; trasmette, invece, all’ispettorato della funzione pubblica, all’Autorità giudiziaria ordinaria e/o a quella contabile, a seconda della natura dell’illecito segnalato, le segnalazioni che esulano dal proprio ambito di competenza»⁴².

Tale istituto, che mira alla tutela dei soggetti che denunciano le irregolarità, riporta altresì il rischio, che i soggetti denunciati siano restii a farlo. A tal proposito, i controlli dei quali si farebbero portatori i soggetti designati dal Terzo Settore, potrebbero prevenire tale rischio attraverso la raccolta delle segnalazioni pervenute, il controllo della loro fondatezza ed infine, l’attivazione di esperti in materia. Tramite tale pratica, si incentiverebbe la denuncia e si ridurrebbero i rischi relativi alla denuncia, poiché i «destinatari (alternativi) delle segnalazioni e delle denunce potrebbero essere gli stessi controllori del terzo settore»⁴³. Un controllo effettuato da soggetti indipendenti, direttamente nominati dalla società civile, aventi il mandato di perseguire gli interessi della collettività, potrebbe concretizzare il raggiungimento di risultati efficaci. La funzione rivestita da tali soggetti dovrebbe poi essere portata a conoscenza di tutti, attraverso note ufficiali e una debita pubblicizzazione. Tale preventiva pubblicità, mira a responsabilizzare i controllori rispetto al ruolo rivestito; al contempo, assicu-

⁴⁰ Per maggiori dettagli si veda: G. FRASCHINI – N. PARISI – D. RINOLDI, *Protezione delle “vedette civiche”: il ruolo del whistleblowing in Italia. Stato dell’arte, buone pratiche e criticità per una corretta applicazione*, Transparency international Italia. Associazione contro la corruzione, 2009. Si veda inoltre: <https://www.filodiritto.com/whistleblowing-e-ordinamento-italiano>.

⁴¹ L’etimologia del termine richiama l’immagine di colui che “*soffia nel fischiotto*”, espressione che riporta alla mente la figura di un poliziotto che fischia al fine di interrompere un illecito o un direttore di gara che blocca un’irregolarità.

⁴² Reperibile al seguente indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/-/whistleblowing>.

⁴³ F. CAPELLI, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, cit. *supra*, nota 38, p. 29.

rerebbe a soggetti, quali funzionari pubblici, appaltatori, controllori interni ed esterni, una condizione tale per cui sia reso il proprio lavoro in modo «ineccepibile, dovendo operare in piena trasparenza sotto il controllo dell'opinione pubblica»⁴⁴. La realizzazione di tale proposta sarebbe decisiva nel perseguimento di una democrazia partecipativa ed efficace, che al contempo gioverebbe alla riaffermazione di principi etici e legali. Inoltre, i controllori designati potrebbero spendersi in prima persona nell'esercizio della sovranità popolare e responsabilizzarsi maggiormente sul controllo degli interessi pubblici.

Infine, per rispondere alla domanda posta a inizio paragrafo: siamo in grado, attraverso i nostri strumenti nazionali, di tutelare le ingenti risorse in arrivo dal PNRR? Alla luce dell'analisi corrente, risulta evidente che le mafie abbiano una grande capacità di insediamento e di adattamento, per questo motivo risulta necessario dispiegare tutti gli strumenti necessari per prevenire e contrastare il fenomeno. Gli spunti e le osservazioni dell'ANAC, unitamente ad una partecipazione della società civile e, conseguentemente, delle realtà del terzo settore, potrebbero rappresentare un importante traguardo per il nostro Paese e riaccendere i riflettori su una battaglia che oggi dovrebbe essere alla base di qualsiasi programma politico: la lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata. Ciò deve avvenire su impulso della classe dirigente e dei partiti politici, che si dovrebbero fare portavoce di questa battaglia e cercare di sensibilizzare – insieme alle istituzioni – sempre di più i cittadini. A ricordarlo è stata anche il magistrato *Anna Corrado*: «Ci si chiede allora se non sia giunto il momento per la politica italiana di tornare a interessarsi del tema della prevenzione della corruzione, anche per dare un messaggio di presidio del territorio ora che siamo ancora in tempo e che gli investimenti Pnrr sono ancora nella fase iniziale di realizzazione»⁴⁵.

Non dobbiamo e non possiamo attendere di vedere sfumata l'opportunità di potere attingere agli importanti investimenti che il PNRR porterà con sé. È necessario mobilitare, fin da subito, tutte le energie necessarie per controllare e porre sotto attenzione i fondi provenienti dall'Unione europea, prima che le mafie si attivino e vanifichino questa possibilità di importante rilancio per il nostro Paese. In questa fase è di vitale importanza che la classe politica riporti al centro della propria agenda il contrasto della criminalità organizzata. Come abbiamo potuto scorgere, seppur sommariamente, all'interno di questo articolo vengono citati diversi spunti che

⁴⁴ F. CAPELLI, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, cit. *supra*, nota 43, p. 95.

⁴⁵ A. CORRADO, *Corruzione, il rischio dell'indifferenza*, cit. *supra*, nota 33.

possono essere colti e applicati al fine di prevenire l'ingerenza della criminalità organizzata, prima di giungere alla fase processuale. Non possiamo più permetterci di rimandare il problema a coloro che sono impegnati in prima linea nella lotta al contrasto della criminalità, dobbiamo piuttosto ripensare e applicare concretamente le parole del Giudice Giovanni Falcone: «è tempo di andare avanti, non più confidando nell'impegno straordinario di pochi, ma attraverso l'impegno ordinario di tutti».

Alessia Pellicciari*

SINTESI

Il presente elaborato si prefigge lo scopo di indagare i fattori che hanno favorito il passaggio a Nord della criminalità organizzata, prendendo in esame taluni fattori come rimozione, corruzione e qualità del capitale sociale. Dopo una prima analisi dell'espansione delle mafie nel Nord Italia, con particolare riferimento alla regione Emilia-Romagna, si è inteso affrontare il maxi-processo Aemilia: il più grande processo di mafia del Nord Italia per numero di imputati. Questa analisi ha permesso di comprendere le modalità di espansione e radicamento delle mafie e, al contempo, ha posto l'attenzione su alcuni importanti strumenti forniti da ANAC (Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e trasparenza). Nella parte conclusiva dell'elaborato ulteriore attenzione è stata posta al pericolo di ingerenza mafiosa rispetto ai fondi del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza). Infine, nell'ultimo paragrafo, si analizza una proposta, che poggia le proprie fondamenta sull'art. 118 della Costituzione italiana e che delinea un controllo maggiormente attivo da parte della società civile e delle associazioni del terzo settore, al fine di riaffermare e stabilire il principio di etica e legalità.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the factors that have favored the passage of organized crime to the North, taking into consideration certain factors such as removal, corruption and quality of social capital. After an initial analysis of the expansion of the mafias in Northern Italy, with particular reference to the Emilia-Romagna region, the intention was to address the Aemilia trial: the largest

* Laurea triennale in "Scienze politiche delle Relazioni internazionali", Laurea magistrale in "Relazioni internazionali ed europee" presso l'Università di Parma. Master di II livello in "Diploma in Alti studi europei" presso la Fondazione del Collegio Europeo di Parma. Attualmente lavora presso l'Assemblea Legislativa della Regione Emilia-Romagna ed è Consigliera comunale con delega alla Legalità presso il Comune di Bibbiano

mafia trial in Northern Italy by number of defendants. This analysis made possible to understand the methods of expansion and rooting of the mafias and, at the same time, focused attention on some important tools provided by ANAC (National Anti-Corruption Authority for Evaluation and Transparency). In the final part of the report, further attention was paid to the danger of mafia interference with the funds of the PNRR (National Recovery and Resilience Plan). Finally, in the last paragraph, a proposal is analysed, which rests its foundations on art. 118 of the Italian Constitution and which outlines a more active control by civil society and third sector associations, in order to reaffirm and establish the principle of ethics and legality.

RIFLESSIONI A MARGINE DELL'ATTIVAZIONE DELLA DIRETTIVA SULLA PROTEZIONE TEMPORANEA AGLI UCRAINI: UN NUOVO PARADIGMA PER LA SOLIDARIETÀ EUROPEA O UN *UNICUM* STORICO?

Sommario: **I.** *Introduzione* - **II.** *La protezione temporanea europea: i presupposti per l'attivazione* - **III.** *La proposta di decisione della Commissione e la decisione di esecuzione del Consiglio (Ue) n. 2022/382* - **a.** *L'individuazione delle tre categorie di beneficiari* - **b.** *Ulteriori profili critici* - **IV.** *L'insuccesso delle precedenti richieste di attivazione della direttiva e il successo nel caso ucraino* - **V.** *Riflessioni conclusive.*

I. Introduzione

Alcuni credevano impossibile, o quanto meno poco prevedibile, che l'Unione europea del ventunesimo secolo potesse assistere allo scoppio di una guerra in uno Stato di confine. Difficilmente poteva anche essere prevista una reazione così compatta e solidale da parte dell'Unione agli sfollamenti di massa causati dall'invasione russa in Ucraina iniziata il 24 febbraio 2022. Le crisi migratorie avvenute negli ultimi anni (2011-2015) e la presentazione, nel 2020, di un pacchetto di proposte legislative (Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo¹) con l'obiettivo di riformare il Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA)² avevano già messo in luce diverse cri-

¹ L'insieme dei documenti che compongono il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo è disponibile all'indirizzo ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_it.

² M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2021, pp. 1-27.

ticità all'interno dell'Unione europea, nonché le profonde differenze strutturali nel rapporto che i diversi Stati membri intrattengono con il fenomeno migratorio³.

L'Unione europea sembra aver cambiato rotta, attivando uno strumento del Sistema Europeo Comune d'Asilo (SECA) finora mai utilizzato per la gestione di afflussi massicci di sfollati nel territorio dell'Unione: la direttiva sulla Protezione Temporanea⁴.

Ripercorrendo gli eventi che hanno preceduto questa importante decisione, già dalla metà di febbraio 2022, la *Special Monitoring Mission of the Organization for Security and Cooperation in Europe* (OSCE) aveva riscontrato un aumento delle violazioni del cessate il fuoco stabilito nel 2014⁵ lungo la linea di controllo nella parte orientale dell'Ucraina⁶. Infatti, dopo una risoluzione del Parlamento della Federazione russa che richiedeva a Putin di riconoscere l'indipendenza delle auto-proclamate repubbliche di Donetsk e Luhansk, il presidente russo ha identificato i nuovi confini

³ J. KIENAST - N. FEITH TAN AND J. VEDSTED-HANSEN, *Preferential, differential or discriminatory? EU protection arrangements for persons displaced from Ukraine*, in *ASILE Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukrainian war*, 2022, p. 1, disponibile all'indirizzo <https://www.asileproject.eu/forums/>.

⁴ Direttiva n. 2001/55 del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in *Guce* n. L 212 del 7 agosto 2001, p. 12.

⁵ Si ricorda, infatti, che dopo il crollo dell'Unione Sovietica le relazioni tra Federazione russa e Ucraina non sono state prive di tensioni. Nel 2013, le proteste del popolo ucraino contro l'allora presidente filorusso Yanukovich diedero vita al movimento «EuroMaidan». Con tale movimento i cittadini ucraini contestavano la decisione di non firmare l'accordo di associazione e libero scambio con l'Unione da parte di Yanukovich. Nel marzo 2014, in Crimea venne organizzato un *referendum* (ritenuto illegale dalla Costituzione ucraina) che manifestava la volontà degli abitanti della penisola, a maggioranza russofona, di tornare sotto il controllo di Mosca. Putin accolse il risultato del *referendum* e dichiarò la secessione della Repubblica di Crimea dall'Ucraina e la sua annessione alla Russia. Nello stesso momento, nella regione filorusa nell'Est dell'Ucraina, il Donbass, ebbe inizio una guerra civile e le due provincie di Donetsk e Luhansk si proclamarono indipendenti con il benestare di Putin e la condanna da parte dell'Ucraina. Nel settembre del 2014, per cercare di mettere fine alle ostilità tra i due Stati furono avviati a Minsk, sotto l'egida dell'OSCE, i negoziati tra Ucraina e Federazione russa che portarono alla firma dei c.d. Accordi di Minsk. In particolare, già dall'Accordo Minsk I, ma effettivamente solo nel 2015 con la firma dell'Accordo di Minsk II, fu previsto un pacchetto di misure di contenimento della *escalation* della guerra e della tensione, tra le quali l'immediato cessate il fuoco, la rimozione di armi pesanti dal fronte e l'effettiva creazione di una missione di monitoraggio OSCE, il ritiro delle forze straniere e la ripresa del dialogo sulle elezioni a Donetsk e Luhansk e una possibile riforma costituzionale per garantire maggiore autonomia all'area del Donbass. Per un approfondimento si veda A. ARESU, *Dall'Africa all'Ucraina: lo strumento europeo per la pace*, in questa *Rivista*, nn. 3-4/2021, p. 609, punti 26 ss. Ma anche M. DELLI SANTI, *La crisi ucraina e gli accordi di Minsk*, in *AI Affari Internazionali*, disponibile all'indirizzo <https://www.affarinternazionali.it/crisi-ucraina-accordi-di-minsk/>; M. GILBERT, *Storia politica dell'integrazione europea*, Roma, Editori GLF Laterza, 2005.

⁶ OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM) Daily Report 54/2022, 7 marzo 2022 disponibile al sito: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine/513424>.

delle zone autonome, includendovi, in realtà, anche estese aree sotto il controllo del Governo ucraino. Il 24 febbraio 2022 Putin, sfruttando l'esistenza delle due repubbliche, aveva annunciato l'ingresso delle truppe di Mosca in Ucraina, procedendo così ad un'invasione su larga scala nei territori ucraini, dando il via ad una *escalation* di violenze⁷ e giustificando tale scelta come un'operazione di *peacekeeping*⁸.

L'attacco militare in Ucraina, dunque, è cominciato il 24 febbraio 2022, quando le forze armate russe hanno ricevuto ordini di procedere a un'invasione su larga scala nei territori ucraini.

Con il passare dei giorni, l'aggressione si è intensificata portando un numero sempre maggiore di civili residenti in Ucraina alla fuga. L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, dopo aver affermato che si stava assistendo «alla più grande crisi di rifugiati in Europa di questo secolo»⁹, ha invitato gli Stati ad accogliere i civili di tutte le nazionalità provenienti dall'Ucraina e garantire loro un accesso senza discriminazioni nei loro territori nel rispetto del principio di *non-refoulement*¹⁰.

Alla data del presente contributo¹¹ e con il passare di oltre cento giorni dall'inizio del conflitto, si calcola che più di sette milioni di persone¹² sia-

⁷ UNHCR, *UNHCR Mobilizing to Aid Forcibly Displaced in Ukraine and Neighbouring Countries*, 1 marzo 2022, disponibile all'indirizzo www.unhcr.org/news/briefing/2022/3/621deda74/unhcr-mobilizing-aid-forcibly-displaced-ukraine-neighbouring; UNHCR, *Position on returns to Ukraine*, Marzo 2022, dove si afferma che già prima dell'inizio del conflitto l'Ucraina si trovava in una «protratta crisi umanitaria» con 2.9 milioni di persone bisognose di aiuti umanitari e 1.5 milioni di sfollati interni.

⁸ ISPI, *Speciale Russia-Ucraina: 11 mappe per capire il conflitto*, 22 ottobre 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/speciale-russia-ucraina-11-mappe-capire-il-conflitto-33483>.

⁹ UNHCR, *Mobilizing to aid forcibly displaced in Ukraine and neighboring countries*, 1 marzo 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.unhcr.org/news/briefing/2022/3/621deda74/unhcr-mobilizing-aid-forcibly-displaced-ukraine-neighbouring-countries.html>.

¹⁰ UNHCR, *Statement on the situation in Ukraine attributed to UN High Commissioner for Refugees Filippo Grandi*, 24 febbraio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.unhcr.org/news/press/2022/2/621770524/statement-situation-ukraine-attributed-un-high-commissioner-refugees-filippo.html>. Sul divieto di *refoulement* si veda per un'analisi: A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali*, in S. AMADEO - F. SPITALIERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 209 ss.; B. NASCIBENE - I. ANDRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, p. 351; O. DELAS, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme: de la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011; S. S. JUSS (edito da), *Research handbook on international refugee law*, Cheltenham, Elgar, 2019; L. AZOULAI-K. DE VRIES (edito da), *EU migration law: legal complexities and political rationales*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹¹ Il presente contributo tiene conto degli eventi occorsi fino al mese di ottobre 2022.

¹² Per un monitoraggio costante, a livello di dati, dell'attuale situazione dei rifugiati in Ucraina e sul loro collocamento in linea generale si rimanda all'Operational Data Portal dell'Agenzia ONU per i rifugiati (UNHCR) disponibile all'indirizzo <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>.

no scappate dalla terra di conflitto, oltrepassando i confini dei Paesi limítrofi, per recarsi nei territori degli Stati nell'Unione europea. Considerato il contesto, fin dall'inizio del conflitto, l'Unione si è mostrata unita e coordinata nel cercare di garantire un sostegno politico, umanitario¹³, finanziario e militare all'Ucraina. Già nella riunione straordinaria del 27 febbraio, il Consiglio «Giustizia e Affari Interni» (GAI) aveva riferito della decisione di mobilitare risorse aggiuntive del Meccanismo di protezione civile dell'Unione¹⁴ per sostenere l'Ucraina e la Moldavia nelle iniziative di primo soccorso¹⁵ e di attivare i dispositivi integrati di coordinamento delle crisi (il c.d. *Integrated Political Crisis Response - IPCR*)¹⁶. Inoltre, a maggio la Commissione aveva presentato i piani per la risposta immediata europea al fabbisogno finanziario ucraino e il quadro di riferimento per la ricostruzione a lungo termine¹⁷. Ciò ha portato alla predisposizione di un piano di azione per la realizzazione di «corridoi di solidarietà»¹⁸ e, ad ago-

¹³ Attualmente sono stati messi a disposizione fondi per programmi di aiuto umanitario a favore dei civili colpiti dalla guerra per un totale di 348 milioni di euro, comprensivi di 13 milioni per la Moldavia e 335 milioni di euro per l'Ucraina. Essi si sostanziano nella fornitura di cibo, acqua, assistenza sanitaria, alloggio, etc. Inoltre, ulteriore assistenza è stata inviata all'Ucraina attraverso le scorte mediche di rescEU (strumento facente parte del Meccanismo Unionale di protezione civile, si veda nel merito, *infra*, nota 14), già utilizzate durante il periodo COVID-19, da Germania, Ungheria e Paesi Bassi. Per ulteriori informazioni si veda: https://eu-solidarity-ukraine.ec.europa.eu/eu-assistance-ukraine_it.

¹⁴ Per una disamina approfondita del Meccanismo di protezione civile europeo e della risposta europea alle emergenze si veda: F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione in tempo di crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; ID., *La dimensione esterna dell'azione dell'Unione europea nella risposta a disastri naturali ed antropici: quale coerenza?*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pp. 63-122. Si veda, inoltre, per un approfondimento puntuale: S. VILLANI, *The concept of solidarity within EU disaster response law. A legal assessment*, Bologna, Bononia University Press, 2021.

¹⁵ In particolare, attraverso il meccanismo di protezione civile europea, l'Unione attualmente sta inviando aiuti all'Ucraina provenienti da 30 Paesi (i 27 Stati membri dell'UE, insieme a Norvegia, Turchia e Macedonia del Nord). Essi si sostanziano in forniture salvavita come medicinali, cibo e alloggi, ma anche attrezzature strategiche quali veicoli antincendio, generatori di energia, ambulanze e ospedali mobili. Inoltre, la stessa Moldavia ha attivato il meccanismo di protezione civile dell'Unione per sostenere l'afflusso massiccio di persone nel proprio territorio dall'Ucraina e la Commissione ha coordinato l'assistenza di protezione civile per Polonia, Slovacchia e Repubblica Ceca per aiutare i rifugiati ucraini. Per un approfondimento si veda: https://eu-solidarity-ukraine.ec.europa.eu/eu-assistance-ukraine_it#meccanismo-di-protezione-civile-dellue.

¹⁶ Per una disamina approfondita dei meccanismi settoriali di risposta alle crisi o catastrofi (naturali o man-made) di cui l'Unione può avvalersi per erogare aiuti si veda, oltre ai titoli *cit. supra*, nota 14: I. DE MIGUEL BERIAIN - E. ATIENZA MACÍAS - E. ARMAZA, *The European Union Integrated Political Crisis Response Arrangements: Improving the European Union's Major Crisis Response Coordination Capacities*, in *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, vol. 9, n. 3, 2015, pp. 234-238.

¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 18 maggio 2022, Ucraina: assistenza e ricostruzione, Com(2022)233 final.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato

sto, all'erogazione di un miliardo di euro di assistenza macro-finanziaria nell'ambito del pacchetto di AMF (*Macro-Financial Assistance*)¹⁹ di emergenza fino a nove miliardi di euro²⁰.

Tra le prime proposte della Commissione per garantire un sostegno all'Ucraina vi era anche quella di attivare il meccanismo previsto dalla direttiva n. 2001/55/Ce sulla protezione temporanea²¹. La Commissione, già il 2 marzo, raccomandava²² agli Stati membri di avvalersi dell'art. 9 del Codice frontiere Schengen (CFS), il quale permette, in circostanze eccezionali ed impreviste, uno snellimento delle verifiche alle frontiere esterne e riconduce a tali circostanze il succedersi di «eventi imprevedibili [che provochino] un'intensità di traffico tale da rendere eccessivi i tempi di attesa ai valichi di frontiera e sono state sfruttate tutte le risorse in termini di

economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2022, Piano d'azione per l'istituzione di corridoi di solidarietà UE-Ucraina per agevolare le esportazioni agricole dell'Ucraina e gli scambi bilaterali con l'UE, Com(2022)217 final. Tali corridoi consentirebbero all'Ucraina di esportare i propri cereali e importare ciò di cui ha bisogno, dagli aiuti umanitari fino ai mangimi per animali e fertilizzanti. Secondo la Commissione, da aprile i corridoi di solidarietà hanno *i.* contribuito all'esportazione di 5,8 milioni di tonnellate dall'Ucraina, apportando al Paese entrate estremamente necessarie e consentendo ai cereali di raggiungere coloro che ne hanno bisogno; *ii.* raddoppiato il quantitativo esportato a giugno - quasi 2,5 milioni di tonnellate; *iii.* fornito assistenza tecnica all'Ucraina, alla Moldavia e ai Paesi dell'UE per agevolare e accelerare le procedure ed eliminare le strozzature alla frontiera e *iv.* portato alla firma, il 29 giugno 2022, di accordi sulle merci con l'Ucraina e la Moldavia per agevolare ulteriormente il transito e il trasporto da e verso entrambi i Paesi. Per maggiori informazioni si veda: https://transport.ec.europa.eu/news/european-commission-establish-solidarity-lanes-help-ukraine-export-agricultural-goods-2022-05-12_en.

¹⁹ La Macro-Financial Assistance è uno strumento soggetto alla procedura legislativa ordinaria ai sensi dell'art. 212 del TFUE che riguarda azioni di cooperazione finanziaria e tecnica con i Paesi terzi. Consiste nella fornitura di aiuto condizionato ai Paesi terzi che affrontano una fase di crisi della bilancia dei pagamenti ed è complementare al finanziamento del Fondo monetario internazionale (FMI). Si veda: decisione (Ue) n. 2022/1628 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 settembre 2022, relativa alla concessione di assistenza macro-finanziaria eccezionale all'Ucraina, al rafforzamento del fondo comune di copertura mediante garanzie degli Stati membri e una dotazione specifica per alcune passività finanziarie relative all'Ucraina garantite a norma della decisione n. 466/2014/Ue, e che modifica la decisione (Ue) n. 2022/1201, in *Gu-Ue* n. L 254 del 22 settembre 2022. Si veda anche [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/649422/EPRS_ATA\(2020\)649422_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/649422/EPRS_ATA(2020)649422_IT.pdf).

²⁰ Per maggiori informazioni si veda: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_22_3121.

²¹ Per il Comunicato stampa a seguito della riunione straordinaria del Consiglio «Giustizia e Affari Interni», 27 febbraio 2022, si veda: <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/en/news/press-release-extraordinary-justice-and-home-affairs-council-27-february-2022/> dove si afferma che «per garantire il monitoraggio della situazione, il coordinamento delle misure di solidarietà e il coinvolgimento di tutti gli attori interessati, dopo questo scambio la presidenza ha deciso di attivare pienamente i dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi (IPCR) [...]. I ministri si sono concretati sui cinque aspetti seguenti: sostegno umanitario (...), accoglienza dei rifugiati (...), gestione delle frontiere esterne (...), misure in materia di visti (...), anticipazione delle minacce ibride (...)».

²² Comunicazione della Commissione europea, del 4 marzo 2022, Orientamenti operative per la gestione delle frontiere esterne al fine di agevolare l'attraversamento delle frontiere UE-Ucraina, in *Gu-Ue* n. C 104 I del 4 marzo 2022, p. 1 ss.

organizzazione, di mezzi e di personale». Essa aveva, inoltre, suggerito un'ulteriore deroga al rispetto delle condizioni d'ingresso per i cittadini terzi, ossia l'art. 6, comma 5, lett. c. CFS che permetterebbe l'ammissione nel territorio degli Stati membri di tutti coloro che fuggono dal conflitto ucraino anche in assenza delle condizioni previste dall'art. 6, comma 1 CFS. Infatti, l'art. 6, comma 5, lett. c. stabilisce che: «i cittadini di Paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni di cui al paragrafo 1 possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali (...)».

La portata di tali suggerimenti e raccomandazioni è andata ben oltre quanto inizialmente previsto poiché il Consiglio ha deciso di attivare, per la prima volta dalla sua adozione, la direttiva sulla Protezione Temporanea²³. Considerata la prima misura di armonizzazione europea in materia di asilo a seguito della crisi nell'ex Jugoslavia, la direttiva è divenuta oggetto di dibattito a seguito della decisione del 4 marzo del Consiglio²⁴ che accertava l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina, e dunque la necessità di attivare la protezione temporanea.

Alla luce di tali premesse, il presente contributo ha l'obiettivo, in primo luogo, di individuare il contenuto della direttiva sulla protezione temporanea nei suoi elementi essenziali; successivamente, ci si propone di confrontare la proposta di attivazione della Commissione alla luce delle modifiche apportate nella decisione di esecuzione del 4 marzo. Infatti, nonostante lo spirito di solidarietà²⁵ espresso dalle istituzioni dell'Unione, l'attivazione della direttiva n. 2001/55 lascia aperta una serie di quesiti, in particolar modo sulle categorie di beneficiari e sulla libera scelta dello Stato membro al quale richiedere protezione. In terzo luogo, ci si soffermerà sulle differenti valutazioni e condizioni favorevoli che hanno permesso l'applicazione dello strumento della protezione temporanea nel caso ucrai-

²³ Direttiva n. 2001/55/Ce del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in *Guce* n. L 212 del 7 agosto 2001.

²⁴ Decisione (Ue) di esecuzione n. 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2001/55/Ce e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, in *Gu-Ue* n. L 71 del 4 marzo 2022.

²⁵ Per una disamina approfondita del principio di solidarietà (art. 80 TUE) si veda: P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama costituzionale*, in L. MANDERIEUX - M. VELLANO (sous la direction de), *Étique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, Giappichelli, 2017. Per un'analisi, invece, del principio di solidarietà in materia migratoria si veda G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, in *BlogDUE*, Bari, 2018.

no. In merito, una prima riflessione riguarderà la rapidità di attivazione di una direttiva che, nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, veniva definita «abrogabile» e ci si chiederà quali siano state le condizioni giuridiche favorevoli alla sua applicazione rispetto ad altri episodi di afflusso massiccio di persone in Europa. In particolar modo, ci si soffermerà sulle diverse valutazioni, operate dalle istituzioni europee, nei precedenti casi in cui Malta e Italia richiesero l'attivazione della direttiva. Infine, ci si chiederà quale potrà essere il destino della direttiva sulla Protezione Temporanea a seguito della sua prima applicazione, in particolare ci si domanderà se il caso ucraino resterà un *unicum* storico o costituirà, invece, il precedente necessario per dare nuova linfa ad uno strumento finora mai utilizzato e, dunque, un cambio di paradigma in un'ottica di solidarietà in materia migratoria.

II. La protezione temporanea europea: i presupposti per l'attivazione

In origine, la direttiva n. 2001/55/CE era stata concepita come risposta europea al più vasto afflusso di persone in Europa dalla Seconda Guerra Mondiale, ovvero il conflitto nell'ex Jugoslavia (1991-2001) che aveva messo in luce la mancanza di un quadro comune europeo in grado di gestire, in modo coordinato e collettivo, un *displacement* di massa. In effetti, all'epoca, ogni Stato aveva una disciplina circa la protezione temporanea, ognuna differente sotto il piano della durata, dello *status*, dei diritti garantiti e delle categorie di beneficiari²⁶. Le autonome iniziative nazionali avevano così creato uno sbilanciamento sia nello stesso afflusso di persone – le quali tendevano a dirigersi verso quegli Stati membri considerati più favorevoli ad accoglierli – sia nella distribuzione degli sfollati tra i vari Stati membri, rendendo così maggiormente evidente la necessità di un'armonizzazione delle procedure e dei requisiti²⁷. Lo scenario, dunque, che all'inizio del XXI secolo si stava creando si scontrava rovinosamente con l'aspettativa di massima integrazione europea: le incoerenze delle varie discipline nazionali – tra l'altro inefficaci nella gestione di una situazione di tale interdipendenza statale come un afflusso massiccio di persone in Europa²⁸ – finivano per sminuire gli obiettivi di armonizzazione europea.

²⁶ S. CARRERA - M. INELI CIGER - L. VOSYLIUTE - L. BRUMAT, *The EU grants temporary protection for people fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy*, in CEPS (Centre for European Policy Studies), n. 2022-09, March 2022.

²⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Temporary Protection Directive*, DG Home Affairs, Brussels, 2016, p. 5.

²⁸ N. ARENAS, *Il sistema di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati. La direttiva 2001/55/CE*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, n. 5, 2005, p. 1277.

Gli stessi Stati membri e le istituzioni dell'allora Comunità europea cominciarono ad esprimere preoccupazione²⁹, sottolineando come in situazioni di grave emergenza, in particolar modo quelle connesse a conflitti armati o guerre civili in Paesi terzi, vi fosse la primaria necessità di una reazione comune, immediata, rapida e la conseguente messa a punto preventiva di principi che disciplinassero l'accoglienza degli sfollati³⁰. Tuttavia, i diversi interessi e le divergenti prospettive tra gli Stati membri negli aspetti politicamente più sensibili rallentarono fin da subito il raggiungimento di un accordo: si pensi solamente alla definizione di «protezione temporanea», alla individuazione di quali situazioni e quali soggetti ricomprendervi, fino ad arrivare al contenuto del principio di solidarietà e ai doveri incombenti sugli Stati membri³¹.

Già in una riunione straordinaria del 15 e del 16 ottobre del 1999, il Consiglio europeo di Tampere aveva rinnovato la necessità di trovare un accordo basato sulla solidarietà tra gli Stati membri in ordine alla protezione temporanea degli sfollati³². Ma fu solamente con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e la conseguente attribuzione all'allora Comunità europea della competenza in materia di asilo e immigrazione³³ che la

²⁹ M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione Europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie* in A. M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, p. 246. Si veda anche J. VON SELM, *Temporary Protection for Ukrainians: learning the lessons of the 1990s?*, in *ASILE Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War*, 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.asileproject.eu/forums/>.

³⁰ Si vedano in merito i *considerando* della risoluzione (Ce) del Consiglio, del 25 settembre 1995, relativa alla ripartizione degli oneri per quanto riguarda l'accoglienza e il soggiorno a titolo temporaneo degli sfollati, in *Guce* n. C 262 del 7 ottobre 1995, p. 2 e la decisione n. 96/198/GAI, del Consiglio, del 4 marzo 1996, su una procedura di allarme e di emergenza relativa alla ripartizione degli oneri per quanto riguarda l'accoglienza e il soggiorno a titolo temporaneo degli sfollati, in *Guce* n. L 63 del 13 marzo 1996, p. 10 ss.

³¹ Per una ricostruzione si vedano le proposte della Commissione del marzo 1997 e del giugno 1998 per un'azione comune sulla protezione temporanea basate sull'art. K.3(2)(b) TUE. Per un'analisi si veda: K. KERBER, *Temporary Protection in the European Union: A Chronology*, in *Immigration Law Journal*, n. 14, 1999; EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Temporary Protection Directive*, cit. *supra*, nota 27, pp. 5-8; ma anche N. ARENAS, *The Concept of "Mass Influx of Displaced Persons" in the European Directive Establishing the Temporary Protection System*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, pp. 435-450; K. HAILBRONNER - D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016; M. INELI CIGER, *Temporary Protection in Law and Practice*, Leiden, Brill, 2018.

³² M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione Europea*, loc. cit., p. 246.

³³ *Ibidem*. Si vedano inoltre A. M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI, *Immigrazione, diritto e diritti. Profili internazionalistici ed europei*, cit. *supra*, nota 29; G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2020; B. NASCIBENE - E. M. MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2002, pp. 13-34; B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2016.

Commissione trovò terreno fertile per adottare una proposta³⁴ ex art. 63, par. 2, lett. *a.* e *b.*, TCE per l'adozione della direttiva³⁵. Tra gli specifici obiettivi, secondo la Commissione, dovevano essere inclusi l'istituzione di un dispositivo eccezionale di protezione temporanea in situazioni di afflusso massiccio di sfollati alle frontiere di uno o più Stati membri che garantissero una tutela immediata e transitoria tale da prevenire il rischio che il sistema d'asilo subisse disfunzioni pregiudizievoli³⁶. Inoltre, secondo la Commissione, tale dispositivo doveva essere coordinato sotto il profilo dell'efficacia, della coerenza e della solidarietà, nell'ottica di prevenire i c.d. movimenti secondari e sostenere il sistema d'asilo comune europeo³⁷.

La proposta veniva finalmente adottata il 20 luglio del 2001, diventando così la prima misura europea di armonizzazione in materia di asilo³⁸ che, sulla base di un compromesso di stampo solidaristico tra Stati membri, stabilisce come obiettivi principali l'istituzione di «norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi che non possano ritornare nel paese d'origine» e la promozione «dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi» (art. 1). Il risultato è stato, primo luogo, l'introduzione di un meccanismo di emergenza, inserito in un quadro pratico e funzionale per affrontare afflussi di massa, con condizioni di ammissibilità elastiche, estesi criteri soggettivi di applicabilità e norme minime di armonizzazione degli *standard* di protezione da garantire alle persone temporaneamente protette. In secondo luogo, è stato previsto un meccanismo di promozione dell'equilibrio degli sforzi tra Stati membri³⁹. Ed è da ricordare che l'adozione della direttiva, in realtà, si dimostrava emblematica non solo come tappa obbligata per la piena realizzazione del SECA come stabilito dal Tratta-

³⁴ Proposta di direttiva, del 24 maggio 2000, del Consiglio sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, Com(2000)303 final.

³⁵ A. SKORDAS, *Temporary Protection Directive 2001/55/EC*, in K. HAILBRONNER AND D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, cit. supra, nota 31, p. 1054, p. 1058.

³⁶ Proposta di direttiva, del 24 maggio 2000, del Consiglio sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea, Com(2000)303 final, cit. supra, nota 34, *considerando* n. 2.

³⁷ *Ivi*, *considerando* n. 9. Tale *considerando* è stato poi trasposto all'interno dell'art. 1 della direttiva n. 2001/55/Ce, cit. supra, nota 23.

³⁸ J. KOO, *Protecting Ukrainian fleeing to the EU... but for how long?* in *European Law Blog*, Marzo 2022, disponibile all'indirizzo <https://europeanlawblog.eu/2022/03/10/protecting-ukrainians-fleeing-to-the-eu-but-for-how-long/>.

³⁹ Par. 23 del Preambolo e art. 1 della direttiva n. 2001/55/Ce, cit. supra, nota 23. Per un'analisi di veduta: M. INELI CIGER, *Temporary Protection in Law and Practice*, cit. supra, nota 31, p. 149.

to di Amsterdam, ma anche per il diritto internazionale dei rifugiati, «nel quale la considerazione dell'accoglienza temporanea di popolazioni in pericolo suppone il risorgimento di una rinnovata protezione territoriale come risposta alla sfida degli esodi contemporanei»⁴⁰.

Venendo al merito, per poter beneficiare di protezione temporanea, la direttiva fissa una serie di criteri⁴¹.

In primo luogo stabilisce che la procedura possa essere attivata solamente in presenza di un criterio quantitativo circoscrivibile geograficamente, ossia un «afflusso massiccio o imminente afflusso massiccio di sfollati»⁴² «proveniente da un paese determinato o da una zona geografica determinata, sia spontaneamente, sia agevolato, per esempio mediante un programma di evacuazione»⁴³. In secondo luogo, si prevede che la protezione possa essere garantita esclusivamente a quei cittadini di Paesi terzi o apolidi che abbiano dovuto abbandonare il loro Paese d'origine e il cui ritorno in condizioni sicure e stabili risulti impossibile a causa della situazione nel Paese stesso, in virtù di un conflitto armato, violenze endemiche, rischio o esistenza di gravi violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani⁴⁴.

La direttiva, da un lato, è stata considerata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea come uno degli strumenti idonei a sormontare le difficoltà nelle quali incorrono gli Stati membri che sono competenti ad esaminare una domanda di protezione internazionale nell'ambito del sistema Dublino⁴⁵ in caso di straordinario afflusso di cittadini di Paesi terzi alle frontiere dell'UE⁴⁶. Dall'altro lato, la direttiva istituisce insieme allo *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria – disciplinate, in ambito europeo,

⁴⁰ N. ARENAS, *Il sistema di protezione temporanea*, cit. supra, nota 28, p. 1278.

⁴¹ S. VILLANI, *Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario: riflessioni sulla proposta della commissione circa un solido sistema di preparazione e risposta alle crisi e a situazioni di forza maggiore*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2021, p. 393.

⁴² Art. 2, lett. a., direttiva n. 2001/55/Ce, cit. supra, nota 23.

⁴³ *Ivi*, art. 2, lett. d.

⁴⁴ *Ivi*, art. 2, lett. c. Per una ricostruzione dettagliata delle definizioni di conflitto armato, gravi violazioni sistemiche dei diritti umani e violenze endemiche si veda A. SKORDAS, *Temporary Protection Directive 2001/55/EC*, in K. HAILBRONNER - D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, cit. supra, nota 31, pp. 1064-1066.

⁴⁵ Regolamento (Ue) n. 604/2013, del 26 giugno 2016, del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione), in *Gu-Ue* n. L 180 del 29 giugno 2006. Sui limiti del Sistema Dublino in generale e nell'analisi delle domande di protezione internazionale si veda: G. MORGESE, *La riforma del Sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, vol. 26, n. 1, 2020, pp. 97-115.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017 in causa n. C-646/16, *Khadija Jafari e Zainab Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* in *Raccolta* 2017, VII, EU:C:2017:586, punto 97, par. 8.5.

dalla direttiva c.d. «qualifiche» n. 2011/95⁴⁷ – una forma diversa di protezione sotto il profilo procedurale ex art. 78 TFUE⁴⁸. Infatti, a favore dei beneficiari di protezione temporanea è prevista una garanzia di carattere collettivo, provvisorio ed eccezionale, la cui attivazione non è rimessa ad una valutazione caso per caso delle autorità nazionali⁴⁹. Piuttosto il fondamento della sua operatività risiede in una valutazione politica e discrezionale circa l'adozione da parte del Consiglio, su proposta della Commissione, di una decisione votata a maggioranza qualificata che riconosca l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati in una specifica situazione e che ne identifichi i beneficiari⁵⁰. Secondo quanto stabilito dall'art. 5 della direttiva n. 2001/55/Ce, tale decisione – sia di attribuzione sia di revoca – deve fondarsi sull'analisi della situazione e della portata dei movimenti degli sfollati, sulla «valutazione dell'opportunità di istituire tale protezione, tenuto conto della possibilità di attuare aiuti urgenti e interventi sul posto o dell'insufficienza» di altre misure disponibili⁵¹, sulle informazioni comunicate dagli Stati membri, dalla Commissione, dall'Alto Commissariato per le Nazioni Unite (UNHCR) e da altre organizzazioni internazionali competenti⁵² e sul rispetto del principio di non respingimento⁵³. La decisione – della quale al Parlamento viene data solo comunicazione⁵⁴ – va a determinare, «per gli sfollati a cui si riferisce, l'applicazione in tutti gli Stati membri della protezione temporanea», contiene, inoltre, una descrizione dei gruppi specifici di beneficiari di protezione temporanea, la data di decorrenza della protezione e riportando le informazioni rilasciate dagli Stati membri sulle loro capacità di accoglienza⁵⁵.

Secondo quanto stabilito dall'art. 4 della direttiva, una volta adottata la decisione, i beneficiari sono ammessi a una forma minima di accoglienza

⁴⁷ Direttiva n. 2011/95/UE, del 13 dicembre 2011, del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, in *Gu-Ue* n. L 337 del 20 dicembre 2011.

⁴⁸ A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea per l'accoglienza dei profughi ucraini nell'Unione Europea*, disponibile all'indirizzo <https://rivista.eurojus.it>, 2022, p. 2.

⁴⁹ S. AMADEO - F. SPITALIERI, *Il diritto dell'Immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 78.

⁵⁰ *Ivi*, p. 79. Considerando n. 14 e art. 5, comma 1 e 4 della direttiva n. 2001/55/Ce, *cit. supra*, nota 23.

⁵¹ Direttiva n. 2001/55/Ce, *loc. cit.*, art. 5, comma 4, lett. b.

⁵² *Ivi*, art. 5, comma 4, lett. c.

⁵³ *Ivi*, art. 3, comma 2 e art. 6, comma 2.

⁵⁴ *Ivi*, art. 5, comma 5.

⁵⁵ *Ivi*, art. 5, comma 3.

za⁵⁶ per la durata di un anno, prorogabile automaticamente di sei mesi in sei mesi per un massimo di un ulteriore anno. Qualora, però, i motivi per la concessione della protezione vengano meno, garantendo così un rimpatrio sicuro e stabile nel Paese d'origine dei beneficiari, il Consiglio, sempre su proposta della Commissione, può deliberarne la revoca a maggioranza qualificata⁵⁷. Medesima procedura è prevista nel caso di proroga. Infatti, qualora i motivi per la concessione della protezione persistano, il Consiglio, su proposta della Commissione, può deliberarne un'ulteriore proroga per un altro anno; complessivamente, la misura potrà durare fino a tre anni⁵⁸.

Inoltre, essendo un meccanismo eccezionale e di emergenza, con lo scopo di garantire una tutela immediata e transitoria, esso non impedisce la contemporanea richiesta di riconoscimento di altre forme di protezione internazionale⁵⁹, come lo *status* di rifugiato o protezione sussidiaria⁶⁰, lasciando agli Stati la decisione in merito⁶¹.

Ai beneficiari di protezione internazionale vengono garantiti taluni diritti armonizzati, tra i quali il permesso di soggiorno; l'accesso alla procedura di asilo; al ricongiungimento familiare e al lavoro e all'istruzione per il minore⁶²; a meno che non vi siano cause di esclusione per reati gravi o per minaccia alla sicurezza⁶³. Il *considerando* n. 12 riconosce, però, la discrezionalità degli Stati membri circa la possibilità di «stabilire o mantenere in vigore condizioni più favorevoli per le persone ammesse a fruire della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati».

Per quanto concerne la ripartizione tra i vari Stati membri degli oneri di accoglienza, la decisione del Consiglio si deve basare sulle informazioni fornite dagli stessi in termini numerici o generali circa la loro capacità d'accoglienza presente ed eventualmente futura⁶⁴, nonché alla volontà

⁵⁶ M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 29, pp. 245-247.

⁵⁷ Art. 6, comma 1, lett. b. e comma 2 della direttiva n. 2001/55/Ce, cit. *supra*, nota 23. Si veda in merito: A. SKORDAS, *Temporary Protection Directive 2001/55/EC*, in K. HAILBRONNER - D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, cit. *supra*, nota 31, pp. 1072-1073, ma anche S. PEERS - V. MORENO LAZ - M. GARLICK - E. GUILD (editors), *EU Immigration and Asylum Law: text and commentary, Volume 3: EU Asylum Law*, Brill, Nijhoff, 2015, pp. 576-577.

⁵⁸ A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea*, cit. *supra*, nota 48, p. 7.

⁵⁹ Art. 2, lett. c., art. 3, comma 1 e art. 17 della direttiva n. 2001/55/Ce, loc. cit.

⁶⁰ *Ivi*, *considerando* n. 10 e art. 3, comma 1.

⁶¹ *Ivi*, art. 18.

⁶² *Ivi*, art. 8 - 15.

⁶³ *Ivi*, art. 29.

⁶⁴ *Ivi*, art. 25, comma 2.

espressa dei beneficiari⁶⁵, anche per ciò che attiene al ricongiungimento familiare. Questa necessità di ripartizione degli oneri si colloca nel più ampio secondo obiettivo della direttiva descritto nell'art. 1, ossia la solidarietà tra Stati membri nella gestione di afflussi massicci, da realizzarsi sia nell'accoglienza sia nella collaborazione tra Stati⁶⁶. Vi è infatti la previsione di un meccanismo di solidarietà finanziario, con l'attivazione del Fondo europeo per i rifugiati⁶⁷, e fattuale, a livello di collaborazione tra Stati membri nei trasferimenti dei beneficiari di protezione⁶⁸.

In merito ai trasferimenti, si prevede un sistema a c.d. «doppia volontà»⁶⁹: qualora uno Stato membro subisca un'eccessiva pressione, superando dunque la propria capacità di accoglienza inizialmente dichiarata al Consiglio, il trasferimento dei beneficiari verso un altro Stato è possibile unicamente a seguito di una doppia manifestazione di volontà rappresentata dalla comunicazione di disponibilità da parte del nuovo Stato di destinazione di poter accogliere ulteriori beneficiari e dall'espressione del consenso al trasferimento da parte delle persone interessate⁷⁰. In questo modo, si dovrebbe assicurare un bilanciamento tra la volontà dei beneficiari e gli impegni degli Stati membri come espressione di solidarietà in fase di accoglienza dei migranti⁷¹.

III. La proposta di decisione della Commissione e la decisione di esecuzione del Consiglio (Ue) n. 2022/382

Le conclusioni del Consiglio europeo del 24 febbraio 2022⁷² hanno condannato con massima fermezza l'aggressione militare non provocata e ingiustificata della Federazione russa nei confronti dell'Ucraina, sottoli-

⁶⁵ Direttiva n. 2001/55/Ce, *cit. supra*, nota 23, art. 15, commi 2 e 5.

⁶⁶ *Ivi*, art. 25.

⁶⁷ *Ivi*, art. 24. Nel merito si veda: Decisione (Ce) n. 2000/596 del Consiglio, del 28 settembre 2000, che istituisce un Fondo europeo per i rifugiati, in *Guce* n. L 252 del 6 ottobre 2000. Tale Fondo riuniva in un unico strumento le azioni in materia d'integrazione e quelle relative all'accoglienza e al rimpatrio volontario. Tuttavia, esso era stato istituito unicamente per 5 anni (2000-2004) e creava un sistema di ripartizione delle risorse al fine di equilibrare gli oneri sostenuti dagli Stati membri nella gestione dei rifugiati. Per un approfondimento sul tema si veda: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=uriserv:l33078>

⁶⁸ Art. 26, comma 1, direttiva n. 2001/55/Ce, *loc. cit.* Nel merito si veda S. AMADEO - F. SPITALIERI, *Il diritto dell'Immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, *cit. supra*, nota 49.

⁶⁹ S. AMADEO - F. SPITALIERI, *Il diritto dell'Immigrazione*, *loc. cit.*

⁷⁰ Artt. 25 e 26, direttiva n. 2001/55/Ce, *loc. ult. cit.*

⁷¹ S. VILLANI, *Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario*, *cit. supra*, nota 41.

⁷² Conclusioni del Consiglio europeo, documento EUCO 18/22, 24 febbraio 2022, punto 1. Per il testo: <https://www.consilium.europa.eu/media/54503/st00018-it22.pdf>.

neando la grave violazione del diritto internazionale e dei principi della Carta ONU e il rischio per la sicurezza e la stabilità europee e mondiali⁷³. A parte evidenziare la continua solidarietà europea «anche mediante sostegno umanitario» all'Ucraina, riconoscere «la scelta europea dell'Ucraina, come indicato nell'accordo di associazione» e invitare la «Commissione a presentare misure di emergenza, anche riguardo all'energia», l'attivazione della direttiva non sembrava essere nei pensieri delle istituzioni europee⁷⁴.

Trascorsi solo sei giorni, mercoledì 2 marzo, la Commissione, a seguito di consultazioni formali con gli Stati membri, ha presentato al Consiglio una proposta di decisione di esecuzione circa l'attivazione della protezione temporanea⁷⁵. Considerata come «lo strumento più adeguato nella situazione attuale (...) alla luce della situazione straordinaria ed eccezionale [sia alla luce del] l'invasione militare dell'Ucraina da parte della Federazione russa, [sia del] l'entità dell'afflusso massiccio di persone sfollate»⁷⁶ e valutata l'urgenza della situazione, un accordo unanime in seno al Consiglio ha fatto sì che il 4 marzo la decisione venisse approvata e pubblicata contestualmente⁷⁷.

L'art. 1 della decisione accertava l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati ucraini nell'Unione a seguito del conflitto armato con la Federazione russa, dall'altro, istituiva in tutti gli Stati membri – ad eccezione della Danimarca⁷⁸ che ha mantenuto il suo diritto di *opt-out*⁷⁹ – la protezione

⁷³ Conclusioni del Consiglio europeo, documento EUCO 18/22, 24 febbraio 2022, *cit. supra*, nota 72.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Proposta di decisione di esecuzione (Ue) del 2 marzo 2022, della Commissione al Consiglio che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2001/55/Ce del Consiglio del 20 luglio 2001 e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, Com(2022)91 final.

⁷⁶ *Ivi*, *considerando* n. 16.

⁷⁷ Decisione di esecuzione (Ue) n. 2022/382 del Consiglio, del 4 marzo 2022, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2001/55/Ce e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, in *Gu -Ue* n. L 71 del 4 marzo 2022.

⁷⁸ *Ivi*, *considerando* n. 26. Nonostante ciò, la Danimarca ha adottato un atto che prevede una protezione simile a quella prevista nella direttiva sulla protezione temporanea, ossia lo *Special Act on Temporary Residence Permit for Persons Displaced from Ukraine*. Anche Islanda, Norvegia e Svizzera hanno introdotto strumenti a livello nazionale simili alla direttiva. Si veda in particolare European Union Agency for Asylum (EUAA), *Analysis of Measures to Provide Protection to Displaced Persons from Ukraine*, Situational Report, luglio 2022, disponibile all'indirizzo https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-07/2022_temporary_protection_Ukraine.pdf.

⁷⁹ Con l'espressione «opt-out» si intende il diritto di alcuni Stati membri dell'Unione di disporre delle c.d. opzioni di non partecipazione, ovvero uno strumento che fa sì che quando un determinato Stato membro non intende partecipare ad un ambito particolare della politica dell'Unione, può non parteciparvi evitando una situazione di stallo generale. Tale diritto è espressione della facoltà, prevista dalle norme dei Trattati, di un'applicazione differenziata delle norme del diritto dell'Unione. Secondo P. A. ZERVAKIS, *L'«integrazione differenziata»*.

temporanea. A ben vedere, seppure l'adozione della decisione del Consiglio sia stata rapida e abbia manifestato solidarietà all'Ucraina, l'accordo raggiunto tra gli Stati membri ha condotto a un testo parzialmente diverso rispetto alla proposta della Commissione⁸⁰ del quale vengono di seguito analizzati i principali profili critici⁸¹.

a. L'individuazione delle tre categorie di beneficiari

Innanzitutto, è necessario soffermarsi sulla già ampiamente discussa⁸² restrizione del campo soggettivo di applicazione della decisione di esecuzione rispetto alla proposta della Commissione.

Quest'ultima, infatti, aveva precisato che l'applicabilità della decisione era riservata a coloro che, dal 24 febbraio 2022, si sarebbero potuti qualificare come «sfollati». In particolare, all'art. 2, venivano elencate tre categorie: *a.* i cittadini ucraini residenti in Ucraina; *b.* i cittadini di Paesi terzi o apolidi che soggiornano legalmente in Ucraina e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio Paese o regione d'origine. Si precisava che nel requisito di «impossibilità di ritornare in condizioni sicure e stabili» non rientravano i beneficiari dello *status* di rifugiato, di protezione equivalente o richiedenti asilo che siano soggiornanti di lungo periodo, siano essi cittadini di Paesi terzi o apolidi. Infine, si prevedevano

Una via alternativa all'integrazione classica?, in *Il Federalista*, XLVIII, n. 3, 2006, p. 207, «integrazione differenziata o flessibilità sono espressioni usate per definire un qualsiasi insieme di accordi, entro (o addirittura al di fuori) il quadro istituzionale dell'UE, che si distacchi dal principio che tutti gli Stati membri debbano muoversi verso gli stessi obiettivi con la stessa velocità. La flessibilità può riguardare i partecipanti, gli obiettivi, la velocità, o un qualsiasi insieme di questi elementi». Per un'analisi più approfondita si veda: A. MIGLIO, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020; D. LEUFFEN - B. RITTBERGER - F. SCHIMMEL FELLING, *Differentiated integration. Explaining variation in the European Union*, Londra, Palgrave MacMillan, 2013; B. DE WITTE - D. HANF - E. VOS, *The many faces of differentiation in EU law*, Cambridge, Intersentia Uitgevers, 2003; C. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruyant, 2007.

⁸⁰ La Commissaria Ylva Johansson ha descritto le censure del Consiglio rispetto alla proposta della Commissione come «little adjustments». Si veda in proposito la conferenza stampa del 3 marzo 2022 del Consiglio Affari Interni disponibile all'indirizzo <https://video.consilium.europa.eu/event/en/25480>.

⁸¹ Si veda, per un'approfondita analisi anche: B. NASCIBENE, *Situazioni di crisi e protezione internazionale. Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea*, in *I Post di Aisdue*, 2022.

⁸² Si vedano in merito J. KIENAST - N. FEITH TAN - J. VEDSTED-HANSEN, *Preferential, differential or discriminatory?*, cit. supra, nota 3; G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?*, in *BlogDUE*, 2022; A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea*, cit. supra, nota 48; E. COLOMBO, *Il Consiglio adotta la decisione di esecuzione della direttiva sulla concessione della protezione temporanea: lo strumento più adatto per far fronte all'afflusso massiccio di sfollati ucraini*, in *BlogDUE*, 2022, pp. 6-7.

c. i familiari delle categorie sub *a.* e *b.* che, indipendentemente dal fatto che il familiare potesse ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio Paese o regione d'origine, si erano già ricongiunti in Ucraina al tempo delle circostanze connesse all'afflusso massiccio.

Nella decisione di esecuzione n. 2022/382, il Consiglio restringe la categoria di beneficiari di protezione creando tre categorie che, nonostante presentino la medesima causa di migrazione, a seconda del soddisfacimento di determinate condizioni, possono o meno ottenere la protezione temporanea (*considerando* n. 11). A fini descrittivi possiamo dunque individuare i beneficiari automatici, i beneficiari «a condizione sospensiva» e i beneficiari «a discrezionalità».

Tra i beneficiari automatici – ossia tutti coloro che sono direttamente considerati come beneficiari di protezione temporanea – rientrano i cittadini ucraini residenti in Ucraina prima del 24 febbraio 2022⁸³ e i loro rispettivi nuclei familiari⁸⁴, compresi gli «altri parenti stretti che vivevano assieme come parte del nucleo familiare (...) e che erano totalmente o parzialmente dipendenti» dal beneficiario, purché «la famiglia fosse già presente in Ucraina e vi soggiornasse prima del 24 febbraio 2022». Vi rientrano anche «apolidi e cittadini di Paesi terzi diversi dall'Ucraina che beneficiavano di protezione internazionale o equivalente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022»⁸⁵ e i rispettivi familiari⁸⁶ che vengono spostati dai *considerando* della proposta all'interno dell'art. 2 della decisione. Per quanto riguarda i familiari, la decisione ricalca la classificazione della proposta, con una definizione “generosa” che ricomprende coniugi, coppie di fatto, figli minori non sposati e altri parenti, come i genitori.

Nei beneficiari «a condizione sospensiva», invece, rientrano quei soggetti che, per poter essere considerati ai fini dell'applicazione della direttiva, devono soddisfare alcune condizioni, quali la residenza e l'impossibilità di tornare nel Paese o regione d'origine in condizioni sicure e stabili. Più nello specifico, ci si riferisce ai «cittadini di Paesi terzi o apolidi che soggiornano legalmente in Ucraina e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine». La loro protezione, ai sensi della direttiva o di una normativa nazionale considerata “adeguata”, è subordinata alle condizioni di poter dimostrare di aver soggiornato legalmente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 – tramite l'esibizione di un permesso di soggiorno valido rilasciato conformemente

⁸³ Art. 2, comma 1, lett. *a.*, della decisione di esecuzione (Ue) n. 2022/382, *cit. supra*, nota 77.

⁸⁴ *Ivi*, art. 2, comma 1, lett. *c.*, e comma 4.

⁸⁵ *Ivi*, art. 2, comma 1., lett. *b.*

⁸⁶ *Ivi*, art. 2, comma 1, lett. *c.*, e comma 4.

al diritto ucraino⁸⁷ – e alla condizione dell'impossibilità di ritornare in condizioni sicure e stabili nel Paese o regione d'origine. Negli orientamenti operativi forniti agli Stati membri per l'attuazione della decisione⁸⁸, la Commissione precisa che per «normativa nazionale adeguata» si intende una protezione «eventualmente alternativa alla protezione temporanea (...) che pertanto non garantisce necessariamente benefici identici (...) [ma che deve] rispettare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo spirito della direttiva»⁸⁹. Rispetto alla proposta iniziale, dunque, è possibile riscontrare un cambio di rotta anche nel requisito dell'impossibilità di ritornare in condizioni sicure e stabili. Nella proposta della Commissione, infatti, si stabiliva⁹⁰ che tale requisito non si applicasse ai cittadini di Paesi terzi o agli apolidi che fossero soggiornanti di lungo periodo in Ucraina. Nella decisione di esecuzione, al contrario, l'impossibilità⁹¹ diventa condizione sospensiva a prescindere dalla durata della permanenza in Ucraina⁹².

I beneficiari «a discrezionalità», invece, sono quei soggetti che più difficilmente otterranno la protezione temporanea. Rientrano in questa categoria «le altre persone, compresi gli apolidi e i cittadini di Paesi terzi diversi dall'Ucraina, che soggiornavano legalmente in Ucraina e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione d'origine»⁹³. Essi ricadono nell'alveo della discrezionalità dello Stato membro che può decidere se ampliare il campo di applicazione soggettivo (art. 7 della direttiva n. 2001/55/Ce) ad altre categorie di sfollati, oltre a quelle già previste, qualora la condizione di sfollato sia ascrivibile alle stesse ragioni e al medesimo Paese o regione d'origine.

Alla luce della norma, gli Stati membri possono dunque scegliere se garantire a questi soggetti protezione, non essendovi alcun obbligo in merito. Nella decisione si ritrova la raccomandazione, contenuta nei *considerando*⁹⁴, secondo cui gli Stati membri sono invitati ad estendere la prote-

⁸⁷ Decisione di esecuzione (Ue) n. 2022/382, *cit. supra*, nota 77, art. 2, comma 2.

⁸⁸ Comunicazione della Commissione europea, del 21 marzo 2022, relativa agli orientamenti operativi per l'attuazione della decisione di esecuzione (Ue) n. 2022/382 del Consiglio che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2001/55/Ce e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, in *Gu-Ue* n. C 126 I del 21 marzo 2022.

⁸⁹ *Ivi*, p. 3.

⁹⁰ Art. 2, lett. c., della proposta di decisione di esecuzione del 2 marzo 2022, Com(2022)91 final.

⁹¹ Per un apprendimento si veda S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU?*, in *Q and A in EU Law Analysis*, 2022.

⁹² M. PORCHIA, *L'attuazione della Direttiva 2001/55 sulla protezione temporanea: verso un nuovo concetto di solidarietà?*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, 2022, p. 3-4.

⁹³ Art. 2, comma 3, della decisione di esecuzione (Ue) n. 2022/382, *cit. supra*, nota 77.

⁹⁴ *Ivi*, *considerando* n. 13 e n. 14.

zione temporanea anche ad altre categorie, le quali «dovrebbero comunque essere ammesse nell'Unione per motivi umanitari senza richiedere (...) loro il possesso di un visto in corso di validità, di mezzi di sussistenza sufficienti o di documenti di viaggio validi, onde garantire loro un passaggio sicuro al fine del ritorno nel paese o nella regione d'origine». Ci si riferiva, ad esempio, ai cittadini di Paesi terzi che si trovavano in Ucraina per motivi di studio, di lavoro, o per qualsiasi altra motivazione, al momento degli eventi o anche a coloro che non possedevano lo *status* di soggiornante di lungo periodo o non erano residenti permanenti e a coloro che hanno lasciato l'Ucraina poco prima del 24 febbraio.

Al contrario, viene lasciata totale discrezionalità nella scelta se estendere i diritti contenuti nella direttiva, facendo già prevedere differenze interpretative e di valutazione delle circostanze individuali tra Stati membri⁹⁵.

Dal quadro che emerge si nota come, seppure si classifichi la protezione temporanea come una misura collettiva o di gruppo che garantisce un'acquisizione generalizzata e immediata di protezione, i singoli individui potrebbero avere difficoltà – non essendo prevista una valutazione individuale e personalizzata delle richieste – nel dimostrare di appartenere a una delle tre categorie o di possedere i requisiti richiesti⁹⁶.

La Commissione, nei suoi orientamenti operativi per la gestione delle frontiere esterne al fine di agevolarne l'attraversamento tra Unione e Ucraina⁹⁷, ha raccomandato, come accennato precedentemente, una deroga ai criteri del Codice Schengen, suggerendo agli Stati membri di «garantire che i cittadini di Paesi terzi non ucraini, diversi da quelli che rientrano nel campo di applicazione della direttiva sulla protezione temporanea o che hanno il diritto di rimanere nell'Unione sulla base di altri motivi, transitino

⁹⁵ J. KOO, *Protecting Ukrainian fleeing to the EU*, cit. supra, nota 38.

⁹⁶ M. PORCHIA, *L'attuazione della Direttiva 2001/55 sulla protezione temporanea: verso un nuovo concetto di solidarietà?*, cit. supra, nota 91, p. 5. Ma anche G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina*, cit. supra, nota 82; S. PEERS - V. MORENO LAZ - M. GARLICK - E. GUILD, *EU Immigration and Asylum Law*, cit. supra, nota 57; J. SCHULTZ - K. A. DRANGSLAND - M. A. KARLSEN - J. KIENAST - N. FEITH TAN - J. VEDSTED HANSEN, *Collective protection as a short-term solution: European responses to the protection needs of refugees from the war in Ukraine*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2022, p. 1-2; C. NASH, *Stateless people and refugees fleeing Ukraine*, in *EU Law Analysis*, 2022, dove si riportava che, secondo una recente stima della Banca Mondiale in Ucraina ci sarebbero 999 mila persone, al di sotto di quindici anni, senza un documento di riconoscimento o di nascita. Ma vi sono anche migranti o richiedenti asilo che risiedevano in Ucraina prima dello scoppio del conflitto ed erano già apolidi prima di lasciare il loro Paese d'origine (si pensi ai palestinesi e ai curdi).

⁹⁷ Comunicazione della Commissione europea, del 21 marzo 2022, relativa agli orientamenti operativi per l'attuazione della decisione di esecuzione (Ue) n. 2022/382 del Consiglio che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2001/55/Ce e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, cit. supra, nota 88.

nei loro Paesi di origine o di residenza abituale dopo l'ingresso». Nonostante ciò, è necessario ricordare come vi fossero già prove di *racial profiling* agli attraversamenti dei confini di questi Stati (per esempio in Polonia e in Ungheria⁹⁸) nei confronti di soggetti provenienti dal Sud dell'Asia o dal Mediterraneo e procedure di ulteriore *screening*, comprese situazioni assimilabili alla detenzione come in Polonia⁹⁹.

Un ulteriore punto critico è rappresentato anche dalla questione relativa al «paese o regione d'origine» che viene utilizzato in modo ambivalente all'interno della decisione¹⁰⁰ creando una sorta di distinzione tra sfollati. La direttiva prende in considerazione solo coloro che sono sfollati a causa di un evento accaduto nel proprio Paese di cittadinanza o di residenza abituale (o al massimo nella propria regione), denominato come «paese d'origine». D'altro canto, questa limitazione lascia fuori gli sfollati non cittadini o residenti del Paese di sfollamento creando così una disparità di trattamento tra i beneficiari di protezione internazionale ai quali può con-

⁹⁸ Si ricorda che proprio al fine di consentire a Polonia e Ungheria di accogliere i cittadini ucraini nel loro territorio, detti Stati hanno beneficiato di fondi collegati al Next Generation EU, nonostante le loro violazioni dello Stato di diritto ormai note (si veda nel merito: F. CASOLARI, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in DPCE Online, v. 28, n. 4, 2017; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in federalismi.it, n. 8, 2020, p. 195 ss.). In particolare, nel caso dell'Ungheria, però, la Commissione ha utilizzato per la prima volta il meccanismo di condizionalità (si veda: M. LANOTTE, *The activation of the conditionality mechanism against Hungary: better late than never!*, in EUBlog.eu, 2022) previsto dal Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092, del 16 dicembre 2020, del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione (Gu-Ue n. L 433 del 22 dicembre 2020). (Per un'analisi si veda: B. NASCIBENE, *Il rispetto della Rule of law e lo strumento finanziario. La condizionalità*, disponibile all'indirizzo <https://rivista.eurojus.it>, 2021, p. 172 ss.; J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, disponibile all'indirizzo <https://rivista.eurojus.it>, n. 2, 2022, p. 25 ss.). Nel caso della Polonia, invece, a seguito dell'approvazione del PNNR (si veda nel merito: M. LANOTTE, *L'approvazione del PNNR polacco da parte della Commissione: una scelta (non) condivisibile? Le tensioni nelle e tra le istituzioni europee*, in BlogDUE, 2022) è stato presentato un ricorso in annullamento della decisione di esecuzione del Consiglio da parte delle associazioni giudiziarie europee (sentenze della Corte di giustizia *Medel c. Consiglio e a.*, causa n. T-530/22; *Association of European Administrative Judges c. Consiglio*, causa n. T-532/22; *International Association of Judges c. Consiglio*, causa n. T-531/22; *Rechtlers voor Rechtlers c. Consiglio*, causa n. T-533/22. Nel merito del ricorso si veda: T. SHIPLEY, *European Judges c. Council: The European judiciary stands up for the rule of law*, in EULawLive, 2022).

⁹⁹ H. HANKIR - H. RABAH, *Arab refugees see double standards in Europe's embrace of Ukrainians*, Reuters, March 2, 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.reuters.com/world/arab-refugees-see-double-standards-europes-embrace-ukrainians-2022-03-02/>. Si veda anche in merito: A. FERRIS ROTMAN, *They Called Ukraine Home. But They Faced Violence and Racism When They Tried to Flee*, in Time, 1 marzo 2022, disponibile all'indirizzo <https://time.com/6153276/ukraine-refugees-racism/>.

¹⁰⁰ Nel merito si veda G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina*, cit. supra, nota 82, che sottolinea come si sia fatto un uso discutibile dei termini «paese d'origine»; S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU?*, in *Q and A in EU Law Analysis*, 2022.

cedersi la protezione temporanea e i soggiornanti di lungo periodo. Questi ultimi, infatti, possono essere protetti anche da una protezione nazionale “adeguata”, ma solo nel caso di impossibilità di ritorno in condizioni sicure e stabili nel proprio Paese d’origine. Il Consiglio non spiega le ragioni di questo trattamento diversificato, ma, come affermato da Morgese, «è concreto il rischio, in ultima analisi, che gli sfollati dall’Ucraina siano soggetti a discriminazioni a seconda della categoria cui appartengono, del Paese da cui provengono e dello Stato membro in cui soggiogneranno»¹⁰¹.

Infatti, se si guarda alla prassi degli Stati membri, pochi di essi hanno garantito protezione temporanea ai cittadini di Stati terzi o ad apolidi che non beneficiavano di protezione internazionale o che non possedevano un titolo di soggiorno di lungo periodo in Ucraina. Tra coloro che hanno esteso l’applicabilità della protezione temporanea ad ulteriori categorie di soggetti¹⁰² si menzionano Spagna¹⁰³, Portogallo¹⁰⁴, Slovenia e il Lussemburgo, che hanno esteso la protezione anche ai cittadini di Paesi terzi, residenti di breve durata in Ucraina. In Germania¹⁰⁵ e Finlandia¹⁰⁶, invece, so-

¹⁰¹ G. MORGESE, *L’attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall’Ucraina*, cit. supra, nota 82, pp. 4-5.

¹⁰² Come riporta M. INELI CIGER, *Reasons for the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022: A Tale of Double Standards*, in *ASILE Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War*, 2022, disponibile all’indirizzo <https://www.asileproject.eu/reasons-for-the-activation-of-the-temporary-protection-directive-in-2022-a-tale-of-double-standards/>: «Only a few Member States grant temporary protection to third country nationals and stateless persons who did not hold an international protection status or were holding permanent residence in Ukraine. For instance, Spain extended the scope of temporary protection to also persons of other nationalities or stateless persons who were legally residing in Ukraine before 24 February 2022 and Ukrainian citizens in Spain. In Portugal, temporary protection is extended to persons fleeing Ukraine who had temporary stay or a long-stay visa in Ukraine and are unable to return to a country or region of origin. Moreover, Germany extended temporary protection to non-Ukrainian third-country nationals who were legally residing in Ukraine on 24 February 2022 for more than a temporary short stay and whose return to the country of origin is unsafe. Whilst Finland extends temporary protection to third country nationals who were residing legally in Ukraine, even if that was on a short-term basis, if they cannot return to their countries of origin».

¹⁰³ UNHCR, *UNHCR welcomes Spain’s swift and broad implementation of the Temporary Protection Directive for refugees from Ukraine in Spain*, 17 marzo 2022, disponibile all’indirizzo <https://www.acnur.org/noticias/press/2022/3/62330b684/unhcr-welcomes-spains-swift-and-broad-implementation-of-temporary-protection.html>.

¹⁰⁴ European Network on Statelessness, *Briefing 3: Protection gaps for stateless refugees from Ukraine*, 23 giugno 2022, disponibile all’indirizzo https://www.statelessness.eu/sites/default/files/2022-06/ENS_BRIEFING_3-Protection-gaps-for-stateless_June-2022.pdf.

¹⁰⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, *The war in Ukraine – Fundamental rights implications within the EU. National legislation implementing the EU Temporary Protection Directive in selected EU Member States*, Agosto 2022, disponibile all’indirizzo <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/national-legislation-implementing-eu-temporary-protection-directive-selected-eu>.

¹⁰⁶ European Council for Refugees and Exiles (ECRE), *Information Sheet - Measures in response to the arrival of displaced people fleeing the war in Ukraine*, 17 giugno 2022, disponibile all’indirizzo <https://ecre.org/wp-content/uploads/2022/06/ECRE-Update-30-May-2022-Implementation-of-the-TPD.pdf>.

no stati considerati beneficiari anche i cittadini ucraini già residenti prima del 24 febbraio che non possono ritornare nel loro Paese d'origine. L'Italia¹⁰⁷, invece, si è conformata alle prescrizioni minime¹⁰⁸.

b. Ulteriori profili critici

Se il trattamento diversificato dei beneficiari di protezione temporanea avrà ripercussioni sulle condizioni personali degli sfollati, lo stesso può dirsi anche della ripartizione degli oneri tra Stati membri. Infatti, tra gli aspetti “innovativi” della decisione del Consiglio rispetto alla proposta della Commissione vi è la possibilità per i cittadini ucraini di scegliere in quale Stato membro usufruire della protezione temporanea.

Non solo, se da un lato si è riconosciuta la c.d. «rivoluzione copernicana»¹⁰⁹ della libera scelta in merito allo Stato al quale richiedere protezione e la libera circolazione dei beneficiari tra gli Stati membri, dall'altro lato, è mancata, all'interno della decisione, l'indicazione delle capacità ricettive dei singoli Stati membri.

Innanzitutto, nella dichiarazione degli Stati membri allegata alla decisione¹¹⁰, essi hanno deciso di non applicare l'art. 11 della direttiva n. 2001/55/Ce. Quest'ultimo stabilisce la riammissione, da parte di uno Stato membro, di «una persona che gode della protezione temporanea nel suo territorio, qualora questi soggiorni o tenti di entrare illegalmente nel territorio di un altro Stato membro nel periodo previsto dalla decisione del Consiglio di cui all'articolo 5», a meno che non vi sia un accordo bilaterale che preveda diversamente. La scelta è stata formalmente motivata dalla volontà di «sostenere gli Stati membri che costituiscono i principali punti di ingresso dell'afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina (...) e promuovere l'equilibrio degli sforzi di tutti gli Stati membri»¹¹¹. Nonostante ciò, tale valutazione è sicuramente riconducibile allo *status* privilegiato concesso agli ucraini, a prescindere dallo scoppio della guerra. Si ricorda che

¹⁰⁷ Si veda l'approfondimento dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, *Il sistema di protezione internazionale per i cittadini ucraini anche alla luce dei nuovi interventi normativi*, relazione n. 36, 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.cortedi-cassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rel036-2022.pdf>.

¹⁰⁸ B. NASCIBENE, *Editoriale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2022. Si veda, inoltre, M. DI FILIPPO - M. A. ACOSTA SÁNCHEZ, *La protezione temporanea, da oggetto misterioso a realtà operativa: aspetti positivi, criticità, prospettive*, in *Ordine Internazionale dei Diritti Umani*, 2022, pp. 944-950.

¹⁰⁹ D. THYM, *Temporary Protection for Ukrainians: the Unexpected Renaissance of “Free Choice”*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2022, p. 2.

¹¹⁰ Decisione di esecuzione (Ue) n. 2022/382, *cit. supra*, nota 77.

¹¹¹ *Ibidem*.

il rafforzamento delle relazioni tra Unione e Ucraina è da lungo tempo perseguito dal punto di vista istituzionale. Si rammenta che dal 1994 essa è legata all'Unione da un Accordo di partenariato e di cooperazione, poi sostituito, nel 2014, da un Accordo di associazione¹¹². Inoltre, nel 2008 entrarono in vigore gli accordi di facilitazione del rilascio dei visti e di riammissione, culminati con l'adozione del Regolamento sulla liberalizzazione dei visti nel 2017. Per questo, essa rientra nell'elenco previsto nell'allegato II del Regolamento n. 2018/1806¹¹³, secondo il quale i cittadini ucraini, titolari di passaporti biometrici, sono esenti dall'obbligo di visto all'atto di attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione per soggiorni la cui durata totale non superi i novanta giorni su un periodo complessivo di centottanta giorni (art. 4 del Regolamento e *considerando* n. 6 della decisione). Ciò permette, dunque, agli ucraini di entrare senza visto e circolare liberamente nel territorio dell'Unione per novanta giorni e di spostarsi liberamente in altri Stati membri, anche se per brevi periodi, anche dopo aver ottenuto lo *status* di protezione temporanea. Inoltre, si rammenta che, pur senza poter vantare alcun diritto in merito, secondo quanto stabilito dall'art. 26 della direttiva, i beneficiari possono anche fare domanda di trasferimento della protezione temporanea da uno Stato all'altro.

Tale scelta, se collegata a quella della libera scelta in ordine allo Stato al quale richiedere protezione è ancora più sorprendente. Infatti, visti gli scontri avvenuti in merito al *burden sharing* a seguito degli afflussi cospicui nel 2015-2016 e alla poca chiarezza presente nella direttiva ci si sarebbe aspettato uno scenario simile anche nella gestione della crisi ucraina, a maggior ragione essendo già gli ucraini una categoria esente da visto e avendo deciso di non prevedere l'attivazione dell'art. 11 in tema di ricollocazione. Sorprendentemente, non è stata prevista nessuna quota di distribuzione degli sfollati tra Stati. Al contrario, si è optato per una redistribuzione *de facto*¹¹⁴ basata sulla libera scelta, per cui i beneficiari di protezione temporanea possono decidere liberamente lo Stato membro di destinazione (*considerando* n. 16 decisione). Tale decisione, considerata da alcuni pragmatica visto l'elevato numero di arrivi¹¹⁵, pare essere giustificata

¹¹² Si veda sul punto T. CERRUTI, *Ucraina e Unione Europea: ragioni di un avvicinamento graduale*, in *Sidiblog*, 2022. Sulla richiesta di adesione dell'Ucraina all'Unione europea si veda F. CASOLARI, *L'Ucraina e la (difficile) prospettiva europea*, in *BlogDUE*, 2022.

¹¹³ Regolamento (Ue) n. 2018/1806 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018 che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, in *Gu-Ue* n. L 303 del 28 novembre 2018.

¹¹⁴ A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea*, *cit. supra*, nota 48, p. 8.

¹¹⁵ D. THYME, *The Unexpected Renaissance of Free Choice*, in *Verfassungsblog*, 2022, pp. 4-6.

dalla presa di coscienza che «all'indomani dell'annessione illegale della Repubblica autonoma di Crimea e della città di Sebastopoli da parte della Russia nel 2014 e dalla guerra nella parte orientale dell'Ucraina, si prevede che metà degli ucraini che giungono nell'Unione grazie al regime di esenzione dal visto (...) raggiungerà i familiari o cercherà lavoro nell'Unione, mentre l'altra metà richiederà protezione internazionale¹¹⁶.

Nonostante ciò, il *considerando* n. 16 della decisione afferma che i beneficiari, anche se in condizioni già privilegiate, dovrebbero potersi avvalere «dei diritti derivanti dalla [protezione temporanea] solo nello Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno». Ciò a significare che una volta ottenuta la protezione temporanea in uno Stato membro, i soggetti resterebbero legittimati ad avvalersi dei diritti ad essa connessi esclusivamente nello Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno. Tuttavia, qualora i beneficiari decidessero di spostarsi ciò non dovrebbe pregiudicare la possibilità di vedersi rilasciato un titolo di soggiorno da un altro Stato membro¹¹⁷.

Se da un lato tale impostazione ha inaugurato una sorta di cultura dell'accoglienza, sconosciuta nella storia dell'Unione¹¹⁸, dall'altro lato una simile apertura si scontra con un ulteriore aspetto critico della decisione, ossia la mancata indicazione delle capacità ricettive di ogni Stato membro.

Come accennato, gli artt. 5 e 25 della direttiva indicano come la decisione si debba fondare sull'indicazione, in termini generali o numerici, della capacità di accoglienza di ogni singolo Stato membro. Nel *considerando* n. 20 della decisione, infatti, si richiama l'obiettivo di coordinazione e monitoraggio delle capacità di accoglienza negli Stati membri attraverso una «piattaforma di solidarietà» che permetta uno scambio di informazioni anche sul numero di persone che beneficiano di protezione temporanea in ogni Stato. Si aggiunge che «sulla base delle informazioni comunicate da alcuni Stati membri nell'ambito della rete dell'UE per la preparazione e per la gestione delle crisi nel settore della migrazione, le capacità di accoglienza, in aggiunta alla capacità di assorbimento della diaspora ucraina residente nell'Unione, sono pari a oltre 310 000 posti». Le motivazioni dietro questa assenza sono state ricondotte alla rapidità ed eccezionalità della situazione che ha portato all'attivazione della direttiva, ma

¹¹⁶ Proposta di decisione di esecuzione (Ue) del 2 marzo 2022, della Commissione al Consiglio che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2001/55/Ce del Consiglio del 20 luglio 2001 e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, Com(2022)91 final, *considerando* n. 3.

¹¹⁷ A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea*, cit. *supra*, nota 48

¹¹⁸ *Ivi*, p. 2.

anche alla forse celata intenzione di alcuni Stati membri di accogliere un numero inferiore di sfollati rispetto al sistema delle quote, andando con ciò ad incrinare potenzialmente la tenuta del sistema di accoglienza dell'Unione e l'obiettivo della direttiva stessa¹¹⁹. Una simile lacuna non può essere tralasciata, specialmente in vista del possibile sbilanciamento, anche nel lungo periodo, dei flussi degli sfollati tra Stati membri, soprattutto nei confronti di quegli Stati che già presentano fenomeni di diaspora di ucraini nel loro territorio. Per non parlare delle ricadute, sempre nel lungo periodo, nelle future domande di protezione internazionale (art. 18 direttiva), le quali dovranno essere valutate da quegli Stati che hanno «accettato il trasferimento» degli sfollati nel loro territorio, ossia quelli di accoglienza e successivo rilascio del titolo di soggiorno¹²⁰.

IV. L'insuccesso delle precedenti richieste di attivazione della direttiva e il successo nel caso ucraino

Se è possibile salutare con favore la decisione del Consiglio di concedere la protezione temporanea per gli ucraini, ci si chiede per quali ragioni solamente il conflitto russo-ucraino ne abbia permesso l'attivazione. Infatti, negli anni passati, diversi Stati membri, per il tramite dei rispettivi parlamentari europei, ne hanno richiesto l'attivazione a fronte di afflussi massicci di persone, giustificati non solo da guerre in corso, ma anche da crisi umanitarie che si stavano consumando ai confini europei.

La dottrina, dal canto suo, si è a lungo interrogata sui motivi della mancata applicazione della direttiva n. 2001/55/Ce, soprattutto con riferimento ai casi di violenza e di conflitto che seguirono la caduta del Presidente Zine el-Abidine Ben Ali e che spinsero molti ad abbandonare la Tunisia¹²¹ nel 2011. Si ricorda anche la caduta del regime di Gheddafi in Libia e l'intervento della NATO, cause che incrementarono il numero di richiedenti asilo sulle coste mediterranee¹²². In quell'occasione, i parlamentari europei Simon Busuttil e Salvatore Iacolino sollecitarono la Commissione a proporre l'attivazione del meccanismo di solidarietà contenuto nel-

¹¹⁹ G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina*, cit. supra, nota 82, pp. 4-5.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ UNHCR, *Abusi, protezione e giustizia lungo le rotte tra Africa orientale e la sponda meridionale del mediterraneo*, 2019, disponibile all'indirizzo <https://www.unhcr.org/uk/5f8d7f064.pdf>.

¹²² *Ibidem*. Si veda anche A. KLUNG, *Regional developments: Europe*, in A. ZIMMERMANN - F. MACHTS - J. DORCHNER (edito da), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2011, p. 133.

la direttiva¹²³. Come è noto, le richieste italiane e maltesi furono rigettate dal Consiglio GAI lamentando la mancanza delle condizioni richieste per la sua attivazione¹²⁴. Secondo le stime dell'Alto Commissariato per i rifugiati delle Nazioni Unite (UNHCR), quasi un milione di rifugiati e migranti arrivò irregolarmente in Europa via mare e più di quattromila persone persero la vita nel tentativo di raggiungere le coste europee¹²⁵. Nel 2015, invece, la parlamentare europea Elisabetta Gardini chiese alla Commissione se vi fossero le condizioni giuridiche per richiedere l'attivazione della direttiva al Consiglio, alla luce del conflitto siriano e della perdurante crisi mediterranea¹²⁶. Anche in quel caso, come è noto, la direttiva non fu implementata¹²⁷, perché, secondo la Commissione, «*the numbers have not been reached*»¹²⁸.

Le ragioni di tali reticenze sono state ricondotte a diversi motivi, alcuni politici ed altri strutturali e legati al testo della direttiva¹²⁹. Ci si riferiva, in particolare, alla complessità di definire un afflusso massiccio di sfollati, alla necessità di affrontare articolate e lente procedure per l'attivazione della direttiva e alla difficoltà di raggiungere un accordo in seno al Consiglio.

In primo luogo, la difficile definizione di «afflusso massiccio di sfollati» così come previsto dall'art. 2 della direttiva. Essa lo definisce come «l'arrivo nella Comunità di un numero considerevole di sfollati, provenienti da un paese determinato o da una zona geografica determinata, sia che il loro arrivo avvenga spontaneamente o sia agevolato, per esempio mediante un programma di evacuazione». Come è evidente, tale enuncia-

¹²³ B. NASCIBENE - A. DI PASCALE, *The Arab Spring and the Extraordinary Influx of People who Arrived in North Italy from North Africa*, in *European Journal of Migration Law*, vol. 13, 2011, p. 346.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 347.

¹²⁵ UNHCR, *Refugees/Migrants Emergency Response - Mediterranean*, disponibile all'indirizzo <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>.

¹²⁶ D. GLUNS - J. WESSELS, *Waste of Paper or Useful Tool? The Potential of the Temporary Protection Directive in the Current "Refugee Crisis"*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 36, 2017, p. 79.

¹²⁷ Interrogazione parlamentare, Domanda della parlamentare Elisabetta Gardini, 14 ottobre 2014, disponibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/10_e_008507_2014_question/10_e_008507_2014_question_en.pdf. Per ulteriore approfondimento si veda: M. INELI CIGER, *Has the Temporary Protection Directive become obsolete? An Examination of the Directive and its Lack of Implementation in view of the Recent Asylum Crisis in the Mediterranean*, in C. BAULOZ - M. INELI CIGER - S. SINGER - V. STOYANOVA (eds.), *Seeking Asylum in the European Union: Selected Protection Issues Raised by the Second Phase of the Common Asylum System*, Leiden, Brill Academic Publishers, 2015, pp. 232-236; EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Temporary Protection Directive*, cit. *supra*, nota 27, p. 19.

¹²⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Temporary Protection Directive*, loc. cit.

¹²⁹ M. INELI CIGER, *Has the Temporary Protection Directive become obsolete?*, loc. cit., pp. 225-246.

zione è volutamente particolarmente vaga e ampia e non prevede indicatori chiari e oggettivi per stabilire quando si è in presenza di un simile afflusso¹³⁰. La ragione di tale vaghezza è stata ricondotta dalla Commissione alla necessità legittima di considerare la direttiva uno strumento flessibile, invocabile caso per caso e capace di poter ricomprendere diversi tipi di afflussi e di pressioni sui sistemi di accoglienza degli Stati membri. L'intenzione apprezzabile era dunque di evitare una definizione ancorata a soglie numeriche¹³¹, con ciò, però, assoggettandola ad un'ampia discrezionalità interpretativa¹³².

La Commissione, nella proposta di direttiva¹³³, ha cercato di circoscrivere gli elementi caratteristici di un «afflusso massiccio», sottolineando come l'afflusso debba provenire dallo stesso Paese o area geografica e che l'arrivo graduale di richiedenti asilo, rifugiati o sfollati da un singolo Paese o regione d'origine non possa, di per sé, giustificare l'introduzione della protezione temporanea. La Commissione ha poi precisato come possa accadere che il movimento delle persone, inizialmente graduale, si intensifichi in tal modo da diventare massiccio rendendo un normale sistema di asilo incapace di gestire l'affluenza. Infine, precisa che è «impossibile quantificare preventivamente ciò che costituisce un afflusso massiccio»¹³⁴. Inoltre, nello Studio sulla direttiva sulla Protezione Temporanea proposto dalla Commissione¹³⁵ erano stati suggeriti comunque degli indicatori da tenere in considerazione: il numero assoluto di richiedenti asilo in arrivo per giorno/settimana/mese, un aumento degli arrivi e di domande di protezione rispetto ai periodi precedenti registrati, il tasso di occupazione delle strutture di accoglienza in uno Stato membro e quello di disoccupazione nello Stato ricevente, insieme alla densità di popolazione e il Pil dello Stato membro ricevente¹³⁶.

Nonostante queste linee guida, alcune delle quali comunque pubblicate successivamente alle richieste, il nodo interpretativo e discrezionale della Commissione rimane. Infatti, nel 2011 quando Italia e Malta ne richie-

¹³⁰ N. ARENAS, *The Concept of Mass Influx of displaced persons in the European Directive*, cit. supra, nota 31, p. 7. Ma anche K. KERBER, *Temporary Protection in the European Union*, cit. supra, nota 31.

¹³¹ M. INELI CIGER, *Temporary Protection in Law and Practice*, cit. supra, nota 31, p. 152.

¹³² EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Temporary Protection Directive*, cit. supra, nota 27, p. 16.

¹³³ Proposta di direttiva del 24 maggio 2000, del Consiglio sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea, Com(2000)303 final, cit. supra, nota 34, considerando n. 2.

¹³⁴ *Ivi*, considerando n. 14.

¹³⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Temporary Protection Directive*, loc. cit., p. 16.

¹³⁶ M. INELI CIGER, *Temporary Protection in Law and Practice*, loc. cit., p. 152.

sero l'attivazione, la Commissione si esprime in termini di impossibilità, affermando come fosse ancora prematuro attivare la direttiva e sottolineando l'esistenza di altri strumenti per sostenere Italia e Malta¹³⁷.

Similmente, durante la crisi migratoria del 2015 che colpiva maggiormente Italia e Grecia, la richiesta di attivazione della direttiva arrivò da più voci¹³⁸. E in sede di dibattito svoltosi nella commissione LIBE il 26 febbraio 2015, la Commissione semplicemente argomentò che «secondo le statistiche di Eurostat, quasi 100 000 siriani hanno chiesto asilo nell'UE tra gennaio e ottobre 2014. In considerazione della portata dell'afflusso e del modo in cui sono state trattate le domande di asilo di tali persone, la Commissione ritiene che, nelle circostanze attuali, non sarebbe giustificata la proposta di attivare il regime di protezione temporanea a livello dell'UE previsto dalla direttiva summenzionata», con ciò stando a significare che «i numeri non erano stati raggiunti»¹³⁹. In realtà, secondo le stime riportate dalla *European Union Agency for Asylum* (EASO), nel 2015 più di un milione di persone considerate come *new applicants* arrivarono in Europa via mare e presentarono domanda di protezione internazionale¹⁴⁰. La soluzione interpretativa trovata dalla Commissione fu quella di valutare «il quadro vigente in materia di protezione temporanea per rendere l'Unione più preparata a gestire i flussi migratori massicci»¹⁴¹. Si giustificò il diniego ritenendo che i sistemi di asilo fossero in grado di gestire l'afflusso, facendo dunque una prognosi anticipata della tenuta del sistema, contrariamente a quanto affermato, dalla stessa Commissione, nella proposta di direttiva circa l'impossibilità di prevedere ciò che costituirà un flusso massiccio di persone in futuro.

¹³⁷ B. NASCIMBENE - A. DI PASCALE, *The Arab Spring*, cit supra, nota 123, pp. 341-360.

¹³⁸ Documento di lavoro del 15 luglio 2017, sull'art. 80 TFUE del Parlamento europeo, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/226743/Session_2_-_Working_Doc_on_art_80_TFEU_solidarity_and_fair_sharing.pdf.

¹³⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Temporary Protection Directive*, cit. supra, nota 27, pp. 5-8, 16.

¹⁴⁰ European Union Agency for Asylum, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*, 2015, disponibile all'indirizzo <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-04/BZAB16001ENN.en.pdf>. All'interno del report (p. 8) si precisa che «While the number of applicants in the EU+ has steadily grown since 2010, the increase in 2015 was unprecedented. EU+ countries recorded more than twice as many applicants than the previous year (+ 110%), the largest year-to-year increase since 2008. Of these, 95% were new applicants, i.e. persons who were never registered before in the asylum system of the reporting EU+ country. This was a higher proportion than in previous years (about 90%) due mainly to increased new arrivals from conflict zones outside the EU. This proportion, however, varied greatly with the citizenship of the applicant: for example, 99% of Syrian applicants were first-time applicants, compared to 64 % of Serbian applicants».

¹⁴¹ Interrogazione parlamentare, Risposta di Dimitris Avramopoulos a nome della Commissione in riferimento all'interrogazione E-008507/2014, 28 gennaio 2015, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2014-008507-ASW_IT.html.

La giustificazione addotta dalla Commissione circa la tenuta dei sistemi nazionali si scontrò poi con le misure introdotte successivamente che, in realtà, attestavano la presenza di una crisi migratoria. Ci si riferisce al c.d. Piano d'azione sulla migrazione¹⁴², seguito poi dall'Agenda europea sulla migrazione¹⁴³. Essa ricomprendeva una serie di misure per gestire la crisi migratoria, tra cui meccanismi di ricollocazione d'emergenza per assistere l'Italia e la Grecia, un aumento del *budget* di Frontex per la gestione delle operazioni congiunte «Tritone e Poseidone» e un piano d'azione in tema di tratta¹⁴⁴. Tutte misure che testimoniavano, dunque, un problema nella tenuta dei sistemi d'asilo e nella percezione negativa in tema di accoglienza e di gestione di un numero elevato di richiedenti.

La risposta europea non fu di solidarietà e di coesione, ma fu di chiusura, sia dei confini sia delle richieste degli Stati membri. La soluzione che si trovò fu la conclusione dell'accordo con la Turchia¹⁴⁵ – la quale attualmente ospita più di 4 milioni di rifugiati e richiedenti asilo – con il primario obiettivo di bloccare i flussi provenienti dalla Turchia¹⁴⁶.

Il caso ucraino è la dimostrazione di come una puntuale definizione di afflusso massiccio, in realtà, dipenda dalle valutazioni politiche svolte caso per caso, sia dalla Commissione, sia dagli Stati membri, i quali valutano differentemente anche il grado di pericolosità del Paese o regione d'origine¹⁴⁷. Nel 2015-2016 un ruolo decisivo è stato giocato anche dai Paesi o zone d'origine dei richiedenti protezione e dalla paura del c.d. *pull factor*¹⁴⁸, ossia dell'arrivo di ulteriori sfollati, insieme alla consapevolezza

¹⁴² Comunicato stampa della Commissione europea, *Joint Foreign and Home Affairs Council: Ten Point Action Plan on Migration*, 20 Aprile 2015, disponibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4813_en.htm.

¹⁴³ Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato europeo economico e sociale e al Comitato delle regioni, Agenda Europea sulla migrazione, Com(2015)240 final.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio che gestisce la crisi dei rifugiati, Stato dell'arte dell'implementazione delle priorità di azione dell'Agenda Europea sulla migrazione, Com(2015)510 final, disponibile solo in lingua inglese all'indirizzo http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/communication_on_eam_state_of_play_20151014_en.pdf.

¹⁴⁶ K. RYGIEL - F. BABAN - S. ILCAN, *The Syrian refugee crisis: The EU-Turkey "deal" and temporary protection* in *Global Social Policy*, vol. 16, 2016, p. 317. In particolare, l'Europa e la Turchia hanno stabilito che tutti «new irregular migrants crossing from Turkey into Greek islands as from 20 March 2016 will be returned to Turkey». Secondo quanto stabilito nella Dichiarazione, la Turchia prenderà tutte le misure necessarie al fine di prevenire la creazione di nuove rotte – sia via mare sia via terra – e coopererà con gli Stati limitrofi e con l'Europa per il raggiungimento di questi fini.

¹⁴⁷ S. VILLANI, *Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario*, cit. *supra*, nota 41, p. 396.

¹⁴⁸ Il modello di *push-pull* offre un *framework* concettuale che prevede l'esistenza di fattori c.d. *push*, ossia condizioni presenti nei Paesi d'origine che portano i soggetti a lasciare

che, nel contesto politico dell'epoca, una protezione solo temporanea non sarebbe bastata¹⁴⁹.

A dimostrazione di tale cambio di rotta, la Commissione ha valutato la portata dell'afflusso dei cittadini ucraini come «un evidente rischio [per] i sistemi di asilo degli Stati membri [che potrebbero non essere] in grado di gestire gli arrivi senza conseguenze negative per il proprio funzionamento» (*considerando* n. 7 della proposta di decisione) e, da tale rischio, ha fatto derivare la conseguenza che «la protezione temporanea [fosse] lo strumento più adeguato» (*considerando* n. 14 della proposta di decisione). La Commissione ha dunque fornito anticipatamente una valutazione sull'incapacità degli Stati membri confinanti con l'Ucraina di gestire un simile afflusso¹⁵⁰, rifacendosi alle stime dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati, secondo cui «fino a 4 milioni di persone potrebbero potenzialmente fuggire dall'Ucraina» (*considerando* n. 6 della proposta di decisione).

Ad onore del vero non si può negare come l'afflusso massiccio di siriani nel 2015, seppur rilevante, non sia comparabile, a livello numerico, con quello degli Ucraini tutt'ora in corso, stante la rapidità dello sfollamento e il costante aumento di persone sfollate. Innegabilmente, i numeri di sfollati causati dalla crisi ucraina sono inediti e, come illustrato precedentemente, si tratta di una crisi che ha colpito anche cittadini che godevano già di uno *status* privilegiato, inquadrato in relazioni istituzionali già avviate (si pensi al già nominato Accordo di associazione¹⁵¹ e al recente dibattito in merito alla candidatura dell'Ucraina ex art. 49 TUE¹⁵²), rendendo così il contesto geopolitico per la sua attivazione più semplice ed

il loro Paese, ma anche fattori c.d. *pull*, ossia condizioni che attraggono i migranti verso determinati Paesi. Si veda nel dettaglio per un'analisi completa: S. CARRERA - N. CHUN LUK - F. MAGER - M. STEFAN, *European Union Policies on Onward and Secondary Movements of Asylum-seekers and Refugees. A Critical Mapping of the EU's Migration Management Complex*, in *CEPS*, 2020, disponibile all'indirizzo https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2022/03/ITFLOWS-report_Movements-of-Asylum-seekers-and-Refugees.pdf.

¹⁴⁹ In Norvegia, infatti, questa è stata la considerazione portata avanti, anche pubblicamente, dal Primo Ministro Erna Solberg nel 2015 per giustificare la mancata adozione delle previsioni nazionali per una protezione temporanea collettiva. Si veda nel merito: J. SCHULTZ - K. A. DRANGSLAND - M. A. KARLSEN - J. KIENAST - N. FEITH TAN - J. V. HANSEN, *Collective protection as a short-term solution: European responses to the protection needs of refugees from the war in Ukraine*, *cit. supra*, nota 96, pp. 3-4.

¹⁵⁰ M. PORCHIA, *L'attuazione della Direttiva 2001/55 sulla protezione temporanea: verso un nuovo concetto di solidarietà?*, *cit. supra*, nota 92, pp. 2-3.

¹⁵¹ Accordo di associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 161 del 29 maggio 2014.

¹⁵² Comunicazione del Consiglio dell'Unione europea del 4 marzo 2022 (CM 2003/22), Domanda di adesione dell'Ucraina all'Unione europea - Trasmissione ai parlamenti degli Stati membri, p. 9. Si veda nel merito: F. CASOLARI, *L'Ucraina e la (difficile) prospettiva europea*, *cit. supra*, nota 112.

immediato rispetto agli altri casi, ma in qualche modo anche preferenziale¹⁵³ confermando, nuovamente, il c.d. *double standard* europeo in materia migratoria.

Non si deve dimenticare, come illustrato da Ineli Ciger, che nella decisione di esecuzione il Consiglio ha affermato: «[l'] invasione [russa] punta a compromettere la sicurezza e la stabilità europee e mondiali» (*considerando* n. 3) e che «l'Unione (...) continuerà a dimostrare il proprio fermo sostegno all'Ucraina e ai suoi cittadini, posti di fronte a un atto di aggressione senza precedenti da parte della Federazione russa» (*considerando* n. 4). Da ciò pare dedursi che l'attivazione della direttiva sia una risposta all'invasione militare russa e ci si chiede cosa si sarebbe potuto garantire se al posto della Russia vi fosse stato un altro Paese¹⁵⁴.

Sono state poi smentite anche le ulteriori critiche che negli anni hanno giustificato la mancata attivazione della direttiva. Si riteneva, infatti, che per la sua attivazione fossero necessarie articolate e lente procedure e che un accordo politico in seno al Consiglio fosse difficilmente raggiungibile. E ancora più improbabile si riteneva il raggiungimento di un accordo tra Capi di Stato e di Governo nei casi in cui un afflusso massiccio di sfollati colpisse solo un numero limitato di Stati membri, come avevano dimostrato le sopra citate precedenti richieste¹⁵⁵.

Anche queste osservazioni si sono rivelate irrilevanti nel caso ucraino, stante l'adozione della direttiva a distanza di cinque giorni dalla proposta. Inoltre, a meno di dieci giorni dall'inizio della guerra, gli Stati membri più colpiti erano solo quattro (Ungheria, Polonia, Slovacchia e Romania) e ciò, comunque, non ha impedito il raggiungimento non solo della maggioranza qualificata, ma addirittura dell'unanimità in seno al Consiglio.

Inoltre, si riteneva che la latitanza nell'attivazione della direttiva negli anni passati fosse dovuta alla paura che la concessione della protezione temporanea potesse generare un *pull factor*, creando le basi per ulteriori futuri arrivi¹⁵⁶. Le preoccupazioni erano, in particolare, degli attuali Paesi più colpiti – in termini di numero di sfollati – dalla crisi ucraina, ossia quelli del gruppo di Visegrad. Infine, molti Stati membri credevano che un afflusso massiccio di rifugiati o migranti potesse essere tranquillamente

¹⁵³ J. KIENAST - N. FEITH TAN - J. VEDSTED-HANSEN, *Preferential, differential or discriminatory?*, cit. *supra*, nota 3.

¹⁵⁴ M. INELI CIGER, *5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2022, p. 3.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

gestito dai sistemi di asilo e di accoglienza nazionale, senza la necessità dell'attivazione della protezione temporanea.

V. Riflessioni conclusive

Alla luce della sua recente attivazione, rimane da interrogarsi sul futuro della direttiva n. 2001/55/Ce. Come accennato precedentemente, si riteneva che, per come era stata disegnata, essa non potesse essere utilizzata. Le argomentazioni si rifacevano ad aspetti procedurali, alla mancanza di solidarietà tra Stati membri sia nel momento dell'attivazione, sia nella gestione successiva degli sfollati una volta che «l'afflusso massiccio» si fosse normalizzato¹⁵⁷.

A testimonianza delle reticenze circa la sua attivazione, quando nel 2015 il Consiglio istituì un meccanismo di ricollocazione vincolante, a beneficio dell'Italia e della Grecia¹⁵⁸ ai sensi dell'art. 78, comma 3 TFUE, per trasferire principalmente rifugiati siriani, Slovacchia e Ungheria e altri Stati membri presentarono diversi ricorsi di annullamento davanti alla Corte di giustizia¹⁵⁹ lamentando una violazione del TFUE che invece prevede misure temporanee da porre in atto rapidamente¹⁶⁰. La Corte di giustizia sostenne che il carattere eccezionale delle misure provvisorie era comunque ritenuto più appropriato rispetto al meccanismo di solidarietà previsto nella direttiva sulla protezione temporanea¹⁶¹.

Inoltre, nel 2020, la Commissione presentò un pacchetto di riforme legislative per integrare e riformare il SECA, il c.d. Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. In quella sede, e più specificatamente nella proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo¹⁶², la Commissione aveva affermato che

¹⁵⁷ M. INELI CIGER, *5 Reasons Why: Understanding the reasons*, cit. supra, nota 154.

¹⁵⁸ Decisione (Ue) n. 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in *Gu-Ue* n. L 248 del 24 settembre 2105, p. 80.

¹⁵⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 6 settembre 2017 in cause riunite n. C-643 e n. 647/15, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2017, IX, EU:C:2017:631 nonché del 2 aprile 2020 in cause riunite n. C-715/17, n. C-718/17 e n. C-719/17, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, in *Raccolta*, 2020, IV, EU:C:2020:257. Si veda nel merito: G. MORGESE, *The Dublin System vis-à-vis EU Solidarity before the European Court of Justice: The Law, The Whole Law, and Nothing But the Law!* in G. C. BRUNO, F. M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (edito da), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, Roma, Giappichelli, 2019, pp. 381-408.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 291.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 255.

¹⁶² Proposta di regolamento (Ue) del 23 settembre 2020, della Commissione al Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, Com(2020)613 final.

la direttiva n. 2001/55/Ce «non risponde più all'attuale realtà degli Stati membri e deve essere abrogata» e sostituita con la previsione di una «protezione immediata agli sfollati di Paesi terzi esposti a elevati rischi di subire violenza indiscriminata, in situazioni eccezionali di conflitto armato, e che non possono ritornare nel loro paese d'origine».

A ben vedere, la decisione del Consiglio nel caso ucraino ha sconfessato molte delle critiche che erano state mosse e messo anche in dubbio la necessità di una sua abrogazione così come era stata evidenziata nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. L'attivazione della direttiva n. 2001/55/Ce ha rivelato un processo decisionale snello, al contrario delle censure circa il raggiungimento di una maggioranza qualificata; una distribuzione dei carichi tra Stati membri che abbandona l'idea rigida e centralizzata delle quote e del sistema Dublino e che riconosce e dà importanza, in maniera innovativa, all'esistenza di una diaspora ucraina in corso in Europa. La decisione, in maniera innovativa, ha individuato una doppia libertà di scelta, da parte dei beneficiari e da parte degli Stati membri con l'abbandono del sistema delle riammissioni¹⁶³, dimostrando in maniera plastica che un equilibrio degli sforzi è possibile.

È anche vero, come già affermato, che nessuna delle crisi migratorie precedenti corrispondeva in modo così esatto al dettato della direttiva: non vi era mai stato un numero di sfollati così elevato e non vi era mai stato un afflusso di persone causato in maniera diretta da un conflitto in Europa. Queste valutazioni si ritrovano sia nella proposta della Commissione sia nella decisione di esecuzione del Consiglio. Infatti, la Commissione nell'esplicitare la coerenza della proposta con gli strumenti esistenti in materia di migrazione, affermava che «la presente proposta è pienamente coerente con l'*acquis* dell'UE in materia di asilo in quanto la direttiva sulla protezione temporanea (...) è stata adottata per far fronte a una situazione straordinaria di afflusso massiccio di sfollati, analogamente a quanto avviene oggi con l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa»¹⁶⁴. Similarmente, come già notato, il Consiglio nella decisione n. 2022/382 osservava come «a seguito dell'invasione, che punta a compromettere la sicurezza e la stabilità europee e mondiali, nelle conclusioni del 24 febbraio 2022 il Consiglio europeo ha condannato con la massima fermezza l'ag-

¹⁶³ Per un'analisi approfondita si veda M. BORRACETTI, "To quota" or "not to quota"? *The EU Facing Effective Solidarity in Its Asylum Policy*, disponibile all'indirizzo <https://rivista.eurojus.it>, 2015.

¹⁶⁴ Proposta di decisione di esecuzione (Ue) del 2 marzo 2022, della Commissione al Consiglio che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2001/55/Ce del Consiglio del 20 luglio 2001 e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, Com(2022)91 final, p. 4.

gressione militare non provocata e ingiustificata della Russia nei confronti dell'Ucraina»¹⁶⁵. Inoltre, sempre all'interno della decisione, il Consiglio evidenziava come «in funzione dell'evoluzione del conflitto e sulla base delle stime attuali, esiste la probabilità che l'Unione debba far fronte a un numero altissimo di sfollati, potenzialmente tra 2,5 e 6,5 milioni, a causa del conflitto armato, dei quali si prevede che tra 1,2 e 3,2 milioni chiederebbero protezione internazionale. L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) stima che, nello scenario peggiore, fino a 4 milioni di persone potrebbero potenzialmente fuggire dall'Ucraina»¹⁶⁶.

D'altra parte, sono da tenere in considerazione le conseguenze a lungo termine dell'attivazione di questa direttiva. Come illustrato, «*the reality in that forced displacement nowadays is not only vastly more widespread but is simply no longer a short-term and temporary phenomenon*»¹⁶⁷. Infatti, la libertà di scelta lasciata sia ai beneficiari sia agli Stati membri potrebbe rivelarsi un terreno di scontro nel futuro. Molto spesso i soggetti cercano rifugio inizialmente nei Paesi limitrofi con la speranza di ritornare nel loro Paese d'origine al più presto. La prossimità geografica, come affermato da Thyme, le somiglianze linguistiche e culturali e le connessioni storiche tendenzialmente influenzano la scelta del Paese di destinazione. Inoltre, come confermato nelle intenzioni dal riconoscimento della diaspora ucraina in Europa, molti rifugiati si muovono in quegli Stati dove già risiedono familiari e conoscenti. Nonostante ciò, nel lungo periodo, la prossimità geografica può perdere di rilevanza¹⁶⁸ ed attualmente ciò è illustrato dai dati di UNCHR, che dimostrano come la distribuzione dei rifugiati ucraini tra gli Stati membri non sia avvenuta in maniera uniforme¹⁶⁹, ma si sia concentrata in quei Paesi che possiedono – ad esempio – somiglianze linguistiche, culturali e dove risiedono già familiari.

Se il conflitto in Ucraina dovesse perdurare, impedendo dunque un ritorno in condizioni sicure e stabili, gli Stati membri dovranno affrontare le ripercussioni dell'istituzione della libera scelta del Paese dove presentare domanda di protezione e dovranno interrogarsi sulla loro capacità di accoglienza nel lungo periodo.

Inoltre, se questa ridefinizione del concetto di solidarietà che premia la scelta individuale è da considerare positivamente, d'altra parte è anche

¹⁶⁵ Proposta di decisione di esecuzione (Ue) del 2 marzo 2022, *cit. supra*, nota 164, *considerando* n. 3.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ J. KOO, *Protecting Ukrainian fleeing to the EU*, *cit. supra*, nota 38.

¹⁶⁸ D. THYME, *The Unexpected Reinassance of Free Choice*, *cit. supra*, nota 115, pp. 6-7.

¹⁶⁹ UNHCR, *Data portal*, disponibile all'indirizzo <https://data.unhcr.org/en/situations>.

un banco di prova delle future politiche migratorie europee. Come sottolineato da Nascimbene, la mancata attivazione della direttiva di fronte alle crisi migratorie passate è stata considerata negli anni come una delle rappresentazioni più evidenti dello stallo delle politiche europee in materia di asilo¹⁷⁰. Nonostante il sistema creato dalla decisione del Consiglio sembri alleggerire, anche a livello burocratico, i sistemi nazionali di accoglienza non solo in un'ottica di genuina solidarietà (art. 80 TFUE) tra Stati membri, ma anche nei confronti degli individui¹⁷¹, questo cambio di paradigma al momento pare difficile da realizzarsi¹⁷².

La ritrosia manifestata da parte della maggior parte degli Stati membri nell'ampliare il novero dei beneficiari di protezione temporanea nonostante lo *status* privilegiato concesso agli ucraini, le difformità nella trasposizione della direttiva¹⁷³ e le criticità già presenti nei singoli sistemi di asilo nazionali lasciano prevedere come «il cammino per una piena affermazione del principio di solidarietà si prospetti ancora impervio»¹⁷⁴. Inoltre, se si guarda alla dichiarazione del 22 giugno contenente un nuovo meccanismo di solidarietà volontaria¹⁷⁵, essa, oltre ad essere stata firmata solamente da diciotto dei ventisette Stati membri¹⁷⁶, non contempla un meccanismo generale in grado di fornire aiuti solidaristici a favore di qualunque Stato membro e in qualsiasi situazione di necessità¹⁷⁷ che potrebbe presentarsi in futuro. Al contrario, essa testimonia il perdurare di approcci divergenti tra

¹⁷⁰ B. NASCIMBENE, *Editoriale*, cit. *supra*, nota 108.

¹⁷¹ C. CUTTITTA, *I primi sei mesi dell'attuazione della protezione temporanea negli Stati membri: luci ed ombre*, in *Eurojus*, fasc. n. 3, 2022, p. 58.

¹⁷² G. MORGESE, *Il nuovo meccanismo di solidarietà volontaria e il gattopardismo degli Stati membri e la lezione non appresa della crisi ucraina*, in *BlogDUE*, 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.aisdue.eu/giuseppe-morgese-il-nuovo-mechanismo-di-solidarieta-volontaria-il-gattopardismo-degli-stati-membri-e-la-lezione-non-appresa-della-crisi-ucraina/>.

¹⁷³ Per un'analisi dettagliata si veda: C. CUTTITTA, *I primi sei mesi dell'attuazione della protezione temporanea negli Stati membri: luci ed ombre*, loc. cit.

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 60.

¹⁷⁵ Conclusioni della Presidenza francese del Consiglio dell'Unione europea del 22 luglio 2022, *First step in the gradual implementation of the European Pact on Migration and Asylum: modus operandi of a voluntary solidarity mechanism*, disponibile all'indirizzo <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/en/news/first-step-in-the-gradual-implementation-of-the-european-pact-on-migration-and-asylum-modus-operandi-of-a-voluntary-solidarity-mechanism-1/>.

¹⁷⁶ Sono risultati firmatari Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania e Spagna, oltre a tre Stati associati al sistema Schengen (Norvegia, Svizzera, Liechtenstein).

¹⁷⁷ La solidarietà statale può consistere nell'offerta di posti di ricollocazione, oppure in contributi finanziari o progetti da attuare in Paesi terzi, o ancora in servizi, personale e strutture da mettere a disposizione degli Stati beneficiari. Per un'analisi nel dettaglio si veda: G. MORGESE, *Il nuovo meccanismo di solidarietà volontaria e il gattopardismo degli Stati membri*, loc. cit.

gli Stati membri, in qualche modo confermando come le pressioni politiche e il mancato coordinamento hanno – molto spesso – la meglio. Queste premesse fanno ritenere che l’attivazione della direttiva rimarrà, al momento, come un caso di scuola, un *unicum* storico irripetibile che ha messo in luce nuovamente l’importanza centrale della volontà politica rispetto all’effettiva protezione dei rifugiati¹⁷⁸.

Giulia Dal Ben*

SINTESI

Alcuni credevano impossibile, o quanto meno poco prevedibile, che l’Unione europea del ventunesimo secolo potesse assistere allo scoppio di una guerra in uno Stato di confine. Difficilmente poteva anche essere prevista una reazione così compatta e solidale da parte dell’Unione agli sfollamenti di massa causati dall’invasione russa in Ucraina iniziata il 24 febbraio 2022. Infatti, il 4 marzo 2022, il Consiglio, con la decisione di esecuzione (Ue) n. 2022/382, ha deciso di attivare la mai utilizzata direttiva (Ue) n. 2001/55 sulla protezione temporanea. Nonostante lo spirito di solidarietà espresso dalle istituzioni dell’Unione, l’attivazione della direttiva lascia aperta una serie di quesiti.

Partendo da un’analisi della direttiva, l’articolo si concentra su alcuni aspetti critici della decisione di esecuzione, in particolare l’identificazione delle categorie di beneficiari e la libera scelta dello Stato membro al quale richiedere protezione. A ciò si aggiunge, la particolare valutazione che ha permesso l’applicazione dello strumento della protezione temporanea nel caso ucraino, con attenzione alla rapidità di attivazione di una direttiva che, nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l’Asilo, veniva definita «abrogabile» e ci si chiederà quali siano state le condizioni giuridiche favorevoli alla sua applicazione rispetto ad altri episodi di afflusso massiccio di persone in Europa. Infine, si affronterà, il destino della direttiva sulla Protezione Temporanea a seguito della sua prima applicazione: in particolare ci si domanderà se il caso ucraino resterà un *unicum* storico o costituirà, invece, il precedente necessario per dare nuova linfa ad uno strumento finora mai utilizzato e, dunque, un cambio di paradigma in un’ottica di solidarietà in materia migratoria.

¹⁷⁸ J. KOO, *Protecting Ukrainian fleeing to the EU*, cit. supra, nota 38.

* Dottoranda di diritto dell’Unione europea / *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna

ABSTRACT

It was considered impossible, or at least unpredictable, that in the 21st century, the European Union could have witnessed the outbreak of a war in a neighboring State. Even such a compact and supportive reaction by the European Union to the mass displacements caused by the Russian invasion of Ukraine could hardly have been foreseen. Indeed, on March 4, 2022, with the implementing decision (Eu) n. 2022/382, the Council decided to activate the never-implemented Directive (Ec) n. 2001/55 on the Temporary Protection. Despite the spirit of solidarity expressed by the institutions of the Union, such implementation raises different concerns. Starting from an analysis of the Directive, the article focuses on some critical aspects of the implementing decision, in particular the identification of the categories of beneficiaries and the free choice of the Member State in which request protection. In addition, the specific legal assessment that allowed the activation of the directive in the Ukrainian case compared to other past episodes of massive influx of people in the European Union. Finally, the fate of the Directive on Temporary Protection will be addressed, focusing on the question whether the Ukrainian case will remain an historical unicum or, instead, the necessary precedent to give new life to an instrument that has never been used so far and, therefore, a solidarity shift in migration matters.

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELLE CONCESSIONI BALNEARI AI SENSI DELL'ART. 4 DELLA LEGGE N. 118/2022 (LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA 2021). CRITICITÀ E DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE*

Sommario: **I. Premessa** - **II. La legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021** - **III. Questioni aperte e critiche** - **IV. La Legge Quadro sul Turismo: i Sistemi Turistici Locali (STL)** - **V. Conclusioni.**

I. Premessa

La crisi del sistema inerente alle concessioni balneari deriva dall'ineadeguatezza della disciplina regolatoria del demanio marittimo, riguardante le attività turistico-ricreative, a fronte della evoluzione qualitativa delle "imprese balneari".

Si tratta di una crisi dovuta ad una scarsa conoscenza dello sviluppo delle attività economiche che ruotano intorno al settore turistico ed in particolare a quello balneare che, nel corso degli anni, ha portato il legislatore italiano ad intervenire sulla normativa in materia in modo disorganico e incoerente, con il risultato di creare le condizioni dell'attuale contrasto in relazione ai principi della concorrenza.

La disciplina regolatoria è stata interessata da interventi legislativi finalizzati a far conseguire una stabilità delle concessioni alle imprese operanti nel settore *ma senza una visione unitaria di gestione.*

* Relazione presentata al Convegno di Napoli svoltosi in data 2 dicembre 2022 presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II sul tema: «*Impatto della normativa europea sulla disciplina nazionale in materia di concessioni balneari.*»

L'azione del legislatore è stata infatti orientata ad eseguire interventi "chirurgici" sulla disciplina in materia demaniale, con l'obiettivo di stabilizzare le concessioni, in particolare quelle balneari, senza però considerare il quadro complessivo entro il quale si sarebbero innestate tali modifiche¹.

La stratificazione normativa ha amplificato il contenzioso con interventi della giurisprudenza che hanno modificato le interpretazioni delle norme, alimentando le incertezze sia per gli Enti Gestori sia per le imprese operanti nel settore.

Questo modo di operare ha quindi creato le occasioni di contenzioso sia con i soggetti esterni che aspiravano ad un titolo di concessione, sia con le stesse amministrazioni statali, in particolare per il regime giuridico degli immobili costruiti sul suolo demaniale marittimo la cui rilevanza e dimensione, in termini di cause avviate, ha portato ad alzare il livello di attenzione dal piano nazionale a quello dell'ordinamento europeo.

Come governare la crisi?

Le soluzioni proposte dalla legge n. 118/2022² non sono adeguate alla reale esigenza di riqualificazione del settore turistico-balneare, soprattutto con riferimento alla tutela dell'ambiente costiero.

Gli interventi dell'Unione europea hanno accentuato una crisi insita nel sistema per l'inadeguatezza della disciplina regolatoria già nota dal 2005³!

In effetti, la regola dell'evidenza pubblica è stata da sempre ritenuta applicabile anche alle procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime.

Da un lato, tale regola si ricava dall'art. 37 cod. nav., dall'altro lato, essa trova applicazione in via analogica in base all'art. 3, comma 1, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 e all'art. 37, r.d. 23 maggio 1924 n. 827, secondo i quali i contratti che assicurano un'entrata debbono essere preceduti da pubblici incanti⁴.

La giurisprudenza amministrativa aveva iniziato a demolire la prassi «dell'automatismo» connesso al diritto di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav. che era utilizzato dalle Amministrazioni statali competenti fino al

¹ Un esempio evidente della "follia legislativa" è rappresentato da c.d. rinnovo automatico, introdotto dall'art. 10 della legge 23 marzo 2001 n. 88, c.d. «Legge Baldini», inserito nel corpo della legge 4 novembre 1993 n. 494 con uno specifico obiettivo indicato dalla coeva legge 29 marzo 2001 n. 135 (Legge Quadro sul Turismo) che, come di seguito viene illustrato, sarà completamente abbandonato con i conseguenti effetti distorsivi oggi noti.

² Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, in *Guri* n. 188 del 12 agosto 2022.

³ Questa criticità è stata espressa in modo chiaro e determinato già dalla nota sentenza del Consiglio di Stato n. 168 del 25 gennaio 2005.

⁴ Cfr. R. RIGHI - E. NESI, *Riflessioni sull'applicazione della direttiva servizi alle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità "turistico-ricreative"*, in *Rivista nel Diritto*, n. 8/2014.

2001 per giustificare un'assenza di competitività nei procedimenti di rinnovo delle concessioni, con una interpretazione costituzionalmente orientata, inquadrando la sua applicazione in una casistica "residuale" rispetto ad un procedimento di evidenza pubblica, comunque necessario per garantire la coerenza della normativa demaniale con i principi espressi dall'art. 97 della Costituzione⁵.

Questo *refrain* interpretativo della giurisprudenza si è sviluppato durante quello che sembrava l'inossidabile "dominio" del c.d. rinnovo automatico, i cui effetti sono stati completamente sottovalutati dal legislatore e dalle categorie interessate.

È da sottolineare che questa giurisprudenza si muoveva costantemente verso la "contendibilità" delle concessioni demaniali marittime, in particolare quelle turistico-ricreative, demolendo uno dopo l'altro i capisaldi di una interpretazione automatica degli istituti normativi di tutela del settore, con la peculiarità di individuare gli ancoraggi delle proprie determinazioni tanto nei principi generali dell'ordinamento interno, in precedenza citati, quanto in quelli dell'ordinamento dell'Unione europea.

II. La legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021

La legge n. 118 del 5 agosto 2022 arriva al termine di un estenuante contenzioso iniziato con la prima procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nel 2008.

Questa sua genesi ha influenzato la struttura della legge e, di conseguenza, i suoi contenuti.

Fin dal primo articolo la legge delinea chiaramente i suoi obiettivi che discendono da una visione "*iper concorrenziale*" alla quale dovrebbe informarsi la disciplina normativa di riforma della materia demaniale marittima⁶.

Per sgombrare il campo da possibili contraddizioni, la nuova legge, come strumento "*attuativo*" dei contenuti delle note sentenze gemelle del-

⁵ Si veda per tutte la già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 168/2005, seguita dalle sentenze del Consiglio di Stato n. 3326/2008 e n. 7239/2010.

⁶ Art. 1 (Finalità): «1. La presente legge reca disposizioni per la tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, 2° comma, lettera e), della Costituzione e dell'articolo 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, finalizzate, in particolare, a: a. promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche al fine di garantire l'accesso ai mercati di imprese di minori dimensioni, tenendo in adeguata considerazione gli obiettivi di politica sociale connessi alla tutela dell'occupazione, nel quadro dei principi dell'Unione europea, nonché di contribuire al rafforzamento della giustizia sociale, di migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici e di potenziare lo sviluppo degli investimenti e dell'innovazione in funzione della tutela dell'ambiente, della sicurezza e del diritto alla salute dei cittadini; b. rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo e amministrativo, all'apertura dei mercati; c. garantire la tutela dei consumatori».

l'Adunanza Plenaria n. 17 e n. 18 del 4 novembre 2021, procede ad una abrogazione radicale delle norme che hanno prorogato o comunque condizionato l'avvio delle procedure competitive ad adempimenti preliminari con tempi indefiniti, disponendo una scadenza legale dei titoli di concessione, per il solo settore turistico-ricreativo, al 31 dicembre 2023⁷.

Il fulcro della nuova legge si trova nell'art. 4, rubricato «Delega al Governo in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive».

In questo articolo viene delimitato, in modo molto ambiguo, anche se utile, come vedremo in seguito, l'ambito di applicazione della nuova disciplina e vengono espressi altresì i criteri ed i principi ai quali dovrebbe attenersi il legislatore delegato per la riforma della materia⁸.

Un primo elemento che subito viene messo in evidenza è che la nuova disciplina normativa si riferisce solo alle concessioni demaniali marittime per «finalità turistico-ricreative e sportive» con la palese esclusione delle concessioni riguardanti altre attività importanti quali:

- le attività produttive ed economiche – *alcune espressamente citate nel testo della norma ed altre comunque presenti ma omesse*;
- la nautica da diporto – *porti, approdi e punti di ormeggio*.

Si tratta di una “delimitazione” di assoluta rilevanza perché circoscrive l'efficacia della riforma solo ad una specifica utilizzazione e non a tutti gli usi possibili dei beni demaniali marittimi.

Di fatto il legislatore ha ritenuto che solo le concessioni riguardanti questa finalità fossero in qualche modo interessate da una impellente esigenza di una riforma organica della loro disciplina, escludendo le altre anche se determinano importanti saldi economici, analoghi al giro di affari delle concessioni turistico-ricreative.

⁷ Art. 2, comma 5: «A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge sono abrogati: a) i commi 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145; b) il comma 2 dell'articolo 182 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77; c) il comma 1 dell'articolo 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126».

⁸ L'art. 4 così recita: «1. Al fine di assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, lacuale e fluviale, favorirne la pubblica fruizione e promuovere, in coerenza con la normativa europea, un maggiore dinamismo concorrenziale nel settore dei servizi e delle attività economiche connessi all'utilizzo delle concessioni per finalità turistico-ricreative e sportive, nel rispetto delle politiche di protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale, il Governo è delegato ad adottare (...) uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive, ivi incluse quelle affidate ad associazioni e società senza fini di lucro, con esclusione delle concessioni relative ad aree, strutture e infrastrutture dedicate alla cantieristica navale, all'acquacoltura e alla mitilicoltura».

È opportuno sottolineare che la delega attribuita per la riforma della disciplina demaniale marittima al Governo Monti nel 2012 comprendeva tutte le finalità fissando principi e direttive in grado di orientare l'intero complesso delle procedure di affidamento, cosa che invece non avviene con l'attuale disciplina, con il conseguente rischio di comportamenti contraddittori da parte degli Enti Gestori⁹.

Questa "esclusione" dall'ambito della delega delle concessioni per altre finalità permette, però, per le altre modalità di utilizzo dei beni demaniali che siano comunque ritenute efficaci ai fini del rispetto dei citati principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, di considerare modelli procedurali adeguati per l'affidamento delle concessioni riconducibili alle norme del Codice della Navigazione.

I principi ed i criteri direttivi della delega al Governo per la riforma della normativa derivano dall'art. 4 della legge e la loro formulazione mette in evidenza alcune criticità che ne ostacolano l'attuazione.

In primo luogo l'art. 4, par. 2.a., rappresenta una invasione di campo nella materia concorrente della pianificazione territoriale, nella parte in cui indica al legislatore delegato di procedere alla «*determinazione di criteri omogenei per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione, assicurando l'adeguato equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere o libere attrezzate, nonché la costante presenza di varchi per il libero e gratuito accesso e transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione, con la previsione, in caso di ostacoli da parte del titolare della concessione al libero e gratuito accesso e transito alla battigia, delle conseguenze delle relative violazioni*».

La disciplina della pianificazione territoriale è materia di competenza concorrente con le Regioni, le quali spesso hanno attribuito agli enti territoriali la competenza esclusiva di stabilire la destinazione del territorio anche per le zone demaniali marittime¹⁰.

⁹ Legge n. 217 del 15 dicembre 2011, art. 11, comma 2: «2. Il Governo è delegato ad adottare, entro quindici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri delle infrastrutture e dei trasporti, dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico, per la semplificazione normativa, per le politiche europee e per il turismo, previa intesa da sancire in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime secondo i seguenti principi e criteri direttivi».

¹⁰ Sul tema è importante sottolineare che lo Stato aveva già trasferito il compito di dettare specifiche disposizioni per l'utilizzo dei beni demaniali marittimi alle Regioni, con l'onere di predisporre il Piano di Utilizzo Arenili (PUA) ai sensi dell'art. 6 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, coordinato con la legge di conversione 4 dicembre 1993, n. 494, recante: "Di-

L'equilibrio tra le aree concedibili e le aree libere è quindi individuato in relazione al territorio, alla sua storia e alla sua economia per cui un riferimento a parametri omogenei, da applicare su scala nazionale, non solo rischia di sopprimere attività imprenditoriali senza che vi sia una reale esigenza, ma praticamente comprime l'autonomia locale di uso del territorio.

Il testo dell'art. 4 prosegue con il richiamo ai principi generali da rispettare nelle procedure di affidamento, come in precedenza descritti, insistendo su aspetti già noti¹¹.

Dal momento del trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni prima ed ai Comuni, dopo, le concessioni demaniali marittime rilasciate a partire dal 2011, sono state assegnate nel pieno rispetto di tali principi, con procedure disciplinate dal Codice della navigazione, ritenute coerenti dalla giurisprudenza amministrativa con i principi nazionali e comunitari¹².

Da una prima lettura della legge annuale sulla concorrenza, qui esaminata, non sembra emergere che la procedura prevista a regime, dopo i decreti di attuazione, consenta di avviare un percorso di affidamento con proposta proveniente «dal basso», cioè presentata dal concessionario uscente per «rinnovare» un titolo concessorio.

Questa considerazione appare giustificata dalla lettura del testo della delega in cui si chiede che le procedure selettive, oltre al rispetto dei noti principi, siano da «da avviare con adeguato anticipo rispetto alla scadenza» dei titoli di concessione.

Con questa formulazione sembra che il legislatore sposi la linea espressa in più occasioni dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) – prima – e dalla Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) – dopo – prevedendo l'affidamento solo previo avviso con criteri di selezione già indicati sulla base delle necessarie valutazioni.

L'articolato dei principi da osservare per esercitare la delega prosegue specificando alcuni elementi che devono essere rispettati nella redazione dei decreti attuativi. Occorre, in effetti, segnalare che in base all'art. 4, par. 2.c., bisogna avere in particolare «*in sede di affidamento della concessione, e comunque nel rispetto dei criteri previsti dal presente articolo, adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa*

sposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime", in *Guri* n. 285 del 4 dicembre 1993.

¹¹ L'art. 4, par. 2.b., prevede «affidamento delle concessioni sulla base di procedure selettive, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con adeguato anticipo rispetto alla loro scadenza».

¹² Cfr. sentenza Consiglio di Stato "Leghe Leggere Campanella" 16 febbraio 2017 n. 688, seguita da Consiglio di Stato 18 gennaio 2018 n. 147, Consiglio di Stato 9 settembre 2020 n. 7837.

e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali, nonché valorizzazione di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'ambiente e della salvaguardia del patrimonio culturale».

Se questa ultima parte – valorizzazione di obiettivi di politica sociale etc. – riprende i contenuti della direttiva n. 2006/123/Ce sui servizi, richiamata anche dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹³, si tratta comunque di un testo normativo che racchiude alcune rilevanti novità.

In primo luogo, viene in evidenza, per la prima volta rispetto al quadro codicistico, la «*adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita*» con ciò portando a compimento il riconoscimento formale dell'attività turistico-ricreativa, ed in particolare balneare, avvenuta con la legge quadro sul turismo del 2001, come una impresa a tutto tondo.

La «*adeguata*» considerazione si pone sostanzialmente in linea con la successiva previsione del medesimo articolo in cui, alla lett. *i.*, si riconosce la debenza di un indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, da porre a carico del concessionario subentrante, i cui criteri uniformi per la quantificazione sono demandati al decreto attuativo.

Questo significa che il legislatore ha sostanzialmente riconosciuto l'esigenza di superare la rigida dicotomia codicistica in cui eventuali indennizzi erano da riconoscere solo per la interruzione anticipata di concessioni finalizzate alla realizzazione di opere su area demaniale destinate ad essere incamerate dal pubblico demanio.

La considerazione non solo degli investimenti *ex se* ma anche del valore aziendale dell'impresa, dei beni materiali e soprattutto dei beni immateriali rappresenta la più rilevante novità della legge sulla concorrenza, che finalmente si avvia su percorsi già seguiti in precedenza in analoghe fattispecie in cui era necessario effettuare un'apertura al «mercato» di attività operanti in ambiti non regolamentati¹⁴.

¹³ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021.

¹⁴ Sull'area demaniale marittima opera una azienda privata, composta da beni ed impianti, di cui si avvale l'operatore economico per svolgere la sua attività imprenditoriale, di cui il bene pubblico è parte strumentale, ancorché necessaria. Il riconoscimento di un indennizzo per il concessionario uscente non è indebito vantaggio in riferimento «alla Bolkestein» né una violazione della *par condicio* in caso di evidenza pubblica in quanto il concessionario uscente sarà tenuto ad una disciplina finanziaria di bilancio che trasforma tale somma in imponibile ai fini fiscali. Per altri esempi nella disciplina nazionale attuativa di direttive UE che prevedono indennizzi al soggetto uscente a carico del subentrante vedasi: legge 28 gennaio 1994 n. 84; dlgs 23 maggio 2000 n. 164; dlgs 3 aprile 2006 n. 152 con riferimento alle procedure di affidamento dei servizi pubblici locali.

La parte rilevante dei principi e dei criteri per il legislatore delegato di cui all'art. 4, comma 4, della legge annuale sulla concorrenza prosegue con il punto *e*. nel quale viene richiamato un criterio per declinare e ponderare le proposte degli aspiranti concessionari.

Il legislatore indica e specifica di tenere in «*adeguata considerazione, ai fini della scelta del concessionario, della qualità e delle condizioni del servizio offerto agli utenti, alla luce del programma di interventi indicati dall'offerente per migliorare l'accessibilità e la fruibilità dell'area demaniale, anche da parte dei soggetti con disabilità e dell'idoneità di tali interventi ad assicurare il minimo impatto sul paesaggio, sull'ambiente e sull'ecosistema, con preferenza per il programma di interventi che preveda attrezzature non fisse e completamente amovibili*».

Si tratta, come vedremo in seguito, di elementi di carattere generale e spesso non applicabili a tutte le tipologie di concessioni per finalità turistico-ricreative oppure, addirittura, di fattori indispensabili senza i quali non è possibile avviare concretamente l'attività commerciale.

Il contenuto di questo comma è da ritenere quindi una “direttiva” per introdurre una specifica legislazione finalizzata a preferire le proposte che seguono questi peculiari indirizzi, laddove sarà possibile, nelle singole procedure di affidamento¹⁵.

Ma anche in questo caso, queste specifiche “direttive” rischiano di provocare criticità superiori ai problemi che intendono risolvere come pure ostacoli agli obiettivi perseguiti.

III. Questioni aperte e critiche

Come in precedenza rilevato, la legge di cui si discute arriva al termine di un percorso iniziato con la lettera di messa in mora trasmessa dalla Commissione europea a margine di una procedura di evidenza pubblica promossa dalla Regione Friuli-Venezia Giulia conclusa con un riferimento al diritto di insistenza all'epoca vigente¹⁶.

Si è evidenziato che questo meccanismo di preferenza era già stato oggetto di critica da parte della giurisprudenza amministrativa più attenta agli indirizzi di buon andamento ed imparzialità indicati dalla Costituzio-

¹⁵ Cfr. legge n. 104 del 5 febbraio 1992, Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, in *Guri* n. 39 del 17 febbraio 1992, *suppl. ord.*

¹⁶ Si veda lettera della Commissione europea, prima procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano (P.I. n. 2008/4908).

ne, ammissibile per l'ordinamento ma con una sua applicazione costituzionalmente orientata.

Il legislatore nazionale, in risposta alla procedura di infrazione ha operato prima una radicale abrogazione del diritto di insistenza e dopo anche la rimozione del c.d. rinnovo automatico, il tutto poi seguito da una legge non attuata (anno 2012) e dalla promulgazione della legge 30 dicembre 2018 n. 145 i cui esiti applicativi sono ormai noti.

La legge annuale della concorrenza arriva quindi dopo oltre un decennio di polemiche e discussioni e dopo un ampio contenzioso giudiziario con esiti alterni, sia per la categoria dei balneari sia per lo Stato e gli enti gestori.

La sua approvazione è stata però accompagnata da polemiche ed aspri confronti politici e sociali e la sua formulazione, come in parte già accennato, sconta questo "stigma", dimostrato sia nella ambiguità dove limita la sua applicazione alle concessioni turistico-ricreative, sia nei contenuti dei criteri e dei principi a cui attenersi per l'esercizio della delega.

Come accennato, il testo solleva molte domande alle quali è difficile rispondere, sia per quanto riguarda il contenuto dei decreti attuativi sia per quanto riguarda gli atti da predisporre per le procedure di evidenza pubblica¹⁷.

Si tratta ovviamente delle conseguenze del tentativo di ogni forza politica di inserire questo o quel punto ritenuto rilevante come dimostrazione di una vicinanza alla categoria delle imprese balneari, ma il tutto nuovamente senza considerare un quadro complessivo di riferimento, aumentando quindi in modo rilevante le difficoltà interpretative.

Un esempio oggettivo è rappresentato dal richiamo alla preferenza da attribuire, con riferimento al "programma di interventi" di un aspirante concessionario, a quello che «preveda attrezzature non fisse e completamente amovibili» che, di fatto, è una ripetizione dell'attuale formulazione dell'art. 37 del Codice della Navigazione.

Non vi è alcun riferimento al concetto di amovibilità – e quindi a quello della strettamente connessa qualificazione della c.d. facile/difficile rimozione di cui all'art. 49 del Codice della Navigazione – che sarebbe stato determinante invece inquadrare in modo più specifico, anche nell'ottica di tutela della fascia costiera, utilizzando, come riferimento, la copiosa giuri-

¹⁷ Sorgono alcune domande. L'amministrazione concedente determina gli *standard* minimi di servizi sui quali effettuare un «rilancio»? In una legge in materia di concorrenza si inserisce una visione dirigistica dell'attività economica? L'amministrazione lascia libertà di proposta al soggetto proponente comparando le diverse «proposte»? Altro esempio di criticità rispetto alla definizione turistico-ricreativo: a un ristorante cosa si chiede? Menù turistico? Quali servizi è possibile chiedere e quali lasciare? Balneazione potenziata - servizi di supporto all'Amministrazione nella gestione della spiaggia di libero uso?

sprudenza formatasi in relazione alla disciplina edilizia ed alla tipologia delle opere da realizzare¹⁸.

Ma vi sono evidenti criticità discendenti anche dal fatto che i principi di riforma ed i criteri di affidamento non sono omogenei in riferimento a tutte le fattispecie rientranti nell'attuale definizione di demanio turistico-ricreativo e quindi, in alcuni casi, possono risultare inapplicabili, con la conseguente difficoltà di individuare quelli realmente adeguati tra il nucleo delineato dalla disciplina normativa.

È evidente che ci troviamo di fronte ad un testo che presenta compromessi e che ha affrontato la questione solo sotto il profilo dell'attuazione del principio di concorrenza, senza nemmeno apportare una revisione della definizione di concessione turistico-ricreativa, ormai palesemente inattuale¹⁹.

Anche riguardo al profilo procedimentale, come accennato, la formulazione del testo normativo vede una sostanziale adesione ad un percorso sviluppato su iniziativa dell'amministrazione concedente e non sulla possibilità di istruire istanze provenienti dal «basso», sollecitando eventuali proposte migliorative di potenziali concorrenti, garantendo una possibilità di prelazione del concessionario, in schemi analoghi al c.d. *project financing*, la cui applicazione sarebbe del tutto auspicabile in relazione alla profonda differenza dimensionale delle attività presenti sulle aree demaniali.

Si tratta di una inversione sostanziale rispetto alla dinamica procedimentale disegnata dal Codice della Navigazione nella quale le proposte «dal basso» – come rinnovo dei titoli vigenti – erano e sono tuttora la rego-

¹⁸ Si veda sul tema: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sez. I, n. 1467 del 14 settembre 2022; Corte di cassazione, sez. unite penali, n. 24149 del 30 maggio 2019. La questione delle modalità di applicazione dell'art. 49 cod. nav., rimasto in sordina per decenni, fino al momento dell'aumento dei canoni in conseguenza dell'applicazione dei valori OMI e poi determinante nella valutazione del concreto oggetto di procedure ad evidenza pubblica è un fattore di cui il testo normativo non parla direttamente, ma sembra lasciare sullo sfondo nelle parti in cui il legislatore delegato è stato autorizzato alla «revisione della disciplina del codice della navigazione al fine di adeguarne il contenuto ai criteri previsti» dall'art. 4 della legge 5 agosto 2022 n. 118 (lett. m.) con il rischio di intervenire con effetti controproducenti.

¹⁹ È opportuno ricordare che la definizione di «turistico-ricreativo» è stata declinata dalla legge n. 172 dell'8 luglio 2003, Disposizioni per il riordino e il rilancio della nautica da diporto e del turismo nautico, nella quale con l'art. 13 (Disposizioni concernenti le concessioni di beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative ...) è stata introdotta l'interpretazione autentica: «1. *Le parole: "Le concessioni di cui al comma 1" di cui al comma 2 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, come modificato dall'articolo 10 della legge 16 marzo 2001, n. 88, si interpretano nel senso che esse sono riferite alle sole concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, quali indicate nelle lettere da a) ad f) del comma 1 del medesimo articolo 01*». In questa definizione rientra non solo l'impresa balneare, ma anche la gestione di ristoranti, di generi di monopolio, noleggio di imbarcazioni e natanti per i quali alcuni dei criteri individuati dal legislatore non possono trovare applicazione. Si dimostra che la volontà di legiferare sulla materia è stata dettata dalla urgenza e dalla fretta senza una preliminare e dettagliata analisi delle modalità di gestione dei beni demaniali marittimi e specificatamente quelli turistico ricreativi.

la generale, della quale non viene data alcuna motivazione tecnicamente giustificabile rispetto all'attuale quadro normativo.

Unica spiegazione che è possibile dedurre è di ricondurre lo schema procedimentale a quello degli appalti/lavori pubblici con riferimento alle contestazioni promosse dalle Autorità amministrative indipendenti che si sono interessate alla problematica, peraltro anche smentite dalla giurisprudenza amministrativa come in precedenza illustrato.

Analogamente, è assente ogni riferimento alla possibilità di valorizzare proposte provenienti da una pluralità di soggetti concessionari, con l'obiettivo invece di far crescere il tessuto imprenditoriale in relazione al contesto territoriale nel quale si svolge la loro attività, in accordo con l'Amministrazione locale.

Gli aspetti di rilevanza ambientale non sono divenuti un "requisito essenziale di partecipazione" anche con l'obiettivo di dare concreta attuazione al principio costituzionale espresso con la nuova formulazione dell'art. 9 Cost. a tutela delle "Generazioni future", prevedendo obblighi con tecniche costruttive di assoluta precarietà e riduzione di impatto ambientale delle strutture.

Il contesto morfologico della zona costiera è sempre più fragile ma non c'è alcun riferimento ad una gestione integrata delle aree marino-costiere che dovrebbe invece permeare la disciplina di riforma allo scopo di valorizzare compiutamente la proprietà demaniale da concedere.

Dopo tanto tempo dall'inizio della crisi, la soluzione "*proposta*" non è in grado di offrire un quadro normativo adeguato ai tempi e alla rilevanza delle imprese che operano sulle aree demaniali marittime.

La soluzione "*proposta*" non è neppure in grado di valorizzare le attività imprenditoriali in quanto i criteri ed i principi della legge n. 118/2022 scontano una visione finalizzata ad una applicazione meccanicistica del principio di concorrenza invece di effettuare una valutazione di tipo qualitativo derivante da una partecipazione attiva del concessionario alla promozione del territorio sul quale opera.

Per la costruzione di un quadro normativo adeguato sarebbe stato in ogni caso necessario guardare alla esperienza di altre Nazioni mediterranee, nelle quali la questione della «contendibilità» delle concessioni è stata inserita in un quadro normativo non di «pura concorrenza», bensì di tutela della fascia costiera e con uno spiccato orientamento verso la valorizzazione dell'ambiente.

La «*ley de costas*» della Spagna non ha la finalità di «*tutela della concorrenza*» ma è una normativa di salvaguardia ambientale della fascia costiera nella quale sono contenute anche disposizioni che influenzano in

modo determinante la disponibilità di aree demaniali per attività balneari²⁰.

Questo non significa eliminare la «concorrenza», bensì di inquadrarla come strumento per concrete prestazioni qualificanti per il territorio, tra cui trovano assoluta preminenza quelle ambientalmente rilevanti.

La struttura della legge-delega doveva essere occasione per individuare e definire con precisione le «prestazioni» ritenute necessarie per la tutela e la valorizzazione del territorio che avrebbero poi costituito la base per concorrere al mantenimento della concessione, con durata adeguata alla rilevanza economica degli investimenti richiesti/proposti, non però finalizzati solo al mero aspetto dell'attività di impresa, ma considerati come determinanti per una proficua utilizzazione della concessione in relazione all'interesse pubblico espresso dall'Amministrazione del territorio.

In questo contesto normativo con una visione retrograda e limitativa, l'unico elemento di novità opportunamente considerato, è la previsione dell'«indennizzo» da riconoscere al concessionario uscente: la rilevanza economica delle concessioni demaniali deriva dal complesso dei beni (*ossia l'azienda privata*) di cui si avvale l'operatore economico per svolgere la sua attività imprenditoriale nella quale rientra il bene pubblico.

Su questo tema, alcuni contestano la debenza di somme in favore del concessionario uscente ma è possibile affermare che non si tratta di «*accordare altri vantaggi al prestatore uscente*» ma si tratta semplicemente di una regola di parificazione delle differenti condizioni di partenza tra operatori del settore, non identiche rispetto al normale contesto economico, proprio in relazione alla peculiarità della zona nella quale si svolge l'attività di impresa, la presenza della proprietà pubblica del sedime e la sua naturale «limitatezza» per l'utilizzo.

Anche sotto il profilo giuridico non ci sono impedimenti qualora si intendano sviluppare procedure di evidenza pubblica (tanto al di «*fuori della direttiva servizi*»²¹ quanto nel quadro della sua applicazione), al riconoscimento di un indennizzo, in quanto molteplici sono le fattispecie in cui, anche in attuazione di direttive comunitarie, è stata prevista tale possibilità proprio per favorire l'apertura di un «mercato»²².

²⁰ Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, in *Boletín Oficial del Estado* núm. 181, de 29 julio 1988, modificata ed integrata dalla Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, in *Boletín Oficial del Estado* núm. 129 de 30 de mayo de 2013, p. 40691, sulla protezione e l'uso sostenibile della costa.

²¹ Sull'inapplicabilità della direttiva servizi n. 2006/123/Ce alle concessioni balneari v. F. CAPELLI, *Concessioni balneari e qualifiche professionali delle guide turistiche nell'ordinamento europeo e in quello nazionale: analisi ed approfondimento delle problematiche giuridiche*, in questa *Rivista*, 2021, p. 307 ss.

²² L'introduzione dell'indennizzo non costituirebbe un vantaggio indebito per il concessionario uscente e nemmeno una violazione delle norme sulla concorrenza perché il concessionario

Chiaramente si tratta di declinare in modo compiuto ed adeguato la modalità di determinazione degli importi da riconoscere al concessionario uscente, con criteri omogenei per tutto il territorio nazionale, compito questo del legislatore nazionale come stabilito dalla Corte costituzionale con le numerose sentenze rese sulle leggi regionali che avevano in qualche modo seguito un autonomo indirizzo sull'argomento²³.

IV. La Legge Quadro sul Turismo: i Sistemi Turistici Locali (STL)

Le criticità che sono alla base del conflitto esistente nel sistema di regolazione delle concessioni demaniali marittime, ed in particolare di quelle balneari, scaturiscono da una interpretazione distorta o comunque non corretta delle disposizioni introdotte nel corso degli anni, in rapporto alle finalità che esse effettivamente perseguivano.

Se, da un lato, con il d.l. n. 400/1993 si è arrivati a codificare una durata “minima” quadriennale delle concessioni demaniali marittime con una loro conseguente stabilità, dall'altro lato, con l'introduzione del c.d. rinnovo automatico – Legge Baldini del marzo 2001²⁴ – il sistema è entrato in corto circuito con effetti decisamente negativi.

In realtà, a differenza di quanto diffuso dai *mass-media*, secondo la Legge Baldini la stabilità della concessione non era senza alcuna contropartita, ma doveva costituire uno strumento per agevolare investimenti e miglioramenti in favore della offerta turistica che fossero però coerenti con la pianificazione generale proposta e definita nel territorio sul quale insisteva la concessione.

In altre parole, la concessione poteva estendere la sua durata con rinnovo automatico di sei anni in sei anni, solo se le finalità e le modalità di esercizio fossero state coerenti con il disegno della programmazione locale dello sviluppo turistico.

Questa filosofia sottesa alla norma emerge sia dalla sua formulazione, che fa riferimento ad un “*rinnovo possibile*” e non a una durata “*sine die*” (nel senso che la validità dei titoli è subordinata ad una eventuale revoca

rio uscente valorizza l'importo accertato nella parte finanziaria del suo bilancio in sede di evidenza pubblica, parificando la sua posizione rispetto ai potenziali concorrenti che devono finanziare l'importo da riconoscere per acquisire la possibilità di operare. Altri esempi nella disciplina nazionale attuativa di direttive UE: si veda legge 28 gennaio 1994 n. 84; il dlgo 23 maggio 2000 n. 164; il dlgo 3 aprile 2006 n. 152 (parte servizi pubblici).

²³ Si veda Corte cost. n. 157/2017 e n. 222/2020.

²⁴ L. 16 marzo 2001, n. 88, Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime, in *Guri* n. 78 del 3 aprile 2001, *cit. supra*, nota 1.

della concessione), sia dalle disposizioni della coeva Legge Quadro sul Turismo, approvata per dare impulso ad una nuova gestione finalizzata alla valorizzazione dell'offerta turistica in coerenza con il nuovo quadro delle funzioni amministrative dopo il trasferimento²⁵.

Tale legge, già nel suo primo articolo, evidenziava gli obiettivi perseguiti includendovi «*i principi fondamentali e gli strumenti della politica del turismo in attuazione degli articoli 117 e 118 della Costituzione ed ai sensi dell'articolo 56 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112*».

In questa ottica la normativa entrava nel merito sia del riparto di competenze, valorizzando il ruolo delle Regioni e degli Enti locali, sia specificando gli indirizzi ai quali si sarebbe dovuta conformare l'attività degli enti stessi al fine di garantire l'uniformità degli *standard* qualitativi dell'offerta turistica a tutela dei consumatori²⁶.

La disponibilità delle aree demaniali marittime era considerata determinante per valorizzare l'offerta turistica, tanto che si prevedeva l'adozione, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con il quale, oltre a definire i «*principi e gli obiettivi per la valorizzazione e lo sviluppo del sistema turistico*», si doveva, «*al fine di assicurare l'unitarietà del comparto turistico e la tutela dei consumatori, delle imprese e delle professioni turistiche*», anche stabilire «*i criteri direttivi di gestione dei beni demaniali e delle loro pertinenze concessi per attività turistico-ricreative, di determinazione, riscossione e ripartizione dei relativi canoni, nonché di durata delle concessioni, al fine di garantire termini e condizioni idonei per l'esercizio e lo sviluppo delle attività imprenditoriali, assicurando comunque l'invarianza di gettito per lo Stato*».

Si tratta, con tutta evidenza, delle questioni che oggi sono al centro del dibattito e che già venti anni fa avevano la possibilità di venire adeguatamente affrontate e inquadrare prevenendo le attuali criticità.

Una riprova della correttezza di quanto appena esposto è di nuovo

²⁵ Legge 29 marzo 2001, n. 135, Riforma della legislazione nazionale del turismo, in *Guri* n. 92 del 20 aprile 2001.

²⁶ Art. 2 - Competenze: «1. Lo Stato e le regioni riconoscono, sulla base del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 4, comma 3, lettera a), della legge 15 marzo 1997, n. 59, il ruolo dei comuni e delle province nei corrispondenti ambiti territoriali con particolare riguardo all'attuazione delle politiche intersettoriali ed infrastrutturali necessarie alla qualificazione dell'offerta turistica; riconoscono altresì l'apporto dei soggetti privati per la promozione e lo sviluppo dell'offerta turistica. 2. Le regioni, in attuazione dell'articolo 117 della Costituzione, ai sensi della legge 15 marzo 1997, n. 59, e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, esercitano le funzioni in materia di turismo e di industria alberghiera sulla base dei principi di cui all'articolo 1 della presente legge».

fornita esplicitamente dal tenore delle disposizioni transitorie della legge quadro, nella parte nella quale si precisa che il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri avrebbe assunto una funzione di “delegificazione” della materia demaniale dettata a livello nazionale che avrebbe avuto effetti sicuramente positivi rispetto alle rigidità normative che oggi giorno costituiscono motivo di scontro²⁷.

Con tale strumento vi sarebbe stata la possibilità adattare nel corso del tempo la disciplina specifica del settore, mediante procedimenti amministrativi – la revisione del Dpcm con le linee guida per lo sviluppo turistico – demandando poi alle leggi regionali di delineare specifici percorsi di valorizzazione, adeguati al territorio in cui inquadrare anche le concessioni di beni demaniali ma che dovevano essere coerenti con il quadro generale delineato a tutela anche dei beni pubblici.

La legge quadro indicava anche gli ambiti nei quali si dovevano valorizzare le attività turistiche, denominati “Sistemi Turistici” (art. 5) ma sono rimasti lettera morta²⁸.

La normativa a cui facciamo riferimento è stata successivamente ripresa ed implementata dal dlgs 23 maggio 2011 n. 79, e nemmeno la successiva censura costituzionale dell’aprile 2012 ha scalfito in alcun modo i contenuti della pianificazione programmatica delle attività turistiche indicata dalla disciplina legislativa, essendo stata riferita ad una mera incompetenza dello Stato in conseguenza della riforma del Titolo V della Costituzione introdotta nell’anno 2001²⁹.

Pertanto, tali strumenti, ancorché previsti da norme non più in vigore, sono invece da rimeditare ed aggiornare per essere inquadrati, avendo di mira la gestione della fase delle evidenze pubbliche, come ambiti in cui

²⁷ Art. 11 della Legge Quadro sul Turismo - Abrogazioni e disposizioni transitorie, comma 8: «A decorrere dalla [data di entrata in vigore della disciplina regionale di adeguamento al documento contenente le linee guida di cui all'articolo 2, comma 4, della presente legge], cessano di avere applicazione le disposizioni, ad esclusione del comma 2 dell'articolo 01, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, relative a concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, che risultino incompatibili con la nuova disciplina recata dal documento contenente le linee guida di cui all'articolo 2, comma 4, lettera l), della presente legge e con la disciplina regionale di recepimento o di adeguamento alle stesse linee guida».

²⁸ Art. 5 - Sistemi turistici locali: «1. Si definiscono sistemi turistici locali i contesti turistici omogenei o integrati, comprendenti ambiti territoriali appartenenti anche a regioni diverse, caratterizzati dall'offerta integrata di beni culturali, ambientali e di attrazioni turistiche, compresi i prodotti tipici dell'agricoltura e dell'artigianato locale, o dalla presenza diffusa di imprese turistiche singole o associate. 2. Gli enti locali o soggetti privati, singoli o associati, promuovono i sistemi turistici locali attraverso forme di concertazione con gli enti funzionali, con le associazioni di categoria che concorrono alla formazione dell'offerta turistica, nonché con i soggetti pubblici e privati interessati».

²⁹ Corte cost., sentenza 2-5 aprile 2012, n. 80, in *Guri* n. 15 dell’11 aprile 2012, 1° serie speciale.

valorizzare la peculiarità dell'offerta turistica balneare nazionale in un quadro sistematico che sia coerente con le esigenze di carattere economico e con le specificità locali, collocando il percorso in una visione complessiva di sistema, come del resto sollecitato dalla stessa Unione europea e come sviluppato dalle altre Nazioni mediterranee.

V. Conclusioni

Una compiuta azione di riforma non può che avviarsi, in primo luogo, facendo comprendere ai concessionari la reale dimensione del ruolo svolto, in cui se anche sono titolari delle aziende turistiche, non sono i proprietari delle aree sulle quali esercitano l'attività.

Queste aree sono beni che rappresentano l'essenza sostanziale di tali aziende, i quali costituiscono però un patrimonio collettivo di interessi pubblici il cui uso deve essere adeguatamente valorizzato soprattutto nell'interesse pubblico espresso dalla collettività.

Ristabilita la giusta percezione della questione, è necessario creare le condizioni perché questa attività economica, comunque importante e rilevante, prosegua e si sviluppi, secondo però nuovi e più aggiornati paradigmi, tra cui la incomprimibilità di una sua funzione anche pubblica, secondo la quale, attraverso la gestione e il godimento del bene, deve essere consentito di restituire alla collettività, secondo obiettivi pianificati e condivisi il "valore aggiunto" che deriva dall'uso esclusivo.

La pianificazione urbanistica sarebbe lo strumento con il quale vengono recepiti gli obiettivi condivisi di valorizzazione del territorio disegnando il "*Sistema Turistico Locale*", permettendo di:

a. realizzare strutture ed impianti con miglioramenti qualitativi con l'obiettivo di ottenere certificazioni ambientali dei servizi e delle attività;

b. collegare l'iniziativa di impresa con le finalità pubblicistiche di tutela ambientale, costruendo una sinergia condivisa per la riqualificazione complessiva del territorio e dell'offerta turistica;

c. pianificare, nell'ottica della prevenzione degli effetti dei cambiamenti climatici, una seria ed efficace Gestione Integrata della Zona Costiera (GIZC)³⁰.

La legge annuale della concorrenza e del mercato non si orienta in questa direzione, ma si limita ad indicare un percorso il cui obiettivo è ga-

³⁰ The Sediment Management Towards @COP27 Sustainable sediment management to adapt and mitigate climate changes and sea level rise, by promoting circular economy and usage of nature-based solutions.

rantire la contendibilità della singola concessione, ritenendo così di assicurare un miglioramento di servizi all'utenza ma con una logica dirigitica incompatibile con il mercato che a parole dice di volere favorire.

È il mercato che costruisce la domanda e l'offerta dei servizi e la loro consistenza è certo misurabile, ma in questo settore non è compito delle pubbliche amministrazioni determinarlo, se non quando c'è una gestione diretta di tali attività, che assumono però una valenza non economica ma di sostegno sociale.

La normativa oggetto di analisi non si muove verso questo obiettivo e deve essere ripensata, con una disciplina nella quale non deve essere accettata pedissequamente l'ottica delle Autorità amministrative «indipendenti» di mutuare le procedure di affidamento come per gli appalti pubblici di lavori o di servizi, ma mantenere quella di una ampia discrezionalità tecnica ed amministrativa per le procedure di affidamento, in quanto le concessioni dei beni demaniali non hanno finalità omogenee ed ovunque identiche.

La regolazione dovrebbe prevedere poche disposizioni di rilievo nazionale, al fine di garantire quella uniformità nella valutazione di alcuni parametri tecnici finalizzata ad assicurare la parità di condizioni tra tutti i potenziali concorrenti.

Al contrario devono esercitare un ruolo prevalente sia le Regioni sia gli Enti Locali competenti, per assicurare una disciplina di dettaglio delle evidenze pubbliche che sia coerente con il quadro gestionale del territorio, tenendo conto sia dei criteri di sostenibilità sotto i profili economico, sociale ed ambientale sia delle esigenze specifiche delle aree turistiche interessate.

Questo modo di procedere, se opportunamente impostato e gestito, consentirebbe di:

a. fornire garanzie alle micro, piccole e medie imprese (MPMI) attraverso la sollecitazione di partecipazione all'avviso di manifestazione di interesse nel quale siano ben delineati gli obiettivi di sviluppo turistico;

b. rendere concreta ed evidente la funzionalizzazione della concessione ad un uso rispondente ad un interesse pubblico non rappresentato da un mero incremento di canoni oppure dall'offerta di fantomatici servizi a prezzi calmierati all'utenza, di cui peraltro sarebbe difficile la misurazione dell'effettiva erogazione.

In questo modo si ristabilirebbe una coerenza tra l'ammissione all'uso del bene pubblico per finalità commerciali privatistiche e la proprietà "collettiva" del sedime demaniale, con la restituzione di parte del valore aggiunto prodotto dall'attività allo stesso territorio in un quadro di prestazioni chiare e trasparenti che possono essere l'effettivo e concreto nucleo dei

requisiti per il mantenimento dei titoli di concessione.

Il gettito potenziale atteso dai canoni delle concessioni sembra essere considerato un importante aspetto “perequativo” nei confronti del sacrificio della collettività rispetto all’uso particolare del bene, ma gli obblighi di gestione imposti dalle pubbliche amministrazioni per il mantenimento del titolo possono essere molto più efficaci come strumento a favore della collettività e della qualità complessiva del territorio³¹.

È quindi necessario impostare la riforma con un’ottica diversa e per fare questo è opportuno anche richiamare i principi unionali non solo per supportare la sollecitazione ad una apertura del mercato ma anche per fornire chiavi di lettura specifiche e idonee per individuare percorsi adeguati alla realtà nazionale.

Possiamo ritrovare una indicazione in tal senso agli esiti di un incontro tenutosi il 22 luglio 2016 presso la direzione generale della concorrenza della Commissione europea, subito dopo la nota sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, nel quale fu suggerito al Governo italiano di guardare “al problema” non come singolo argomento, ma di inserirlo nel quadro dei piani pluriennali per la gestione delle coste, che i singoli Stati membri sono chiamati a realizzare a livello europeo³².

È in tale contesto, si suggeriva, che vanno definite le priorità politiche e la destinazione delle varie aree all’interno di un progetto generale (privilegiando, ad esempio, la pesca o i porti in certe zone e il turismo in altre).

La stessa Unione europea indica un percorso nel quale è possibile «*inquadrate*» la «*concorrenza*» non fine a sé stessa ma come strumento per raggiungere alcuni obiettivi, in cui rientra a pieno titolo il rilascio delle concessioni demaniali da ponderare però in una Gestione Integrata della Fascia Costiera.

In questo contesto così critico, orientarsi alle esperienze normative del passato, introducendo i giusti e corretti elementi connessi alle attuali sensibilità della collettività – sulla qualità dell’ambiente, l’importanza della fruizione collettiva dei beni pubblici – possono essere rinvenuti gli stru-

³¹ *Il Sole 24 Ore*, 16 ottobre 2022; «Nel 2023 sul mercato 42 miliardi di nuovi BTP – su una massa di 383 miliardi di emissioni lorde di titoli di Stato previste per l’anno 2022» – Sono numeri per comprendere l’impatto del gettito derivante dai canoni di concessione demaniale marittima, che ammontano a circa 100 milioni annui per tutte le finalità per le quali sono rilasciate concessioni, quindi diporto nautico, cantieristica, impianti di acquacoltura, itticoltura, pesca ed altri usi, in relazione al fabbisogno dello Stato. Vi è probabilmente un ampio spazio per aumentare il gettito, sicuramente inadeguato rispetto al volume di affari di molti ambiti di attività, ma, dai numeri sopra indicati, tale incremento assumerebbe certamente una valenza di parziale “risarcimento” per la perdita dell’uso pubblico, ma l’effetto complessivo sulle entrate dello Stato rimane comunque limitato in relazione alle spese complessivamente gestite.

³² Nota verbale prot. 6332 del 22 luglio 2016, incontro Sottosegretario Sandro Gozi e Direttore Evans DG Grow della Commissione europea. Fonte: mondobalneari.com.

menti per superare questa fase di criticità gestionale con una reciproca soddisfazione di tutte le categorie interessate.

Nelle more di questa rivisitazione complessiva si può intanto proporre di attualizzare in una pianificazione urbanistica locale, uno strumento giuridico già disponibile, nel quale recepire e disciplinare gli obiettivi condivisi di valorizzazione del territorio, quale è il Piano di utilizzazione degli Arenili (PUA)³³

In tale ambito è possibile “disegnare” un “Sistema Turistico Locale” con obiettivi specifici quali:

- realizzare e mantenere aziende di alta qualità sia dal punto di vista delle infrastrutture sia della gestione, con certificazioni di sostenibilità ambientale e resilienza ai cambiamenti climatici³⁴;

- costruire una sinergia per la riqualificazione del territorio e della sua complessiva offerta turistica, creando così le condizioni per una seria ed efficace Gestione Integrata della Zona Costiera (GIZC), indirizzando l’iniziativa di impresa balneare verso le finalità pubblicistiche di tutela ambientale utilizzando la capacità di adattamento delle attività economiche anche come uno strumento di resilienza ai cambiamenti climatici, mantenendo però una efficace, diversificata e soprattutto qualitativamente elevata offerta turistica, a vantaggio delle economie del territorio e nazionale.

Forse è giunto il momento di sviluppare un nuovo “diritto delle coste” nel quale collocare compiutamente tutti i fenomeni che si sviluppano sulla fascia costiera – fisici, economici, sociali – in un sistema finalmente coordinato in cui sia possibile valorizzare la sua oggettiva rilevanza economica, non più però come unico paradigma, ma inquadrato e relazionato con l’attuale sensibilità di funzione sociale di “beni comuni” quali sono comunque i beni demaniali marittimi.

Gabriele Lami**

³³ Sulla rilevanza del Piano di Utilizzazione degli Arenili si rinvia alla sentenza della Corte costituzionale n. 108/2022 del 5 aprile 2022, depositata il 5 maggio 2022. La norma impugnata è l’art. 3 della legge della Regione Siciliana n. 17 del 21 luglio 2021.

³⁴ «In Italia sono poco meno di 25 i milioni di metri cubi di sabbia estratta dai fondali marini dal 1994 a oggi, a cui si deve sommare quanto proveniente dalle cave presenti nelle pianure alluvionali o prodotto per frantumazione di rocce e solo considerando i tratti in erosione, dobbiamo coprire 1.700 km di spiagge, se volessimo mantenere il profilo naturale delle spiagge con un innalzamento del livello del mare di un metro sui quasi 4.000 km di coste basse italiane, avremmo bisogno di oltre tre miliardi di metri cubi di sedimenti, e al costo attuale del dragaggio e del refluento (circa 15 euro a metro cubo) si arriva 45 miliardi di euro». Fonte Prof. Enzo Pranzini - *Granelli di Sabbia*.

** Componente Gruppo tecnico Demanio marittimo / ANCI Toscana

SINTESI

La gestione della fascia costiera in Italia ha visto la formazione e l'affermazione di un'importante attività economica, all'interno di un quadro normativo che non ha però saputo adattarsi allo sviluppo e alla trasformazione in una vera e propria attività imprenditoriale dell'impresa balneare. Oggi sono presenti tutte le difficoltà derivanti da tali errori di valutazione con l'introduzione, in nome di un principio di concorrenza declinato in modo inadeguato alla reale gestione del fenomeno della balneazione, di una normativa che rischia di creare più difficoltà di quanti benefici si presume di ottenere. In assenza di una corretta interpretazione dei principi comunitari che ispirano la riforma, si crea il rischio che si creino i presupposti di un contenzioso permanente a danno del sistema economico turistico balneare.

ABSTRACT

The management of the coastal strip in Italy has seen the formation and affirmation of an important economic activity, within a regulatory framework which has not, however, succeeded in the development and transformation into a real business activity of this seaside enterprise. Today all the difficulties deriving from these errors of assessment are present with the introduction in the name of a principle of competition declined in an inadequate way to the real management of the bathing phenomenon, of a regulation that risks creating more difficulties than the benefits presume to get. In the absence of a correct interpretation of the community principles that inspire the reform, there is the risk of creating the conditions for a permanent content to the detriment of the seaside tourist economic system.

**REGOLAMENTO EPPO: LE DISPOSIZIONI
CHE PARALIZZANO L'ESERCIZIO DELLE COMPETENZE
DELLA PROCURA EUROPEA SONO INVALIDE
PER VIOLAZIONE DELL'ART. 86 DEL TRATTATO
SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA (TFUE)***

L'Autore di questo articolo, Enrico Traversa, che è stato per vari anni Direttore della Sezione "Giustizia e affari interni" del Servizio Giuridico della Commissione europea, ha partecipato personalmente fin dall'inizio alla redazione della proposta di Regolamento EPPO della Commissione europea e ne ha successivamente seguito gli sviluppi durante i negoziati in seno al Consiglio dei Ministri della Giustizia. È quindi il giurista più indicato per analizzare l'impianto e la struttura del Regolamento EPPO nel suo complesso e ancor più per metterne in evidenza i difetti. Alcuni di tali difetti che l'Autore ha provveduto a segnalare in questo articolo richiederanno di essere eliminati dal legislatore europeo in occasione di una sua prossima revisione. Altri difetti sono invece emersi al momento in cui i giudici nazionali hanno dovuto dare applicazione al Regolamento medesimo.

Abbiamo pertanto ritenuto estremamente utile ed istruttivo pubblicare su questo stesso numero della Rivista (cfr. infra, p. 211) il testo che Enrico Traversa ha predisposto a commento di una recente ordinanza della Corte di appello di Vienna dalla cui motivazione, pure pubblicata, si ricavano sia la portata dei difetti denunciati dai giudici nazionali sia la ragionevolezza dei rimedi suggeriti dall'Autore per correggerli.

Il Direttore

* Il presente articolo è una riproduzione, con aggiornamenti, dell'articolo pubblicato sulla rivista *Politica del diritto*, n. 1/2022, pp. 27-50, ISSN 0032-3063.

Sommario: **1.** *I reati di competenza della Procura europea* - **2.** *L'erosione delle competenze della Procura europea per quanto riguarda i reati «indissolubilmente connessi» ai reati direttamente lesivi degli interessi finanziari dell'UE* - **3.** *Considerazioni critiche sui criteri di definizione delle competenze della Procura europea* - **4.** *Le due disposizioni del Regolamento EPPO che paralizzano l'esercizio delle competenze della Procura europea in materia di frodi IVA e di reati doganali* - **5.** *Invalidità dell'art. 22, par. 4 e dell'art. 25, par. 3, lett. b., del Regolamento EPPO per violazione dell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* - **6.** *Giurisprudenza della Corte di giustizia a sostegno della tesi dell'invalidità degli artt. 22, par. 4 e dell'art. 25, par. 3, lett. b., del Regolamento EPPO: «effetto utile» delle disposizioni di diritto dell'Unione* - **7.** *Segue: La giurisprudenza avente ad oggetto l'illiceità di decisioni di autorità nazionali incompatibili con decisioni di autorità dell'Unione* - **8.** *Segue: La giurisprudenza avente ad oggetto l'obbligo di dotare le autorità dell'Unione dei poteri di intervento necessari per perseguire gli obiettivi di interesse pubblico ad esse assegnati* - **9.** *Possibili obiezioni alla tesi prospettata e considerazioni conclusive.*

1. I reati di competenza della Procura europea

Nel passaggio dalla proposta della Commissione europea al testo finale del Regolamento EPPO n. 2017/1939/UE adottato dal Consiglio dei Ministri dell'Unione¹, il quadro normativo che disciplina le competenze della Procura europea si è straordinariamente complicato. Mentre infatti la Commissione aveva proposto una competenza esclusiva della Procura europea per tutti i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e per i reati a essi «indissolubilmente connessi»², il Consiglio dei Ministri, al termine di un serrato negoziato vertente proprio su questo aspetto cruciale della proposta legislativa³, ha deciso in favore di una competenza concorrente fra Procura europea e Procure degli Stati membri com'è esplicitamente affermato al punto 13 della motivazione del testo finale: «Il presente Regolamento prevede un sistema di competenze concorrenti tra l'EPPO e le autorità nazionali (...) basato sul diritto di avocazione dell'EPPO».

¹ Il Regolamento n. 2017/1939/UE ha formato l'oggetto di un dettagliato commentario articolo per articolo di H. HERRNFELD - D. BRODOWSKI - R. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, Baden-Baden, Nomos, 2021. V. anche l'ampio commento di W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A.W.H. MEIJ (a cura di), *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2018. Sulla genesi della Procura europea, v. L. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 958.

² Artt. 12 e 13 della proposta di Regolamento della Commissione europea, in doc. Com(2013)534 finale del 17 luglio 2013.

³ L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale*, 2017, p. 18.

L'art. 22 del Regolamento avente a oggetto la «Competenza materiale dell'EPPO» inizia con un paragrafo che rinvia integralmente alla direttiva n. 2017/1371/UE relativa alla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione «quale attuata dal diritto nazionale»⁴ e alle fattispecie di reato in essa definite⁵. Queste consistono in primo luogo (art. 3 della direttiva c.d. PIF) nelle «frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione», vale a dire nell'uso di dichiarazioni o di documenti falsi e nella distrazione di fondi per fini diversi da quelli per cui questi erano stati concessi, in materia di: *a.* sovvenzioni e *b.* appalti dell'Unione, *c.* entrate del bilancio UE diverse dall'IVA fra le quali le più importati sono rappresentate dai dazi doganali, nonché *d.* entrate derivanti dall'IVA, ma limitatamente alle frodi «connesse al territorio di due o più Stati membri» e comportanti un «danno complessivo» di almeno dieci milioni di euro. Fra gli altri comportamenti illeciti diversi dalle frodi, pure di competenza della Procura europea, rientrano poi (art. 4 della direttiva PIF): *a.* il riciclaggio di denaro derivante dalla commissione dei reati di frode, *b.* la corruzione attiva e passiva di funzionari pubblici, sia di un'Istituzione europea sia di uno Stato membro, nonché *c.* l'appropriazione indebita commessa dagli stessi. Gli Stati membri sono infine tenuti a prevedere come reati nel proprio ordinamento anche l'istigazione, il favoreggiamento e il concorso nella commissione dei suddetti reati di frode e assimilati (art. 5 della direttiva PIF).

Le competenze della Procura europea sono poi ampliate dai successivi par. 2 e 3 dello stesso art. 22 in una duplice direzione. Il primo luogo la Procura europea può perseguire anche i reati relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale, a condizione che l'attività di quest'ultima abbia come obiettivo principale la commissione delle frodi e degli altri reati disciplinati dalla direttiva n. 2017/1371/UE⁶. In secondo luogo, la competenza della Procura europea viene estesa anche ai reati «indissolubilmente connessi» a quelli previsti dalla medesima direttiva PIF, senza

⁴ Sui rischi dell'individuazione delle competenze della Procura europea mediante tale rinvio alle leggi degli Stati membri che recepiscono in diritto nazionale la direttiva n. 2017/1371/UE, v. C. DI FRANCESCO MAESA, *Directive (EU) 2017/1371 in the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law: a missed goal?*, in *European papers*, 2018, p. 1455.

⁵ Sulle competenze della Procura europea, v. L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, loc. cit., p. 22; E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in questa *Rivista*, 2020, p. 487; G. BARONE, *L'entrata in funzione dell'EPPO tra nodi ancora da sciogliere e dubbi di effettività*, in *Cass.pen.*, 2020, p. 4766. Sull'interazione con le competenze di Eurojust v. F. SPIEZIA, *Il Pubblico Ministero europeo e i rapporti con Eurojust*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 1630.

⁶ Sul punto v. A. VENEGONI - M. MINI, *I nodi irrisolti della nuova Procura europea*, in *Giurisprudenza penale Web*, <https://www.giurisprudenzapenale.com>, 2017, p. 1.

tuttavia che di tale connessione «indissolubile» fra le due categorie di reati venga data alcuna definizione⁷. Questa si trova al punto 54 della motivazione del Regolamento EPPO, che rinvia esplicitamente alla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al principio del *ne bis in idem*. Le sentenze della Corte in materia hanno, infatti, costantemente adottato come criterio di connessione fra due reati «l'identità dei fatti materiali (...) intesa come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate fra loro nel tempo e nello spazio»⁸. Pertanto, se una stessa condotta costituisce contemporaneamente una violazione di una norma della legge nazionale di recepimento della direttiva PIF e una violazione di un'altra norma penale non armonizzata, la Procura europea disporrà della competenza a perseguire il primo reato, a titolo principale, e della competenza accessoria a perseguire il secondo in quanto reato «indissolubilmente connesso» al primo.

2. L'erosione delle competenze della Procura europea per quanto riguarda i reati «indissolubilmente connessi» ai reati direttamente lesivi degli interessi finanziari dell'UE

La seconda frase del par. 3 dell'art. 22 del Regolamento precisa tuttavia che la Procura europea potrà esercitare la propria competenza con riguardo ai reati indissolubilmente connessi ai reati disciplinati dalla direttiva PIF, soltanto «in conformità con l'articolo 25, paragrafo 3» del Regolamento stesso. Tale disposizione dell'art. 25 introduce due criteri fortemente restrittivi in ordine all'esercizio delle competenze attribuite alla Procura europea dall'art. 22. Il primo (art. 25, par. 3, lett. a.) è basato sulla gravità della sanzione. In caso di concorso di reati, la Procura europea potrà esercitare la propria competenza soltanto qualora la gravità del reato direttamente lesivo degli interessi finanziari dell'Unione – gravità riflessa nella sanzione massima che può essere irrogata dal giudice – sia prevalente rispetto alla gravità del reato connesso. Nel caso inverso (sanzione massima prevista per il reato connesso più severa di quella massima stabilita

⁷ J. E. GUERRA, *The material competence of the EPPO and the concept of inextricably linked offences*, in *Eucrim*, 2021, p. 49.

⁸ Fra le più recenti e importanti pronunce della Corte di giustizia aventi a oggetto il principio del *ne bis in idem*, meritano di essere citate la sentenza in causa n. C-524/15, *Menci*, punto 35, EU:C:2018:197, e la sentenza in causa n. C-537/16, *Garlsson*, punto 37, EU:C:2018:193, entrambe pronunciate il 20 marzo 2018. Quanto ad un esempio concreto di «identità di fatti materiali», si pensi a un caso di utilizzo di fatture e documenti falsi al fine di evadere l'IVA dovuta su un vasto insieme di operazioni imponibili e alla conseguente e contestuale falsificazione del bilancio di una società di capitali.

per il reato di cui alla direttiva PIF), l'indagine penale potrà essere condotta e l'azione penale potrà essere esercitata soltanto dal pubblico ministero dello Stato membro competente per territorio. Tuttavia, secondo quanto previsto alla fine della lett. *a.* dell'art. 25, par. 3, del Regolamento, la Procura europea potrà perseguire gli autori di un reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione anche se non prevalente in termini di livello delle sanzioni, qualora il reato indissolubilmente connesso risulti strumentale rispetto alla commissione del reato PIF «tipico». Il punto 56 della motivazione del Regolamento precisa a questo riguardo che rientrano in questa «contro-eccezione» a favore della competenza della Procura europea, i «reati strettamente finalizzati a procurarsi i mezzi materiali o giuridici per commettere il reato che lede gli interessi dell'Unione o per assicurarsi il relativo profitto o prodotto».

Il secondo criterio che determina una sensibile restrizione delle competenze della Procura europea è quello secondo il quale quest'ultima è tenuta ad astenersi dall'esercitare l'azione penale nei casi in cui «vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale causato da un reato di cui all'art. 22 non sia superiore a danno reale o potenziale causato a un'altra vittima» (art. 25, par. 3, lett. *b.*), del Regolamento EPPO). Ne consegue che i procuratori europei delegati dovranno effettuare un rapido raffronto fra il danno arrecato dagli autori dell'illecito, rispettivamente agli interessi finanziari dell'Unione e a quelli delle altre vittime della condotta criminosa oggetto delle indagini, *in primis* gli Stati membri, al fine di decidere se esercitare o meno la propria competenza. Tale criterio limitativo delle competenze della Procura europea, subisce a sua volta due «contro-eccezioni», vale a dire due ipotesi nelle quali, nonostante il maggior danno arrecato dagli autori del reato agli interessi finanziari di un'altra vittima del reato stesso, la Procura europea conserva comunque la propria competenza ad agire. La prima ipotesi riguarda tre delle quattro fattispecie del reato di frode previste dall'art. 3, par. 2, della direttiva PIF n. 2017/1371/UE e precisamente l'uso di dichiarazioni o documenti falsi in materia di sovvenzioni dell'Unione (lett. *a.*), in materia di appalti (lett. *b.*) e in materia di risorse proprie del bilancio dell'Unione derivanti dall'IVA (lett. *d.*). Il criterio del «maggior danno» resta pertanto applicabile unicamente al reato di cui alla lett. *c.* dell'art. 3, par. 2, della direttiva PIF, che consiste nell'uso di dichiarazioni false per evadere le risorse proprie del bilancio dell'Unione diverse dall'IVA, vale a dire essenzialmente i diritti doganali che costituiscono, a differenza dell'IVA, interamente risorse proprie del bilancio dell'Unione. La seconda «contro-eccezione» rispetto alla deroga alla competenza della Procura europea introdotta dall'art. 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento EPPO è di applicazione «qualora appaia che l'EPPO sia in una posizione

migliore per svolgere indagini o esercitare l'azione penale» e se l'«autorità nazionale competente», ovvero la procura dello Stato membro nel quale si trova l'altra vittima del reato che ha subito un danno più grave rispetto a quello subito dal bilancio dell'Unione, ha dato il proprio consenso. Il punto 60 della motivazione del Regolamento chiarisce a questo riguardo che l'EPPO appare in una «posizione migliore» qualora i reati da perseguire abbiano «una natura e una portata transnazionali» e/o «vedano coinvolte organizzazioni criminali» e/o costituiscano «una grave minaccia per gli interessi finanziari dell'Unione».

Il Regolamento EPPO prevede infine due altre ipotesi di riserva di competenza a favore delle procure degli Stati membri. La prima, prevista dall'art. 25, par. 2, riguarda i casi in cui i reati per i quali viene avviata l'indagine penale comportino per gli interessi finanziari dell'Unione un danno inferiore ai diecimila euro, con la duplice “contro-eccezione” (ritorno della competenza alla Procura europea) rappresentata dai casi in cui sospettati di aver commesso il reato sono funzionari delle Istituzioni europee e dai casi che possono avere «ripercussioni a livello dell'Unione».

L'altra ipotesi di espressa esclusione della competenza della Procura europea si trova invece all'art. 22, par. 4, che riserva alle procure degli Stati membri «i reati in materia di imposte dirette nazionali, ivi inclusi i reati a essi indissolubilmente legati». Questa disposizione è stata, per così dire, il prezzo da pagare in termini di scelte legislative, per l'inclusione estremamente significativa delle frodi IVA transfrontaliere di valore superiore ai dieci milioni di euro fra le competenze primarie della Procura europea di cui al par. 1 dello stesso art. 22. La circostanza che tale deroga sia prevista dall'art. 22 del Regolamento esclude inoltre in radice che la Procura europea possa recuperare la propria competenza ad agire sulla base dell'art. 25, e in particolare del suo par. 3, lett. b. (criterio del «maggior danno»), che avendo a oggetto unicamente «l'esercizio della competenza dell'EPPO», presuppone logicamente che un dato reato rientri nel campo di applicazione materiale dell'art. 22.

3. Considerazioni critiche sui criteri di definizione delle competenze della Procura europea

Risulta evidente da questa succinta analisi degli artt. 22 e 25 del Regolamento, come nel passaggio dalla proposta della Commissione al testo finale dell'atto legislativo adottato dal Consiglio dei Ministri, si sia verificata una consistente erosione delle competenze della Procura europea, che trova la sua causa nella diffidenza di certi Ministri della giustizia nei con-

fronti dell'intervento, per la prima volta nella storia dell'integrazione europea, di un organo dell'Unione in procedimenti penali che si svolgono sul territorio dei rispettivi Stati membri. E questo, nonostante il «valore aggiunto» in termini di efficienza amministrativa di cui hanno dato prova le Istituzioni dell'Unione – *in primis* la Commissione e la Banca centrale europea – nel governo di eventi che superano di gran lunga la piccola dimensione di un singolo Stato. In secondo luogo, l'opzione del Consiglio dei Ministri per una competenza concorrente fra i due livelli di autorità inquirenti ha dato luogo all'adozione di un complesso di norme di estrema complessità, la quale deriva non soltanto dall'interazione continua, sopra descritta, fra regole generali, eccezioni e contro-eccezioni, ma anche dall'utilizzazione, da parte del legislatore europeo, di concetti giuridici vaghi e generici⁹, in quanto tali suscettibili di diverse interpretazioni e valutazioni e per questo, e purtroppo, fonte di sicuri conflitti di competenza fra Procura europea e Procure nazionali¹⁰. Proprio per questo motivo il passaggio da una competenza esclusiva a una competenza concorrente della Procura europea e delle Procure nazionali avrebbe dovuto indurre il Consiglio dei Ministri a riesaminare completamente l'adeguatezza della procedura di risoluzione dei conflitti di attribuzione dei procedimenti controversi prevista all'art. 13 della proposta della Commissione – poi trasfusa quasi testualmente nell'art. 25, par. 6, del Regolamento EPPO – che designava quali autorità deputate a risolvere tali conflitti le «autorità nazionali competenti» a risolvere i conflitti fra procure dello stesso Stato membro. In molti Stati, infatti, tale autorità competente in materia di conflitti di competenza fra Procura europea e procure nazionali, che in Italia è stata individuata nel procuratore generale presso la Corte di cassazione¹¹, non presenta tutti i requisiti di una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare il requisito del carattere contraddittorio del procedimento che si svolge dinanzi a tale mede-

⁹ Si pensi, a titolo di esempio, ad espressioni come «danno reale o potenziale», «reato indissolubilmente connesso», «reato strumentale» alla commissione di un reato di frode disciplinato dalla direttiva PIF, e altre ancora.

¹⁰ Al rischio di conflitti di competenza fra Procura europea e Procure nazionali va aggiunto il problema del rispetto dei diritti della difesa degli imputati, come acutamente rilevato da F. GIUFFRIDA, *Cross-border Crimes and the European Public Prosecutor's Office*, in *Eu crim*, 2017, p. 149; e da A. BARLETTA, *Pubblico ministero europeo: il nodo della competenza e le sfide per il diritto di difesa*, in *Giurisprudenza penale Web*, <https://www.giurisprudenzapenale.com>, 2020, p. 4.

¹¹ Art. 16 del dlgs n. 9 del 2 febbraio 2021 recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2017/1939». V. i primi commenti di L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al Regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, 4/2021, p. 53; e di R. BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla Procura europea: il punto della situazione*, in *Sistema penale*, 7/2020, p. 165.

sima autorità, e quindi non potrà porre alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali di interpretazione degli oscuri e complessi artt. 22 e 25 del Regolamento EPPO.

4. Le due disposizioni del Regolamento EPPO che paralizzano l'esercizio delle competenze della Procura europea in materia di frodi IVA e di reati doganali

Due disposizioni degli artt. 22 e 25 del Regolamento meritano tuttavia un'attenzione particolare in quanto la sopra rilevata erosione delle competenze della Procura europea disposta dal Consiglio dei Ministri in sede di adozione della proposta della Commissione sembra essersi tradotta nella completa vanificazione dei poteri di azione della Procura stessa in due importantissimi ambiti di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Si è in precedenza rilevato come, con riferimento all'attribuzione dei procedimenti per reati «indissolubilmente connessi» ai reati previsti dalla direttiva n. 2017/1371/UE cui rinvia l'art. 22, par. 1, del Regolamento, il criterio del «maggior danno» introdotto dall'art. 23, par. 3, lett. *b.*, sia rimasto applicabile unicamente al reato di uso di dichiarazioni o documenti falsi al fine di evadere i diritti doganali che rappresentano integralmente una risorsa propria del bilancio dell'Unione europea. Va a questo proposito ricordato che per la quasi totalità dei prodotti importati da Paesi terzi, a cominciare da quelli soggetti ad accise armonizzate come i prodotti petroliferi e gli alcool, l'aliquota dei dazi doganali è sempre molto inferiore (4-6%) alle aliquote dell'IVA all'importazione e delle eventuali accise (30-40%)¹². Ne consegue pertanto che nella quasi totalità dei casi di frodi doganali un'amministrazione o una procura nazionali potranno facilmente invocare il criterio del «maggior danno» per rifiutarsi di trasferire l'indagine penale alla Procura europea, dato che il minor gettito di dazi doganali, per il bilancio dell'Unione, conseguente al reato di frode sarà sempre inferiore alla contestuale evasione dell'IVA all'importazione, che rappresenta un'entrata dei bilanci degli Stati membri nella misura del 99,7%, e all'eventuale evasione delle accise armonizzate, il cui gettito è pure interamente destinato ai bilanci nazionali. Pertanto la competenza in materia di reati doganali attribuita alla Procura europea dalla norma di carattere generale di cui all'art. 22, par. 1, del Regolamento risulta quasi completamente

¹² Uno dei rarissimi casi in cui il danno derivante da una frode doganale sarà verosimilmente maggiore per il bilancio dell'Unione europea è quello del reato di contrabbando di sigarette, dato che tale prodotto è soggetto a dazi doganali UE all'importazione di ben il 57,6% del valore del prodotto stesso.

paralizzata dalla deroga basata sul criterio del «maggior danno» introdotta dall'art. 25, par. 3, lett. b.

L'altra disposizione del Regolamento che frustra completamente l'esercizio di un potere di azione conferito alla Procura europea dall'art. 22, par. 1, è quella prevista al par. 4 dello stesso articolo che, come si è visto, riserva alle autorità inquirenti degli Stati membri il perseguimento dei «reati in materia di imposte dirette nazionali, ivi inclusi i reati a essi indissolubilmente legati». Particolarmente insidiosa per il concreto esercizio della competenza della Procura europea a perseguire le frodi IVA transnazionali di entità superiore ai dieci milioni di euro si presenta infatti l'aggiunta, accanto all'esclusione dei reati relativi alle imposte sui redditi, dei «reati a essi indissolubilmente legati». Infatti quasi sempre un reato di evasione dell'IVA, ad esempio mediante l'uso di fatture per operazioni inesistenti al fine di aumentare l'importo dell'IVA detraibile «a monte», comporta anche una parallela evasione dell'imposta sul reddito dell'impresa responsabile dell'infrazione IVA. Questo implica che, qualora un'amministrazione finanziaria, nel corso dei propri accertamenti, scopra un disegno criminoso che ha causato una perdita di gettito IVA superiore ai dieci milioni di euro, sarà sufficiente che nella stessa ispezione venga accertata una possibile evasione dell'imposta sul reddito delle società di un importo anche largamente inferiore alla suddetta soglia di dieci milioni di euro, perché quella stessa amministrazione finanziaria sia tenuta a trasmettere tutto il fascicolo riguardante tale duplice ipotesi di reato, non alla Procura europea secondo quanto disposto dalla norma generale di cui al par. 1 dell'art. 22 del Regolamento, bensì alla Procura nazionale in forza della deroga di cui al par. 4 dello stesso articolo, essendo il più grave reato IVA «indissolubilmente connesso» al meno grave reato relativo all'imposta sui redditi¹³.

5. Invalidità dell'art. 22, par. 4, e dell'art. 25, par. 3, lett. b., del Regolamento EPPO per violazione dell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

La situazione giuridica sopra descritta si presenta come assolutamente inedita nella storia istituzionale dell'Unione europea in quanto, a differenza dei numerosi precedenti giurisprudenziali in cui erano gli organi legislativi o amministrativi o giudiziari di uno Stato membro che avevano

¹³ Concorda pienamente con tale analisi dell'art. 22.4 del Regolamento D. CECCARELLI, *The EPPO and the Fight against VAT Fraud. A Legal Obstacle in the Regulation?*, in *Eu crim*, 2021, p. 47.

frapposto ostacoli illegittimi all'azione delle Istituzioni europee, in questo caso è lo stesso legislatore dell'Unione che mediante l'introduzione di due norme di vastissima deroga alla norma generale di conferimento di poteri di azione contenuta all'art. 22, par. 1, del Regolamento, ha svuotato di qualsiasi contenuto «operativo» l'attribuzione alla Procura europea delle competenze investigative in materia di reati doganali e di frodi IVA transnazionali di rilevante entità. Va rilevato *in limine* che il Regolamento n. 2017/1939/UE costituisce l'atto legislativo di specifica attuazione di una norma di rango superiore quale l'art. 86 TFUE, la quale rappresenta pertanto il parametro di validità – o di invalidità – delle disposizioni di deroga di cui all'art. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento medesimo. Il suddetto art. 86 del Trattato, dopo aver conferito al Consiglio dei Ministri, al suo par. 1, il potere di istituire con Regolamento – atto per definizione direttamente applicabile ex art. 288 TFUE – una Procura europea, precisa al suo par. 2 che tale medesima autorità inquirente «è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione». Tale competenza si traduce, come tutte le competenze attribuite alle Istituzioni dell'Unione, in un preciso obbligo giuridico consistente, per l'appunto, nel perseguire gli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, obbligo che la Procura europea non potrebbe pienamente assolvere se non fosse stata dotata dal legislatore, vale a dire dal Consiglio dei Ministri della giustizia mediante il Regolamento di cui all'art. 86, par. 1, TFUE, degli indispensabili poteri di indagine e di azione penale. È pertanto in rapporto a tale obbligo imposto direttamente dall'art. 86, par. 2 del Trattato di «individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» che va valutata la validità degli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b.*, che la Procura europea potrebbe contestare dinanzi a un giudice nazionale chiedendo contestualmente a quest'ultimo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di una questione di validità avente a oggetto le due suddette disposizioni del Regolamento Eppo, così come previsto dall'art. 267 TFUE e come espressamente richiamato all'art. 42, par. 2, lett. *b.*, del Regolamento stesso¹⁴. Restano da esaminare le motivazioni giuridiche che potrebbero, sulla base dei principi interpretativi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, giustificare una dichiarazione di invalidità delle due disposizioni del Regolamento in questione che, come si è visto, paralizzano completamente l'esercizio delle competenze importantissime della Procura europea in materia di reati doganali e di frodi IVA.

¹⁴ «Conformemente all'art. 267 TFUE, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale su: (...) *b.* l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento».

6. Giurisprudenza della Corte di giustizia a sostegno della tesi dell'invalidità degli artt. 22, par. 4, e dell'art. 25, par. 3, lett. b., del Regolamento EPPO: «effetto utile» delle disposizioni di diritto dell'Unione

Un primo principio generale che la Procura europea potrebbe invocare a sostegno della tesi dell'invalidità degli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. b., del Regolamento è quello dell'«effetto utile» delle norme di diritto dell'Unione quale elaborato dalla Corte in numerosissime sentenze emanate nei più diversi settori di legislazione europea. Fra le pronunce più significative ai fini della presente analisi vi sono certamente due sentenze riguardanti il diritto del lavoro e aventi ad oggetto l'interpretazione della direttiva n. 96/71/Ce sul distacco di lavoratori da uno Stato membro all'altro. Nelle cause *Laval*¹⁵ e *Rüffert*¹⁶ la Corte ha infatti respinto, sulla base per l'appunto del principio dell'«effetto utile», il tentativo di due Stati membri, rispettivamente la Svezia e la Germania, di interpretare e applicare una disposizione eccezionale di deroga della direttiva n. 96/71/Ce¹⁷ in una misura così estesa da frustrare l'obiettivo della norma generale della direttiva medesima¹⁸ che era quello di facilitare, e non di ostacolare, i distacchi transnazionali di lavoratori e le connesse prestazioni transfrontaliere di servizi. Ancora più rilevanti risultano le due sentenze *Braathens*¹⁹ e *Commissione c. Italia*²⁰ in materia di esenzioni obbligatorie da accise armonizzate, nelle quali i giudici dell'Unione hanno dichiarato incompatibili con la disposizione della direttiva n. 92/81/Cee all'epoca in vigore, due norme nazionali che assoggettavano a tassazione due prodotti oggetto di un'esenzione obbligatoria a motivo del fatto che «consentire agli Stati membri di colpire con un'altra imposta indiretta i prodotti che debbono essere esonerati dall'accisa armonizzata (...) toglierebbe a tale disposizione [della direttiva] ogni effetto utile»²¹.

¹⁵ Sentenza 18 dicembre 2007 in causa n. C-341/05, *Laval*, EU:C:2007:809.

¹⁶ Sentenza 3 aprile 2008 in causa n. C-346/06, *Rüffert*, EU:C:2008:189, annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 356.

¹⁷ L'art. 3, par. 7, che autorizza l'applicazione, nello Stato membro di esecuzione della prestazione, di «norme più favorevoli ai lavoratori» distaccati da un altro Stato membro.

¹⁸ L'art. 3, par. 1, della direttiva n. 96/71/Ce che «prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio» (sentenze *Laval*, punto 80 e *Rüffert*, punto 33, *cit. supra*, rispettivamente, nota 15 e nota 16).

¹⁹ Sentenza 10 giugno 1999 in causa n. C-346/97, *Braathens*, EU:C:1999:291, riguardante la tassazione dei carburanti per gli aerei in servizio sulle linee interne della Svezia.

²⁰ Sentenza 25 settembre 2003 in causa n. C-437/01, *Commissione c. Italia*, EU:C:2003:498, avente a oggetto la tassazione degli olii lubrificanti.

²¹ Sentenze precitate *Braathens* e *Commissione c. Italia*, *loc. cit.*, rispettivamente punto 24 e punto 31 della motivazione.

Al fine di giustificare una declaratoria di invalidità degli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b.*, appare necessario richiedere alla Corte di giustizia un'applicazione *a fortiori* della propria giurisprudenza a questa situazione aberrante in cui è lo stesso legislatore dell'Unione che con due disposizioni di deroga di portata vastissima priva totalmente di «effetto utile» la norma generale di attribuzione di competenze alla Procura europea, contenuta all'art. 22, par. 1. Se la Corte ha infatti già proceduto a dichiarare contrarie ad una direttiva dell'Unione, e pertanto inapplicabili, due disposizioni tributarie nazionali, il medesimo procedimento logico (incompatibilità con una norma di rango superiore) potrebbe benissimo essere applicato alle due suddette disposizioni del Regolamento EPPO che, come sopra dimostrato, svuotano di gran parte del loro contenuto operativo le importantissime competenze della Procura europea in materia di reati doganali e di frodi IVA. Per questo gli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b.*, configurano una palese violazione dell'art. 86, par. 2, TFUE, norma di rango costituzionale dell'ordinamento europeo, il cui obiettivo è quello di fornire al legislatore dell'Unione una base giuridica al fine di conferire poteri effettivi «per individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» e non al fine di sabotare con deroghe smisurate a favore delle Procure nazionali l'esercizio effettivo di tali poteri di azione da parte della Procura europea. All'obiezione secondo la quale quello dell'«effetto utile» è stato fino ad oggi utilizzato dalla Corte più come un principio interpretativo che come un parametro di validità di norme di rango inferiore rispetto ad altre norme di rango superiore, si può agevolmente controbattere, sia riferendosi alle declaratorie – sia pure indirette – di incompatibilità con il principio generale dell'«effetto utile» riferito a disposizioni di direttive dell'Unione, delle disposizioni tributarie nazionali di cui alla precitate sentenze *Braathens* e *Commissione c. Italia*, sia ricordando il precedente rappresentato dalla sentenza *Cipriani*²² nella quale i giudici dell'Unione hanno dichiarato invalido l'art. 20, par. 1, della direttiva generale «accise» n. 92/12/Cee all'epoca in vigore, per violazione del principio fondamentale del rispetto dei diritti della difesa, sulla base della constatazione che a tale disposizione della medesima direttiva non poteva essere data un'interpretazione contraria al suo dato testuale, come invece aveva sostenuto la Commissione all'udienza. Questo ragionamento della Corte si può agevolmente trasporre anche al caso di specie, nella misura in cui il testo stesso degli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento EPPO preclude un'interpretazione di tali disposizioni che consenta la salvaguardia dell'«effetto utile» della

²² Sentenza 12 dicembre 2002 in causa n. C-395/00, *Cipriani*, EU:C:2002:751.

norma generale di attribuzione di competenze di cui all'art. 22, par. 1, del Regolamento stesso. Ne consegue che le due suddette disposizioni del Regolamento EPPD entrano inevitabilmente "in rotta di collisione" con l'art. 86, par. 2, del Trattato e con il suo «effetto utile» riferito all'obiettivo di assicurare alla giustizia gli autori di frodi a danno del bilancio UE, esattamente come l'art. 20, par. 1, della direttiva «accise» n. 92/12/Cee, nella precitata sentenza *Cipriani*, entrò "in rotta di collisione", "affondando" miseramente, con il principio generale del rispetto dei diritti della difesa oggi trasfuso nell'art. 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

7. *Segue*: La giurisprudenza avente ad oggetto l'illiceità di decisioni di autorità nazionali incompatibili con decisioni di autorità dell'Unione

Un secondo principio generale che la Procura europea potrebbe chiedere alla Corte di giustizia di applicare nel caso di una eventuale e auspicabile questione pregiudiziale di validità degli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento è quello che la Corte ha enunciato nella recente sentenza *Iccrea*²³ riguardante l'esecuzione in Italia delle decisioni dell'Autorità europea competente per le crisi bancarie Single Resolution Board (SRB), aventi a oggetto la riscossione dei contributi che le banche sono tenute a versare al Single Resolution Fund (SRF). In tale pronuncia i giudici dell'Unione hanno infatti affermato che «le autorità di risoluzione nazionali, nonché i giudici nazionali, non possono validamente adottare decisioni che si pongano in contrasto con le decisioni del SRB in merito al calcolo dei contributi *ex ante* al SRF e che privino, in pratica, queste ultime decisioni dei loro effetti, impedendo la riscossione di detti contributi»²⁴. Va rilevato, in primo luogo, che con tale sentenza *Iccrea* la Corte ha esteso ad un'autorità europea diversa da un'Istituzione dell'Unione, e quindi del tutto comparabile alla Procura europea, una sua precedente e costante giurisprudenza relativa alla salvaguardia degli effetti di decisioni della Commissione in materia di concorrenza²⁵ e di diritti doganali²⁶, ovvero di atti di diritto dell'Unione che non possono essere rimessi in discussione da un'autorità di uno Stato membro, sia essa amministrativa o giudi-

²³ Sentenza 3 dicembre 2019 in causa n. C-414/18, *Iccrea Banca*, EU:C:2019:1036.

²⁴ *Ivi*, punto 60.

²⁵ Sentenze 14 dicembre 2000 in causa n. C-344/98, *Masterfood*, punto 52, EU:C:2000:689, e 6 novembre 2012 in causa n. C-199/11, *Otis*, punto 51, EU:C:2012:684.

²⁶ Sentenza 20 novembre 2008 in causa n. C-375/07, *Heuschen*, punto 66, EU:C:2008:645.

ziaria, in quanto le contrastanti decisioni adottate dalle autorità nazionali, e quindi di rango inferiore, «priverebbero in pratica dei loro effetti» le decisioni adottate da un'autorità europea e come tali sovraordinate alle prime. Anche tale argomentazione giuridica della Corte potrebbe essere applicata per analogia e *a fortiori* al rapporto di subordinazione intercorrente fra gli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento EPPO e l'art. 86 del Trattato. Dall'applicazione per analogia del suddetto principio interpretativo elaborato dalla Corte, consegue che non è lecito al Consiglio dei Ministri dell'Unione adottare disposizioni di rango legislativo che «privano in pratica dei loro effetti» il conferimento di poteri di indagine e di azione penale alla Procura europea espressamente previsto da una norma di rango costituzionale quale l'art. 86, par. 2, del Trattato e attuato dall'art. 22, par. 1, del Regolamento EPPO. Si tratterebbe in altri termini di applicare anche sotto questo profilo ad una questione di validità riguardante gli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento EPPO un procedimento logico (incompatibilità con una norma di rango superiore) che la Corte ha sviluppato in almeno quattro precedenti pronunce con riferimento al rapporto intercorrente fra decisioni di un'autorità dell'Unione e decisioni di un'autorità nazionale incompatibili con le prime.

8. *Segue: La giurisprudenza avente ad oggetto l'obbligo di dotare le autorità dell'Unione dei poteri di intervento necessari per perseguire gli obiettivi di interesse pubblico ad esse assegnati*

Meritano infine di essere esaminate, sempre ai fini della valutazione della conformità con l'art. 86 TFUE delle due disposizioni in questione del Regolamento, due pronunce particolarmente pertinenti della Corte di giustizia in quanto aventi per specifico oggetto la compatibilità con norme del Trattato di atti di diritto secondario che attribuivano poteri di azione ad autorità dell'Unione. Si tratta più precisamente di due sentenze ex art. 263 TFUE emanate a seguito dei ricorsi con i quali vari Stati membri avevano impugnato rispettivamente una decisione della Commissione e un Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per violazione delle relative basi giuridiche contenute nel Trattato. La causa più recente *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*²⁷ riguardava il Regolamento n. 236/2012/Ue che disciplina i poteri dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) in materia di vendite allo scoperto (*short selling*) e di contratti derivati sulla copertura del rischio di inadempimento dell'emit-

²⁷ Sentenza 22 gennaio 2014 in causa n. C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, EU:C:2014:18.

tente (*credit default swap*). Il Governo del Regno Unito aveva in particolare chiesto l'annullamento, per violazione dell'art. 114 TFUE (base giuridica generale della legislazione europea sul mercato interno), dell'art. 28 del suddetto Regolamento che conferiva all'ESMA il potere di imporre restrizioni temporanee alla vendita allo scoperto di taluni titoli finanziari o alla conclusione di contratti di *credit default swap*. Fra le numerose e dettagliate motivazioni addotte dalla Corte di giustizia per respingere il ricorso del Regno Unito, vi è a più riprese l'esigenza di conferire all'ESMA tutti i poteri di intervento necessari «per fronteggiare sviluppi sfavorevoli tali da minacciare la stabilità finanziaria all'interno dell'Unione e la fiducia dei mercati» e «per coordinare le misure adottate dalle autorità nazionali competenti o per adottare essa stessa le misure necessarie nel settore in questione»²⁸. Emerge chiaramente da tale sentenza un importante principio generale dell'ordinamento dell'Unione: qualora il legislatore istituisca un'autorità europea indipendente e le assegni il perseguimento di essenziali obiettivi di interesse pubblico, il medesimo legislatore dell'Unione deve dotare tale autorità di tutti i poteri di intervento necessari alla realizzazione di tali obiettivi, poteri di azione la cui disciplina, proprio in ragione della loro efficacia e incisività, è stata dichiarata dalla Corte conforme alla norma del Trattato che ne costituisce la base giuridica.

È tuttavia in una sentenza molto più lontana nel tempo che si può rinvenire una formulazione molto più esplicita di questo principio generale che si potrebbe definire dei «poteri d'intervento necessari» al perseguimento di un interesse pubblico dell'Unione. Tale sentenza aveva tratto origine dal ricorso di ben cinque Stati membri²⁹ contro una decisione della Commissione fondata sull'art. 118 CEE – oggi 156 TFUE – che aveva istituito un procedimento di notifica preventiva obbligatoria e di concertazione preventiva avente ad oggetto i progetti di misure nazionali riguardanti le politiche migratorie nei confronti dei Paesi terzi e in particolare le condizioni di lavoro e di soggiorno dei lavoratori provenienti da tali medesimi paesi. Nel respingere l'uno dopo l'altro tutti i motivi di ricorso presentati dai Governi ricorrenti, i giudici dell'Unione hanno affermato in termini inequivocabili, accogliendo peraltro integralmente gli argomenti assai convincenti addotti dalla Commissione a difesa della legittimità della propria decisione, che «quando un articolo del Trattato (...) affida alla Commissione un compito preciso, si deve ammettere, se non si vuole privare di qualsiasi efficacia detta disposizione, che esso le attribuisce, per

²⁸ Sentenza 22 gennaio 2014 in causa n. C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, cit. *supra*, nota 27, punti 85, 110 e 115.

²⁹ Sentenza 9 luglio 1987 in cause riunite n. 281, n. 283, n. 284, n. 285 e n. 287/85, *Germania, Francia, Paesi Bassi, Danimarca e Regno Unito c. Commissione*, EU:C:1987:351.

ciò stesso, necessariamente i poteri indispensabili per svolgere detta missione» e inoltre che «la collaborazione fra Stati (...) può svolgersi solo nell'ambito di consultazioni organizzate. Se non vi fosse alcuna iniziativa su questo punto, questa collaborazione, pur se voluta dal Trattato, rischierebbe di restare lettera morta»³⁰.

Questi principi interpretativi si possono agevolmente applicare al giudizio di validità avente ad oggetto gli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. b., del Regolamento EPPO, in relazione all'art. 86, par. 2, del Trattato. Come sopra rilevato, queste due disposizioni costituiscono un *jamais vu* nella storia istituzionale dell'Unione, in quanto esse hanno per effetto quello di paralizzare i poteri di indagine della Procura europea nell'ambito dei reati doganali e delle frodi IVA di particolare gravità. Le affermazioni formulate dalla Corte nelle due precitate sentenze *Short selling* e *Politiche migratorie* vanno quindi applicate *a contrario* a una situazione paradossale in cui il legislatore secondario (il Consiglio dei ministri) da un lato, ha assegnato alla Procura europea il gravoso compito di perseguire i reati doganali e le frodi IVA di maggiore entità e dall'altro, mediante due norme di deroga smisurata, ha completamente vanificato l'esercizio delle corrispondenti competenze della Procura europea riassegnando in pratica, tutti o quasi, tali procedimenti alle Procure nazionali. Questo meccanismo perverso, per usare le stesse parole della Corte, «priva di qualsiasi efficacia» l'art. 86, par. 2, del Trattato con riferimento a due importantissime categorie di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e fa sì che le competenze attribuite alla Procura europea – si badi bene – dall'art. 86, par. 2, del Trattato prima che dall'art. 22, par. 1, del Regolamento EPPO, «restino lettera morta» nell'ambito dei reati doganali e dei reati più gravi di evasione dell'IVA. In conclusione, lo stesso ragionamento giuridico che ha condotto la Corte a dichiarare la conformità agli artt. 114 e 156 TFUE rispettivamente dell'art. 28 del Regolamento *short selling* e dell'intera decisione *Politiche migratorie* della Commissione, potrebbe benissimo motivare una pronuncia della Corte di tenore opposto, vale a dire una declaratoria di invalidità per violazione dell'art. 86, par. 2, TFUE dei più volte citati artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. b., del Regolamento EPPO.

9. Possibili obiezioni alla tesi prospettata e considerazioni conclusive

La tesi sopra prospettata dell'invalidità degli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. b., del Regolamento EPPO presta ovviamente il fianco a obiezioni

³⁰ Sentenza 9 luglio 1987 in cause riunite n. 281, n. 283, n. 284, n. 285 e n. 287/85, *Germania, Francia, Paesi Bassi, Danimarca e Regno Unito c. Commissione*, cit. supra, nota 29, punti 28 e 29.

che possono, in sintesi, far leva su due ordini di argomentazioni. La prima potrebbe consistere nella contestazione alla radice dell'esistenza stessa di un effetto di paralisi dell'esercizio delle competenze della Procura europea in materia di reati doganali e gravi frodi IVA transnazionali. La difesa del Consiglio dei Ministri della Giustizia, vale a dire dell'Istituzione dell'Unione che ha adottato il Regolamento EPPO, potrebbe infatti eccepire che la portata delle deroghe all'art. 22, par. 1, contenute negli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. b., è molto meno estesa di quanto prospettato dai sostenitori della tesi dell'invalidità delle due suddette disposizioni. In altri termini, grava su questi ultimi – il che è incontestabile – l'onere di provare che l'estensione delle due deroghe è pari quasi quanto quella della regola generale consistente nell'attribuzione alla Procura europea della competenza a perseguire i reati doganali e le frodi IVA ex art. 22, par. 1, del Regolamento EPPO.

Tale obiezione appare più difendibile per quanto riguarda il collegamento fra reati relativi all'evasione di imposte dirette nazionali e i reati aventi a oggetto l'evasione dell'IVA «indissolubilmente legati» ai primi. Non sarebbe sufficiente, dinanzi ai giudici della Corte di giustizia chiamati in ipotesi a pronunciarsi su una questione così delicata quale la validità di due norme di un importantissimo Regolamento del Consiglio, invocare come «dato di comune esperienza» la circostanza che in molti casi l'utilizzazione da parte di un soggetto passivo IVA di fatture false o di fatture per operazioni inesistenti comporta anche una corrispondente evasione dell'imposta sul reddito dell'impresa responsabile dell'infrazione IVA³¹. La difesa della Procura europea, ovvero dell'autorità dell'Unione direttamente interessata ad una declaratoria di invalidità dell'art. 22, par. 4, del Regolamento, dovrebbe produrre un'adeguata serie di sentenze di giudici penali nazionali, possibilmente di diversi Stati membri, dalle quali dovrebbe risultare che all'imputato sono stati contestati, anche se in tempi diversi, ma comunque a partire dagli stessi fatti costitutivi dell'infrazione penale tributaria, sia il reato di evasione dell'IVA sia il reato di evasione dell'imposta sul reddito d'impresa. Come dimostra l'unica sentenza in oltre sessant'anni di giurisprudenza europea³², nella quale la Corte di giustizia ha condannato uno Stato membro – l'Italia – a causa di un'errata giurisprudenza della propria Corte di cassazione, una lunga serie di pronunce tutte di medesimo tenore prodotte dalla parte interessata – in quel caso: la Commissione

³¹ Come sopra rilevato, questa è l'autorevole opinione espressa dal vice-procuratore Capo europeo D. CECCARELLI nel suo articolo *The EPPO and the Fight against VAT Fraud. A Legal Obstacle in the Regulation?*, cit. supra, nota 13, p. 47.

³² Sentenza 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, EU:C:2003:656, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 534, avente a oggetto le condizioni eccessivamente restrittive alle quali la Corte di cassazione aveva subordinato la restituzione ai contribuenti di imposte dichiarate contrarie al diritto dell'Unione.

– può arrivare a convincere i giudici dell’Unione dell’esistenza di una prassi amministrativa e/o giudiziaria abbastanza consolidata da costituire un valido elemento di prova. Ne consegue, ai fini del caso in esame, che una serie coerente di sentenze penali emanate da giudici nazionali a seguito della contestazione all’imputato di entrambi i reati potrebbe ben dimostrare il «legame indissolubile», vale a dire sistematico e costante, fra evasione dell’IVA ed evasione dell’imposta sui redditi. Sarebbe quindi soltanto a partire da tale dimostrazione che la Procura europea potrebbe sostenere con prevedibile successo la tesi che la deroga a favore delle Procure nazionali prevista all’art. 22, par. 4, del Regolamento EPPO svuota di contenuto effettivo la regola generale di attribuzione alla Procura stessa della competenza a perseguire le frodi IVA transnazionali di valore superiore ai dieci milioni di euro, contenuta al par. 1 dello stesso art. 22.

Più semplice appare invece, sempre al fine di controbattere un’eventuale obiezione al riguardo, la dimostrazione avente a oggetto la portata della deroga all’art. 22, par. 1, del Regolamento contenuta all’art. 25, par. 3, lett. *b.*, e basata sul criterio del «maggior danno» causato dai reati doganali al bilancio degli Stati membri rispetto al danno arrecato al bilancio dell’Unione europea. L’introduzione fraudolenta di beni da Paesi terzi nel territorio doganale dell’Unione comporta infatti inevitabilmente sia un mancato pagamento dei dazi doganali gravanti sulle merci in questione, sia una evasione dell’IVA all’importazione, nonché, nel caso di carburanti, combustibili, bevande alcoliche e tabacchi lavorati, anche il mancato pagamento delle accise previste dalle corrispondenti direttive dell’Unione. Per dimostrare che l’applicazione del criterio del «maggior danno» paralizzava quasi completamente la competenza della Procura europea a perseguire i reati doganali, sarà pertanto sufficiente mettere a confronto le aliquote dei suddetti tributi tenendo presente che la totalità del gettito dei dazi doganali – le cui aliquote sono comprese mediamente fra il 4 e il 6% – è di pertinenza del bilancio dell’Unione, mentre la quasi totalità (99,7%) del gettito dell’IVA – le cui aliquote nei vari Stati membri variano dal 20 al 25% – e la totalità del gettito delle accise – con aliquote anche superiori al 30-40% e più – è destinato ai bilanci degli Stati membri. Ne consegue che un’eventuale difesa della validità dell’art. 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento EPPO basata sull’assenza di effetti pratici di tale norma di deroga sull’attribuzione generale di competenza alla Procura europea ex art. 22, par. 1, a perseguire i reati doganali, potrebbe essere facilmente confutata mediante un semplice calcolo del «maggior danno» che sulla base del vigente assetto legislativo delle aliquote dei dazi doganali, dell’IVA all’importazione e delle accise – tutti tributi disciplinati da atti legislativi dell’Unione – arreca sistematicamente ai bilanci degli Stati membri rispetto al «minor danno» arrecato al bilancio dell’Unione.

Il secondo ordine di obiezioni a difesa della validità degli artt. 22, par. 1, e 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento EPPO potrebbe far leva sulle differenze oggettive riscontrabili fra il problema della compatibilità delle suddette disposizioni del Regolamento con l'art. 86 del Trattato e gli elementi costitutivi delle fattispecie esaminate dalla Corte di giustizia nelle tre serie di pronunce sopra ricordate, aventi a oggetto rispettivamente l'«effetto utile» delle norme di diritto dell'Unione, l'illiceità di atti di autorità nazionali che ostacolano l'esecuzione di atti di istituzioni dell'Unione, nonché l'obbligo di dotare le istituzioni dell'Unione dei poteri necessari per perseguire gli obiettivi di interesse pubblico ad esse assegnati. Ogni tentativo di estendere ad altre e parzialmente diverse fattispecie i principi giurisprudenziali elaborati dalla Corte con riferimento a determinate situazioni di diritto può essere infatti contestato invocando per l'appunto le differenze fra la nuova questione interpretativa, o – come nel presente caso – la nuova questione pregiudiziale di validità, sottoposta al giudizio dei giudici europei e gli elementi costitutivi delle fattispecie sulle quali la Corte stessa si era in precedenza pronunciata. Questo è infatti l'inevitabile “punto debole” del procedimento interpretativo consistente in un'applicazione per analogia *e/o a fortiori* al problema della compatibilità con l'art. 86 del Trattato degli artt. 22, par. 1, e 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento EPPO, della giurisprudenza della Corte riguardante l'«effetto utile» delle disposizioni di diritto dell'Unione e l'illiceità di atti di autorità nazionali incompatibili con decisioni di Istituzioni europee. Non vi è dubbio infatti che, come sopra già rilevato, quello dell'«effetto utile» è stato fino a oggi applicato dalla Corte soprattutto³³ come un principio interpretativo di norme di diritto dell'Unione la cui validità non era stata posta in discussione da alcuna delle parti intervenute nel procedimento pregiudiziale. E anche il problema della validità di un atto di un giudice o di un'amministrazione nazionale che si frappone all'esecuzione di una decisione di un'Istituzione dell'Unione quale la Commissione o il Single Resolution Board, si prospetta oggettivamente diverso dal problema qui esaminato della validità di due norme di un Regolamento del Consiglio dei Ministri rispetto all'art. 86, par. 2, del Trattato, in quanto la prima delle due suddette fattispecie riguarda il rapporto fra atti di diritto nazionale e atti di diritto dell'Unione e non fra norme di diritto dell'Unione.

Tali innegabili differenze di fattispecie – e le conseguenti difficoltà di sostenere la tesi di un'estensione per analogia *e/o a fortiori* delle prime due serie di pronunce della Corte sopra richiamate – rendono più pertinen-

³³ Tuttavia, in almeno un caso, e per di più in un caso di eccezionale importanza, il principio dell'«effetto utile» è stato utilizzato dalla Corte di giustizia per confermare la validità di una decisione del Consiglio in relazione alla sua base giuridica (v. *infra*, nota 35).

te il riferimento alle sentenze con le quali la Corte si è pronunciata su ricorsi diretti di uno o più Stati membri contro atti legislativi di istituzioni dell'Unione, in quanto l'oggetto stesso di tali ricorsi era l'annullamento di tali medesimi atti per violazione di una norma del Trattato, vale a dire un *petitum* che presenta un'evidente e sensibile analogia sostanziale con un'eventuale e auspicabile questione pregiudiziale di validità avente ad oggetto gli artt. 22, par. 1, e 25, par. 3, lett. b., per presunta violazione dell'art. 86 del Trattato. L'unica obiezione che potrebbe essere formulata a questo riguardo dalla difesa del Consiglio dei Ministri dell'Unione potrebbe essere quella in base alla quale le due precitate sentenze *Short selling* (causa n. C-270/12) e *Politiche migratorie* (causa n. 281/85) sarebbero invocate *a contrario* dalla difesa della Procura europea, ma un simile argomento sarebbe facilmente confutabile *in limine* rilevando che quei due processi si erano conclusi con il rigetto dei ricorsi per annullamento presentati dagli Stati membri e pertanto con la piena conferma della validità degli atti regolamentari oggetto dell'impugnativa. Del tutto pertinenti ai fini del giudizio sulla validità delle due più volte menzionate disposizioni del Regolamento EPPO risultano pertanto, come sopra rilevato, i criteri interpretativi delle norme del Trattato che conferiscono ad un'Istituzione europea determinati poteri di azione, criteri elaborati dalla Corte al fine di giudicare la validità o meno di un atto legislativo adottato da tale medesima Istituzione sulla base di un esplicito conferimento di poteri previsto da un articolo del Trattato. L'applicazione *a contrario* di tali parametri interpretativi deriva, come pure sopra rilevato, dall'assoluta novità del caso di specie consistente nell'adozione da parte di un'Istituzione dell'Unione (il Consiglio dei Ministri della giustizia) di due disposizioni del Regolamento EPPO che «privano di qualsiasi efficacia»³⁴ il conferimento alla Procura europea, operato dall'art. 86, par. 2, del Trattato, dei poteri d'indagine e di azione penale in materia di reati doganali e di frodi IVA transnazionali di particolare gravità. La questione della validità delle due disposizioni in questione del Regolamento EPPO va quindi risolta applicando pienamente nel merito, sia pure *a contrario*, alle due medesime disposizioni i suddetti criteri interpretativi elaborati dalla Corte nelle sentenze *Short selling* e *Politiche migratorie* e sicuramente estensibili anche all'art. 86, par. 2, del Trattato in quanto norma contenente anch'essa un conferimento di poteri legislativi a un'Istituzione dell'Unione.

Una significativa conferma di tale attitudine estremamente positiva della Corte quando si tratta di difendere o di estendere le competenze legislative dell'Unione si trova anche nella sentenza con la quale i giudici eu-

³⁴ Sentenza in cause riunite n. 281, n. 283, n. 284, n. 285 e n. 287/85, *Politiche migratorie*, cit. *supra*, nota 29, punto 28.

ropei hanno sostanzialmente confermato la legittimità della decisione del Consiglio dei Ministri n. 87/237/Cee che aveva istituito il noto programma Erasmus riguardante lo scambio di studenti fra università di diversi Stati membri³⁵. In tale storica pronuncia la Corte, in primo luogo, non ha esitato ad applicare per analogia all'interpretazione dell'art. 128 del Trattato CEE³⁶, vale a dire a una norma contenente un conferimento di poteri d'azione ad un'Istituzione dell'Unione (nel caso di specie: il Consiglio dei Ministri dell'istruzione), la definizione ampia di «formazione professionale» comprensiva dell'insegnamento universitario, che i medesimi giudici europei avevano elaborato nel contesto tutt'affatto diverso del divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità, al fine di rendere inapplicabili a studenti di altri Stati membri le norme discriminatorie dello Stato di accoglienza in materia di accesso all'insegnamento universitario³⁷. In secondo luogo, e con riferimento ai poteri di azione legislativa del Consiglio dei Ministri, la Corte ha fatto applicazione ancora una volta del principio interpretativo dell'«effetto utile» delle norme del Trattato affermando che tale medesimo principio «porta a riconoscere al Consiglio il potere di emanare atti giuridici aventi a oggetto azioni comunitarie in materia di formazione professionale, con relativi obblighi di cooperazione per gli Stati membri. Simile interpretazione è conforme alla lettera dell'art. 128 e ne afferma, allo stesso tempo, un effetto utile»³⁸. Tale chiarissima enunciazione dei giudici europei appare anch'essa perfettamente applicabile all'art. 86, par. 2, del Trattato, il cui «effetto utile» ai fini del perseguimento dei reati doganali e delle frodi IVA da parte della Procura europea non può essere vanificato da due norme di rango inferiore quali per l'appunto gli artt. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. b., del Regolamento EPPO.

In conclusione la tesi qui prospettata, pur prestando il fianco a possibili obiezioni, potrebbe indurre un giudice penale di uno Stato membro – e perché no, un giudice penale italiano – a deferire in tempi auspicabilmente brevi alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di validità avente ad oggetto proprio le due summenzionate norme del Regolamento EPPO in relazione all'art. 86 del Trattato. Un tale rinvio pregiudiziale offrirebbe alla Corte stessa la possibilità di ristabilire con una propria sentenza quella

³⁵ Sentenza 30 maggio 1989 in causa n. 242/87, *Commissione c. Consiglio*, EU:C:1989:217. Per una dettagliata analisi di tutto il contenzioso avente a oggetto la decisione istitutiva del programma Erasmus, v. E. TRAVERSA, *La storia giuridica «segreta» del programma Erasmus (1985-1987)*, in questa *Rivista*, 2017, p. 529.

³⁶ Articolo del Trattato CEE successivamente abrogato e sostituito dagli artt. 164 e 165 del TFUE.

³⁷ Sentenza 2 febbraio 1988 in causa n. 24/86, *Blaizot*, EU:C:1988:43.

³⁸ Sentenza *Erasmus*, *cit. supra*, nota 35, punto 11.

coerenza istituzionale nell'attribuzione alla Procura europea dei necessari poteri di indagine e di azione penale nei settori cruciali dei reati doganali e delle gravi frodi IVA, che quelle due disposizioni del Regolamento hanno così palesemente e gravemente compromesso.

Enrico Traversa**

SINTESI

Dopo un'accurata analisi degli articoli del Regolamento n. 2017/1939/UE che attribuiscono alla Procura europea la competenza per perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, l'Autore concentra la propria attenzione sugli art. 22, par. 4, e 25, par. 3, lett. *b*. Queste disposizioni introducono due deroghe così ampie alla regola generale della competenza della Procura europea per perseguire i reati doganali e i reati costituiti dalle frodi IVA, che l'esercizio delle competenze della Procura europea ne risulta quasi completamente paralizzato. Il solo rimedio per ristabilire la piena efficacia dei poteri d'azione della Procura europea è una questione pregiudiziale di validità delle due suddette disposizioni, posta alla Corte di giustizia da un giudice nazionale ed avente ad oggetto una violazione dell'art. 86 TFUE per i motivi proposti dall'Autore.

ABSTRACT

After a thorough analysis of Regulation n. 2017/1939/EU articles which confer upon EPPO the powers to prosecute criminal offences affecting EU financial interests, the Author focuses his attention on artt. 22(4) and 25(3)(b). These provisions introduce two so wide derogations from the general rule of EPPO competence as to prosecuting criminal offences related to custom duties and VAT fraudes, that EPPO powers result to be nearly completely undermined. The only remedy for re-establishing effective EPPO competences is a request for preliminary rulings by a national judge to the Court of Justice on the invalidity of such two provisions for breach of art. 86 TFEU on the grounds put forward by the Author.

** Già Direttore della sezione «Giustizia e affari interni» / Servizio giuridico della Commissione europea; Professore a contratto di Diritto del lavoro dell'Unione europea / *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna. E-mail: enrico.traversa@unibo.it

GUERRA IN UCRAINA: UNA MODESTA PROPOSTA DI SOLUZIONE

Sembra legittimo dubitare che la soluzione della guerra in Ucraina sia legata al fattore tempo, una soluzione che possa cioè dipendere dal logoramento delle parti in conflitto.

La tensione oggi raggiunta nell'area del conflitto potrebbe anche determinare un pericoloso aggravamento dei contrasti e, quel che è peggio, un loro allargamento con il coinvolgimento di altri Stati.

Poiché l'impossibilità di stabilire accordi liberamente accettati dalle parti belligeranti rende le prospettive del conflitto terribili, non solo per i territori coinvolti ma per il mondo intero, occorre sforzarsi di ricavare, dalle esperienze del passato, utili indicazioni e suggerimenti per trovare qualche via d'uscita.

D'altra parte, la gravità della situazione è ormai tale che non è più ammissibile né concepibile lasciar qualcosa di intentato per prevenire l'irreparabile.

Pur tenendo conto della indubbia diversità tra le situazioni da mettere a confronto nonché della diversa dimensione del fenomeno cui fare riferimento e degli eventi che l'hanno determinato, si può ritenere che il caso storico-politico da prendere in considerazione, per ricavarne utili indicazioni al fine di individuare qualche proposta di soluzione al conflitto, sia quello concernente l'intervento sulla "*Saar*", la Regione situata tra la Francia e la Germania passata, a turno, varie volte attraverso i secoli sotto la sovranità dei francesi e dei tedeschi fino all'attribuzione definitiva alla Germania nel 1957.

Dal punto di vista storico, la Francia aveva esercitato la sovranità sulla Regione Saar fin dai tempi di Luigi XIV (“Roi soleil”: 1643-1715) e dopo averla persa per un certo periodo a favore della Prussia l’aveva poi recuperata ai tempi della Rivoluzione francese (1789). Successivamente la Francia aveva di nuovo perso la sovranità sulla Saar con la disfatta di Napoleone a Waterloo (1815), ma l’aveva nuovamente acquisita dopo la vittoria nella Prima Guerra Mondiale (1918) e intendeva conservarla.

Con la Conferenza di Versailles (1919) per la conclusione del Trattato di pace che ha posto fine alla Prima guerra mondiale (1914-1918), la Regione Saar, sulla base di un compromesso raggiunto con notevole difficoltà, a causa dei contrasti tra Francia e Germania, fu sottoposta all’amministrazione di una Commissione internazionale di cinque membri nominata dalla Società delle Nazioni (l’Organizzazione internazionale che, dopo la Seconda Guerra Mondiale, verrà sostituita dalle Nazioni Unite: ONU). Alla Francia fu riconosciuta la proprietà delle miniere di carbone della Regione contesa, con l’impegno di indire un plebiscito dopo quindici anni di regime internazionale (1920-1935) per consentire agli abitanti della Saar di scegliere tra: l’annessione alla Francia, l’annessione alla Germania oppure la prosecuzione dell’amministrazione internazionale.

Nel 1935 si tenne il plebiscito che determinò, con oltre il 90% di voti favorevoli, l’annessione della Regione Saar alla Germania.

Il ricordo di questo esperimento positivo ha suggerito a Jean Monnet, al termine della Seconda guerra mondiale (1939-1945), la brillante idea di mettere insieme il carbone delle miniere della Saar tedesca e il ferro delle miniere della Lorena francese (due regioni contigue) per creare la CECA, la prima Comunità europea del carbone e dell’acciaio, che è all’origine dell’attuale Unione europea.

Orbene, una proposta di internazionalizzazione delle aree dell’Ucraina attualmente in contestazione, sotto il controllo delle Nazioni Unite, con l’impegno, fra un certo numero di anni, di organizzare un *referendum* sottoposto a controlli affidabili, potrebbe costituire una ragionevole via d’uscita. Non si dovranno certamente pretendere grandi risultati, come quelli ottenuti dal geniale Jean Monnet alla fine della Seconda Guerra Mondiale. Sarebbe però già un enorme risultato, da tutti auspicato, quello di porre fine al conflitto attuale prima che esso degeneri con conseguenze irreparabili*.

Fausto Capelli

* La versione in lingua inglese dell’articolo sopra riportato è apparsa su «The Odessa Journal» in data 28 gennaio 2023, <https://odessa-journal.com/the-end-of-war-in-ukraine-a-diplomatic-option-from-history/> che viene di seguito pubblicata.

THE END OF THE WAR IN UKRAINE: A DIPLOMATIC SOLUTION TAKEN FROM HISTORY*

It seems legitimate to doubt that the solution to the war in Ukraine is tied to the time factor, i.e. a solution that can depend on the wear and tear of the parties in conflict.

The tension reached today in the conflict area could also determine a dangerous aggravation of the conflicts and, what is worse, their enlargement with the involvement of other states.

Since the impossibility of establishing agreements freely accepted by the warring parties makes the prospects of the conflict terrible, not only for the territories involved but for the whole world, it is necessary to make an effort to obtain, from past experiences, useful indications and suggestions to find some way of exit.

On the other hand, the gravity of the situation is now such that it is no longer admissible or conceivable to leave any stone unturned to prevent the irreparable.

While taking into account the undoubted diversity between the situations to be compared as well as the different dimension of the phenomenon to refer to and the events that determined it, it can be assumed that the historical-political case to be taken into consideration, in order to obtain useful indications to identify some proposed solution to the conflict, is the one concerning the intervention on the "Saar", the Region located between France and Germany which passed, in turn, various times through the centuries under the sovereignty of the French and the Germans until definitive attribution to Germany in 1957.

From a historical point of view, France had exercised sovereignty over the Saar Region since the time of Louis XIV ("Roi soleil": 1643-1715) and after having lost it for a certain period in favor of Prussia, it had then recovered it at the time of the French Revolution (1789). Subsequently France had again lost sovereignty over the Saar with the defeat of Napoleon at Waterloo (1815), but had acquired it again after the victory in the First World War (1918) and intended to keep it.

With the Versailles Conference (1919) for the conclusion of the peace treaty which put an end to the First World War (1914-1918), the Saar Region, on the basis of a compromise reached with considerable difficulty, due to the contrasts between France and Germany, was submitted to the administration of an international Commission of five members appointed by the League of Nations (the international organization that, after the Second World War, will be replaced by the United Nations: UN). France was recognized owner of the coal mines in the disputed Region, with the commitment to hold a plebiscite after fifteen years of international regime (1920-1935) to allow the inhabitants of the Saar to choose between: annexation to France, annexation to Germany or continuation of international administration.

In 1935 the plebiscite was held which determined, with over 90% of favorable votes, the annexation of the Saar Region to Germany.

At the end of the Second World War (1939-1945), the memory of this positive experiment suggested to Jean Monnet the brilliant idea of combining coal from the mines of the German Saar and iron from the mines of French Lorraine (two contiguous regions) to create the ECSC, the first European Coal and Steel Community, which is the origin of the current European Union.

* The original text in Italian of this article, written by Prof. Fausto Capelli of the European College / University of Parma, appears in issue no. 1-2/2022 of the Italian Review «*Diritto comunitario e degli scambi internazionali*», published by Editoriale Scientifica, Napoli.

Now, a proposal for the internationalization of the currently contested areas of Ukraine, under the control of the United Nations, with the commitment, in a number of years, to organize a referendum subject to reliable checks, could constitute a reasonable way forward exit. One should certainly not expect great results, such as those obtained by Jean Monnet at the end of the Second World War. However, it would already be an enormous result, desired by all, to put an end to the current conflict before it degenerates with irreparable consequences.

IL PIANO DI PACE DEL GOVERNO CINESE E LA SOLUZIONE DELLA QUESTIONE UCRAINA

Il cosiddetto “*Piano di Pace*” in 12 punti recentemente proposto dal Governo cinese, per risolvere la drammatica questione ucraina, suggerisce le seguenti riflessioni a un giurista che ha avuto modo di studiare a fondo, nel corso degli anni, le vicende politico-giuridico-economiche relative al processo di integrazione europea a partire dalla CECA, la prima Comunità europea del carbone e dell'acciaio (Parigi - 1951), fino all'approvazione dei Trattati sull'Unione europea (Lisbona - 2007).

In effetti, come è stato precisato in un precedente articolo (cfr. questa *Rivista, supra*, p. 143) anche il processo di integrazione europea è iniziato per la necessità di risolvere una drammatica questione, quella della Saar, la regione passata più volte, attraverso i secoli, alternativamente sotto il dominio della Francia e della Germania, prima di entrare definitivamente a far parte della Repubblica federale tedesca nel 1957.

Orbene, dei 12 punti del *Piano di Pace* cinese sopra menzionato, tre, in particolare, interessano il giurista che intende mettere a confronto le due situazioni, quella della Saar e quella dell'Ucraina, per poterne studiare in parallelo gli aspetti che maggiormente rilevano.

Il primo punto, che soprattutto rileva, è il punto n. 1 in base al quale la Russia, in osservanza della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale, deve rispettare la sovranità territoriale dell'Ucraina. Ciò significa che la Russia deve riconoscere non solo la sovranità finora esercitata dall'Ucraina sui territori del Donbass, ma anche su quelli della Crimea. Questo riconoscimento acquisisce un particolare valore nei confronti dell'Ucraina, perché, anche se molti lo ignorano, l'Ucraina è stato membro fondatore delle Nazioni Unite (ONU) nel 1945, pur facendo parte dell'Unione Sovietica.

Pur ammettendo quindi che la portata del punto n. 1 possa essere attenuata dall'applicazione congiunta di altri punti del *Piano di Pace*, è certo, in ogni caso, che l'impegno formale risultante dal testo scritto e relativo al rispetto della sovranità territoriale, da parte della Russia, appare indiscutibile.

A questo punto, per poter avviare le negoziazioni di pace verso obiettivi concreti, l'Ucraina dovrebbe assumere l'impegno, anche sostanziale, di partecipare all'organizzazione di un *referendum*, sotto il controllo delle Nazioni Unite, entro un certo numero di anni dall'avvio delle negoziazioni di pace, per consentire ai cittadini originariamente abitanti nei territori contestati (Crimea e Donbass), di decidere il proprio destino, vale a dire: adesione alla Russia o all'Ucraina, oppure, in alternativa, ricerca di una soluzione autonoma pur se in collegamento con i due Stati predetti.

Il secondo punto del *Piano di Pace* da considerare rilevante è il n. 3, in base al quale gli Stati belligeranti devono «*cessare il fuoco e smettere di combattere*».

Qualora le negoziazioni si avviassero nella direzione appena indicata, si potrebbe in effetti applicare il punto n. 3 che richiede decisioni rapide ed efficaci per rendere possibile la cessazione delle ostilità sotto il controllo dei rappresentanti delle Nazioni Unite che devono essere posti in grado di operare liberamente sia all'interno della Russia, sia all'interno dell'Ucraina.

Una volta raggiunto un accordo sicuramente affidabile sulla cessazione delle ostilità, sarebbe possibile avviare il programma di ricostruzione al quale si riferisce il terzo punto da considerare determinante, vale a dire il punto n. 12 del *Piano di Pace*: «*Promuovere la ricostruzione postbellica*».

La realizzazione di quanto previsto dal punto n. 12 dovrebbe essere rigorosamente seguita e controllata da una Commissione internazionale nominata dalle Nazioni Unite della quale devono far parte la Russia e l'Ucraina. La Commissione internazionale potrebbe avere sede ad Odessa per comprensibili ragioni logistiche.

Le prime decisioni di competenza della Commissione internazionale potrebbero riguardare:

1. valutazioni e stime degli importi necessari per la ricostruzione delle aree distrutte e per il ripristino delle attività nelle aree medesime.
2. fissazione di criteri idonei per riportare, nelle aree originarie di rispettiva provenienza, le popolazioni che le hanno abbandonate a causa del conflitto;
3. organizzazione di una sorta di “*Piano Marshall*” al quale tutti gli Stati appartenenti alle Nazioni Unite dovrebbero partecipare;
4. indicazione del termine entro il quale le operazioni di ricostruzione e di ripristino dovrebbero essere terminate.

In concomitanza con l'adozione delle decisioni sopra indicate, la Commissione internazionale dovrebbe precisare le modalità di esecuzione

del *referendum* in precedenza menzionato in considerazione della sua importanza. A tale proposito la data entro la quale il *referendum* dovrà svolgersi appare determinante, poiché occorrerà tener conto di tutte le condizioni in grado di esercitare un'effettiva influenza sui cittadini che saranno chiamati ad esprimere il proprio voto.

Tutti gli altri punti del *Piano di Pace* cinese riguardano indubbiamente argomenti che richiedono un esame attento e scrupoloso ma, in ogni caso, ciascuno di essi potrebbe trovare una soluzione adeguata, se gli obiettivi indicati nei tre punti sopra analizzati e discussi dovessero essere correttamente conseguiti*.

Fausto Capelli

THE “PEACE PLAN” OF CHINA FOR A SOLUTION OF THE UKRAINE QUESTION: THE ANALYSIS BY AN ITALIAN EXPERT OF INTERNATIONAL LAW

The so-called “Peace Plan” in 12 points recently proposed by the Chinese Government, to resolve the dramatic Ukrainian question, suggests the following reflections to a jurist who has had the opportunity to study in depth, over the years, the political-juridical events- related to the process of European integration starting from the ECSC, the first European Coal and Steel Community (Paris - 1951), up to the approval of the Treaties on the European Union (Lisbon - 2007).

In fact, as was specified in a previous article (see The Odessa Journal 28 January 2023) the process of European integration also began due to the need to resolve a dramatic issue, that of the Saar, the region passed several times, through the centuries, alternately under the rule of France and Germany, before finally becoming part of the Federal Republic of Germany in 1957.

Well, of the 12 points of the Chinese Peace Plan mentioned above, three, in particular, are of interest to the jurist who intends to compare the two situations, that of the Saar and that of Ukraine, in order to be able to study the most relevant aspects in parallel.

The first point, which is especially relevant, is point n. 1 according to which Russia, in compliance with the UN Charter and with the principles of international law, must respect the territorial sovereignty of Ukraine. This means that Russia must recognize not only the sovereignty so far exercised by Ukraine over the territories of Donbass, but also over those of Crimea. This acknowledgment acquires particular value in relation to Ukraine because, even if many ignore it, Ukraine was a founding member of the United Nations (UN) in 1945, despite being part of the Soviet Union.

* *La versione in lingua inglese dell'articolo sopra riportato è apparsa su «The Odessa Journal» in data 2 marzo 2023, <https://odessa-journal.com/the-peace-plan-of-the-chinese-government-for-a-solution-of-the-ukraine-question-analysis-by-an-italian-expert/> che viene di seguito pubblicata.*

Even if we can admit that the scope of point no. 1 could be mitigated by the joint application of other points of the Peace Plan, it is certain, in any case, that the formal commitment resulting from the written text in relation to the respect of territorial sovereignty by Russia, appears indisputable.

At this point, in order to be able to start peace negotiations towards concrete objectives, Ukraine should undertake a commitment, even a substantial one, to participate in the organization of a referendum, under the control of the United Nations, within a certain number of years from the start of peace negotiations, to allow citizens originally living in the disputed territories (Crimea and Donbass), to decide their own destiny, i.e.: membership of Russia or Ukraine, or, alternatively, search for an autonomous solution albeit in connection with the two aforementioned states.

The second point of the Peace Plan to be considered relevant is n. 3, according to which the belligerent states must "cease fire and stop fighting".

Should negotiations start in the direction just indicated, it appears necessary to apply point n. 3 which requires quick and effective decisions to make possible the cessation of hostilities under the control of the representatives of the United Nations who must be enabled to operate freely both within Russia and within Ukraine.

Once a surely reliable agreement on the cessation of hostilities has been reached, it would be possible to start the reconstruction program referred to in the third point to be considered decisive, namely point n. 12 of the Peace Plan: "Promote post-war reconstruction".

The implementation of the provisions of point no. 12 should be strictly followed and controlled by an international Commission appointed by the United Nations of which Russia and Ukraine must be members. The International Commission could be based in Odessa for understandable logistical reasons.

The first decisions within the competence of the International Commission could concern:

- 1. evaluations and estimates of the amounts necessary for the reconstruction of the destroyed areas and for the restoration of activities in the same areas.*
- 2. establishment of suitable criteria for bringing back to their original areas the populations that have abandoned them because of the conflict;*
- 3. organization of a sort of "Marshall Plan" in which all the States belonging to the United Nations should participate;*
- 4. indication of the deadline within which the reconstruction and recovery operations should be completed.*

Concurrently with the adoption of the aforementioned decisions, the International Commission should specify the modalities of execution of the aforesaid referendum in consideration of its importance. In this regard, the date by which the referendum must take place appears decisive, since it will be necessary to take into account all the conditions capable of exercising an effective influence on the citizens who will be called to express their vote.

All the other points of the Chinese Peace Plan undoubtedly concern topics that require careful and scrupulous examination but, in any case, each of them could find an adequate solution, if the objectives indicated in the three points analyzed and discussed above were to be correctly achieved.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

**AIUTI DI STATO COMPATIBILI CON IL MERCATO INTERNO:
LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA E QUALIFICA
«ORGANISMO DI RICERCA E DIFFUSIONE DELLA
CONOSCENZA» LE ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO
CHE PREVALENTEMENTE ESERCITANO ATTIVITÀ
INDIPENDENTI DI RICERCA O DI AMPIA DIFFUSIONE
DEI RISULTATI DI TALI ATTIVITÀ**

Corte di giustizia

Sentenza del 13 ottobre 2022 in cause riunite n. C-164/21 e n. C-318/21*

«Baltijas Starptautiskā Akadēmija» SIA (C-164/21), «Stockholm School of Economics in Riga» SIA (C-318/21) c. Latvijas Zinātnes padome

Art. 267 TFUE- Questione pregiudiziale - Aiuti di Stato - Artt. 107 e 108 TFUE - Regolamento (Ue) n. 651/2014, art. 2, punto 83 - Aiuti di Stato compatibili con il mercato interno - Aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione - Istituzioni di diritto privato che svolgono attività di ricerca - Prestazioni a titolo oneroso - Qualificazione di «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» - Interpretazione lette-

* EU:C:2022:785. In argomento v. *infra*, p. 153 ss., il commento di *CARLO EUGENIO BALDI*.

rale della nozione - Condizioni di compatibilità - Prevalenza dell'esercizio di attività indipendenti di ricerca o di ampia diffusione dei risultati di tali attività rispetto agli altri obiettivi perseguiti.

1. *L'art. 2, punto 83, del Regolamento (Ue) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli artt. 107 e 108 [TFUE], deve essere interpretato nel senso che: un'entità di diritto privato che svolge varie attività, tra cui la ricerca, ma i cui ricavi provengono per la maggior parte da attività economiche, quali la prestazione di servizi di insegnamento a titolo oneroso, può essere considerata un «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza», ai sensi di tale disposizione, a condizione che si possa stabilire, alla luce di tutte le circostanze pertinenti del caso di specie, che la sua finalità principale consiste nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale, eventualmente completate da attività di diffusione dei risultati di tali attività di ricerca, mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze. In tale contesto, non si può esigere da una siffatta entità che essa tragga una certa quota dei suoi ricavi da attività non economiche di ricerca e diffusione della conoscenza.*

2. *L'art. 2, punto 83, del Regolamento n. 651/2014 deve essere interpretato nel senso che: non è necessario, affinché un'entità possa essere considerata un «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza», ai sensi di tale disposizione, che tale entità reinvesta i ricavi generati dalla sua attività principale in questa stessa attività principale.*

3. *L'art. 2, punto 83, del Regolamento n. 651/2014 deve essere interpretato nel senso che: lo status giuridico dei soci e degli azionisti di un'entità nonché l'eventuale carattere lucrativo delle attività da loro svolte e degli obiettivi da loro perseguiti non costituiscono criteri determinanti ai fini della qualificazione di detta entità come «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza», ai sensi di tale disposizione.*

ORGANISMO DI RICERCA E DIFFUSIONE DELLA CONOSCENZA. IL PUNTO DOPO L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Sommario: **1.** *I termini del problema* - **2.** *Ricerca e diffusione di conoscenza: attività autonome o necessariamente complementari?* - **2.1.** *Segue. L'evoluzione della definizione: dal Regolamento (Ce) n. 800/2008 al Regolamento (Ue) n. 651/2014* - **2.2.** *La definizione di organismo di ricerca e diffusione della conoscenza nel contesto della Disciplina degli aiuti alla ricerca* - **3.** *Il concetto di finalità principale* - **4.** *La posizione della Commissione a seguito della sentenza della Corte.*

1. I termini del problema

Con sentenza del 13 ottobre 2022¹ la Corte di giustizia si è espressa in merito alla qualifica di «Organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» come definita all'art. 2, punto 83, del Regolamento (Ue) n. 651/2014². La Corte si è pronunciata su due rinvii pregiudiziali di giudici lettoni vertenti sulla possibilità di qualificare «Organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» Istituzioni private che svolgono attività di ricerca, ma i cui ricavi provengono prevalentemente dalla prestazione di servizi di istruzione a titolo oneroso.

I due casi riguardavano l'ammissibilità di due istituti di istruzione superiore a due diversi bandi indetti dal Consiglio scientifico della Lettonia

¹ Sentenza del 13 ottobre 2022 in cause riunite n. C-164/21 e n. C-318/21, *Baltijas Starptautiskā Akadēmija*, EU:C:2022:785.

² Regolamento (Ue) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli artt. 107 e 108 del Trattato, in *Gu-Ue* n. L 187 del 26 giugno 2014, p. 1 ss.

per il finanziamento di progetti di ricerca. Per poter accedere ai finanziamenti la normativa vigente prevedeva che i progetti fossero realizzati da istituzioni scientifiche che, indipendentemente dal loro *status* giuridico o dal modo in cui fossero finanziate, svolgessero attività principali di natura non economica e che rispondessero alla definizione di organismo di ricerca di cui all'art. 2, punto 83, del Regolamento (Ue) n. 651/2014. Il rinvio a tale definizione aveva pertanto la finalità di stabilire l'ammissibilità al bando dei soggetti che si sarebbero candidati.

Il punto 83 sopra richiamato così definisce un «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza»: «un'entità (ad esempio, università o istituti di ricerca, agenzie incaricate del trasferimento di tecnologia, intermediari dell'innovazione, entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca), indipendentemente dal suo status giuridico (costituito secondo il diritto privato o pubblico) o fonte di finanziamento, la cui finalità principale consiste nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale o nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze. Qualora tale entità svolga anche attività economiche, il finanziamento, i costi e i ricavi di tali attività economiche devono formare oggetto di contabilità separata. (...)».

Ci si è spesso domandati se un soggetto che abbia come finalità principale la diffusione dei risultati di attività di ricerca senza svolgere – o svolgendo in maniera marginale o secondaria – attività di ricerca in proprio (ricerca indipendente) sia qualificabile organismo di ricerca e diffusione della conoscenza. Ci si è anche chiesti in base a quali criteri si debba stabilire quale sia la «finalità principale» di un ente che svolga attività diversificate e se si possa ritenere che un soggetto che svolga solo parzialmente attività non economica di ricerca, grazie alla tenuta di una contabilità separata, possa essere considerato – quanto meno in relazione a quell'attività – organismo di ricerca anche se, complessivamente, l'attività di ricerca non costituisca la sua attività principale in termini quantitativi.

A questi interrogativi risponde la Corte. Va peraltro rilevato – come sottolinea anche l'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni³ – che i quesiti ad essa sottoposti dai giudici di rinvio non vertevano sull'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato a casi specifici, ma sull'interpretazione di una definizione mutuata dal Regolamento (Ue) n. 651/2014 ed utilizzata in un procedimento nazionale per determinare le istituzioni ammissibili a sovvenzioni pubbliche per attività di ricerca.

³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta del 28 aprile 2022 in cause riunite n. C-164/21 e n. C-318/21, EU:C:2022:333, punto 56.

2. Ricerca e diffusione della conoscenza: attività autonome o necessariamente complementari?

Il punto 83 dell'art. 2 del Regolamento (Ue) n. 651/2014, di cui si chiede l'interpretazione, definisce il concetto di «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» accomunando due attività che non caratterizzano necessariamente uno stesso soggetto: come esistono enti votati alla ricerca, della quale non diffondono sistematicamente i risultati, così alcuni soggetti sono costituiti con la sola finalità di trasferire conoscenze scientifiche o tecniche, per favorire la valorizzazione economica dei risultati della ricerca svolta essenzialmente da altri. Come sono inquadrabili questi soggetti con riferimento alla definizione in questione, considerato, tra l'altro, che nel titolo viene utilizzata la congiunzione «e», accomunando le due attività, mentre nella sua definizione si usa la congiunzione «o», che sembra volerle dissociare?

Osserva la Corte (punto 45) che dall'interpretazione letterale della definizione, emerge che il criterio centrale per qualificare un soggetto come organismo di ricerca e diffusione della conoscenza è la finalità principale che esso persegue, che deve consistere o nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale o nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze.

La Corte rileva che, nel linguaggio abituale, per «finalità» si intende l'obiettivo che il soggetto si propone di raggiungere e l'aggettivo «principale» indica la prevalenza di tale finalità rispetto ad eventuali altre attività proprie dello stesso soggetto. Un organismo di ricerca e diffusione della conoscenza può dunque perseguire una pluralità di finalità, a condizione che «l'esercizio di attività indipendenti di ricerca o di ampia diffusione dei risultati di tali attività costituisca l'obiettivo principale, preponderante rispetto agli altri eventuali obiettivi» da esso perseguiti.

Quanto al rapporto tra le due attività che sono accomunate nella definizione, afferma la Corte che, sebbene la sua formulazione e «l'utilizzo della congiunzione coordinativa «o» suggeriscano che gli organismi di ricerca e diffusione della conoscenza non devono necessariamente realizzare cumulativamente attività di ricerca e attività di diffusione dei risultati, l'espressione «i risultati di tali attività» presuppone invece necessariamente che le attività di diffusione della conoscenza dell'organismo non vertano indistintamente sui risultati di qualsivoglia tipo di ricerca, anche senza alcun nesso con l'entità di cui trattasi, ma riguardino, almeno in parte, i risultati delle attività di ricerca condotte dall'entità medesima» (punto 49).

Di conseguenza, per essere qualificata organismo di ricerca e diffusione della conoscenza, «un'entità deve esercitare attività indipendenti di ri-

cerca, eventualmente completate da attività di diffusione dei risultati di tali attività di ricerca» (punto 50) e soggetti che si dedicano esclusivamente ad attività di insegnamento e di diffusione dello stato attuale della scienza non possono essere qualificati organismi di ricerca e diffusione della conoscenza nel senso dato a tale nozione dalla definizione in questione.

Se questa conclusione può essere condivisibile se riferita alla realtà specifica dei soggetti al centro della controversia oggetto del rinvio pregiudiziale (istituti di istruzione), essa non può essere estesa in maniera generalizzata alla realtà variegata degli intermediari dell'innovazione.

2.1 Segue. L'evoluzione della definizione: dal Regolamento (Ce) n. 800/2008 al Regolamento (Ue) n. 651/2014

Va innanzi tutto osservato che la congiunzione disgiuntiva «o» ha la funzione di introdurre un'alternativa tra due parole, due concetti o due frasi, a volte escludendo uno dei due; e tale congiunzione, nella definizione odierna, sostituisce la «e» utilizzata nella definizione riportata nel precedente Regolamento (Ce) n. 800/2008⁴. In quel caso, peraltro, si definiva il concetto di «organismo di ricerca» *tout court*, individuandolo, esemplificativamente, in una Università o in un Istituto di ricerca, ai quali si richiedeva non solo di svolgere prevalentemente attività di ricerca, ma anche «*di diffonderne*» i risultati: la diffusione dei risultati era dunque attività accessoria rispetto all'attività di ricerca, ma anche necessaria. E doveva trattarsi indiscutibilmente dei risultati della propria attività di ricerca.

Le differenze fra le due definizioni sono evidenti su questo punto. Nella definizione del 2008 la finalità di un «organismo di ricerca» doveva consistere «nello svolgere attività di ricerca di base, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale e nel diffonderne i risultati» (i risultati della propria attività di ricerca⁵); in quella attuale, la finalità di un «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» deve consistere «nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca (...) o nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività». E tali attività⁶ sono evidentemente

⁴ Rileviamo, per inciso, che entrambe le definizioni derivano dagli Orientamenti per gli aiuti alla ricerca e sviluppo in vigore *pro tempore*: rispettivamente, dalla Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione del 2014, in *Gu-Ue* n. C 198 del 27 giugno 2014, p. 1 ss., punto 15, lett. *ee.*, e dalla Disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione del 2006, in *Gu-Ue* n. C 323 del 30 dicembre 2006, p. 1 ss.

⁵ Nel testo inglese «*and to disseminate their results*»; in quello francese «*et de diffuser leurs résultats*»: i loro risultati.

⁶ Fra l'altro si dice «tali attività», non «tale attività».

quelle di ricerca fondamentale, ricerca industriale o sviluppo sperimentale, a prescindere da chi sia titolare di quella ricerca.

Nella definizione precedente, la diffusione dei risultati (dei propri risultati) era condizione per considerare un soggetto che svolga attività di ricerca come «organismo di ricerca» ai fini dell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato: per distinguerlo da un soggetto che svolga attività di ricerca unicamente per propri fini, per trarne un vantaggio economico. Nulla si diceva in merito al fatto che lo stesso soggetto svolgesse anche attività economica e che, in tal caso, questa dovesse essere oggetto di contabilità separata. Si chiedeva, peraltro, che tutti gli utili fossero interamente reinvestiti nelle attività di ricerca, nella diffusione dei loro risultati o nell'insegnamento. In quella attuale la diffusione dei risultati è considerata attività autonoma, di per sé sufficiente a qualificare un'entità come «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza», a condizione che tale attività costituisca (assieme all'attività di ricerca, o come attività autonoma) la sua finalità principale. Si tratta di un cambiamento sostanziale.

Ma ciò che sancisce il cambiamento di impostazione e l'autonomia dell'attività di diffusione dei risultati rispetto a quella di ricerca è il fatto che mentre nella definizione del 2008 un «organismo di ricerca» era esemplificato unicamente con «un'università o un istituto di ricerca»⁷, in quella attuale di «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» si portano come esempi di una tale entità “*università o istituti di ricerca, agenzie incaricate del trasferimento di tecnologia, intermediari dell'innovazione, entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca*”; dunque, ciascuno di questi soggetti può rientrare autonomamente nella categoria di organismo di ricerca e diffusione della conoscenza. E un'entità come un'agenzia incaricata del trasferimento di tecnologia, o un intermediario dell'innovazione⁸ non svolgono affatto attività di ricerca, o comunque questa non costituisce la loro finalità principale, che è invece, appunto, il trasferimento di conoscenza.

⁷ Questi dunque, in principio, erano i soggetti che potevano essere qualificati «organismi di ricerca».

⁸ Un «intermediario dell'innovazione» è definito da Jane Howell, docente di *Organizational Behaviour* presso la Ivey Business School, come «un agente o un broker in ogni aspetto del processo di innovazione tra due o più parti»: un soggetto in grado di scandagliare i mercati e individuare le tecnologie emergenti, per poi aiutare le aziende a interpretare il valore di queste tecnologie e dei servizi ad esse collegati.

La comparazione dei testi che segue mostra chiaramente le differenze sostanziali tra le due definizioni (in grassetto i punti rilevanti):

<i>Regolamento (Ce) n. 800/2008</i>	<i>Regolamento (Ue) n. 651/2014</i>
« organismo di ricerca »:	« organismo di ricerca e diffusione della conoscenza »:
soggetto senza scopo di lucro, quale un'università o un istituto di ricerca ,	un'entità (ad esempio, università o istituti di ricerca, agenzie incaricate del trasferimento di tecnologia, intermediari dell'innovazione, entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca),
indipendentemente dal suo status giuridico (costituito secondo il diritto privato o pubblico) o fonte di finanziamento, la cui finalità principale consiste nello svolgere attività di ricerca di base, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale	indipendentemente dal suo status giuridico (costituito secondo il diritto privato o pubblico) o fonte di finanziamento, la cui finalità principale consiste nello svolgere <i>in maniera indipendente</i> attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale
e	o
nel diffonderne i risultati , mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di tecnologie;	nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze.
tutti gli utili sono interamente reinvestiti nelle attività di ricerca, nella diffusione dei loro risultati o nell'insegnamento ...	Qualora tale entità svolga anche attività economiche, il finanziamento, i costi e i ricavi di tali attività economiche devono formare oggetto di contabilità separata ...

Si aggiunga a quanto detto che la Disciplina degli aiuti alla ricerca e sviluppo del 2014 per la prima volta definisce il concetto di «trasferimento di conoscenze»; e lo fa nei termini seguenti: «qualsiasi processo inteso ad acquisire, raccogliere e condividere conoscenze esplicite e implicite, comprese le competenze e le capacità, in attività di natura sia economica che non economica, quali le collaborazioni in materia di ricerca, le consulenze, la concessione di licenze, la creazione di spin-off, la pubblicazione e la mobilità di ricercatori e altri membri del personale coinvolti in tali attività. Oltre alle conoscenze scientifiche e tecnologiche, il trasferimento di conoscenze comprende altri tipi di conoscenze come quelle sull'utilizzo delle norme e dei regolamenti che le contemplano e sulle condizioni degli ambienti operativi reali e i metodi di innovazione organizzativa, nonché la gestione delle conoscenze relative all'individuazione, all'acquisizione, alla protezione, alla difesa e allo sfruttamento di attività immateriali»: tutte attività che si riferiscono indifferentemente ai risultati della ricerca svolta

dallo stesso soggetto o da altri; anzi, sicuramente, nella maggior parte dei casi, si tratta di favorire l'acquisizione di conoscenze in materia di sviluppo tecnologico in senso generale, alle quali le PMI hanno difficoltà ad accedere (come spiega il *considerando* 46 del Regolamento (Ue) n. 651/2014).

Se il trasferimento di conoscenza fosse attività accessoria e marginale rispetto alla ricerca e non determinante ai fini della classificazione di un ente come organismo di ricerca, non sarebbe stato necessario darne una definizione; definizione che risulta invece opportuna in quanto, come suggerisce la congiunzione disgiuntiva «o», un «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» non deve necessariamente realizzare cumulativamente le due attività.

In definitiva, se – come anche afferma la Corte (punto 42) – «ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto del tenore letterale della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»⁹, non si può concludere se non che possa essere qualificata «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» anche un'entità che abbia come finalità principale il trasferimento di conoscenze relative ad attività di ricerca svolte da altri.

A conferma delle argomentazioni fin qui esposte, si consideri che la Commissione, richiesta se un'organizzazione possa essere considerata «Organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» se si limita alla diffusione dei risultati senza fare ricerca in proprio, ha risposto affermativamente «to the extent that wide dissemination of the results of fundamental research, industrial research or experimental development by way of teaching, publication or knowledge transfer constitutes the primary goal of the relevant organisation»¹⁰. E la risposta è assolutamente coerente con la definizione che essa stessa ha elaborato, confermando il senso preciso della congiunzione «o».

Non si può non rilevare una differenza macroscopica tra la risposta netta della Commissione e l'interpretazione della Corte. Non possiamo certo ignorare il fatto che a quest'ultima è assegnato il compito di interpretare, in ultima istanza, il diritto dell'Unione. Allo stesso tempo, va considerato che, nel caso specifico, la Corte non ha interpretato una disposizione del Trattato o la compatibilità con esso di una norma di diritto derivato; essa ha interpretato la volontà della Commissione desumibile dalla formulazione di una norma da questa emanata, nell'esercizio delle competenze

⁹ Proprio ciò che è mancato nella valutazione della Corte, la quale si è limitata, evidentemente, ad ipotizzare ciò che la Commissione intendeva esprimere con la definizione in questione.

¹⁰ e-State Aid Wiki, Risposta della Commissione del 3 ottobre 2016 ad un quesito olandese relativo all'interpretazione dell'art. 2, punto 83, del Regolamento (Ue) n. 651/2014.

che le sono assegnate dal Trattato. E tale interpretazione non contesta la norma stessa per adeguarla, in via interpretativa, a principi del Trattato: essa ha solo la funzione di chiarire cosa intendesse la Commissione nello scrivere quella disposizione: si tratta dunque di un'interpretazione squisitamente lessicale. In altre parole, la Corte non ha voluto dire che un'interpretazione diversa dalla sua sarebbe incompatibile con l'art. 107 del Trattato, ma che la sua interpretazione riflette ciò che la Commissione ha inteso esprimere. Cosa che la stessa Commissione – oltre che gli argomenti sopra addotti – smentisce nettamente.

2.2 La definizione di «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» nel contesto della Disciplina degli aiuti alla ricerca

La definizione riportata al punto 83 dell'art. 2 del Regolamento (Ue) n. 651/2014 è funzionale all'applicazione degli artt. 25, par. 6, 28, par. 2, lett. *b.*, e 30 del Regolamento medesimo: nel primo caso per consentire una maggiorazione dell'aiuto concedibile alle imprese che realizzano progetti di ricerca in collaborazione con tali entità (che poi diffonderanno i risultati di loro competenza); nel secondo per favorire la messa a disposizione delle PMI di ricercatori qualificati da parte di costoro; nel terzo, per garantire che i risultati della ricerca sovvenzionata nei settori della pesca e dell'acquacoltura (di cui tali soggetti sono gli unici beneficiari) siano messi a disposizione di tutti.

Nel contesto della Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, da cui essa deriva, quella definizione ha la finalità di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 107, par. 1, del Trattato le misure di sostegno rivolte a soggetti operativi nel settore della ricerca che, per l'attività che svolgono e, soprattutto, per come la svolgono, non sono qualificabili imprese. Per meglio dire, i paragrafi della Disciplina suddetta dedicati agli organismi di ricerca e diffusione della conoscenza¹¹ hanno lo scopo di distinguere quando il sostegno pubblico a tali soggetti costituisce o meno aiuto di Stato.

E fra le attività principali di un organismo di ricerca, oltre, naturalmente, alla ricerca, vengono citate l'ampia diffusione dei risultati di essa su base non esclusiva e non discriminatoria, ad esempio attraverso l'insegnamento, le banche dati ad accesso aperto, le pubblicazioni aperte o il

¹¹ Nella Disciplina del 2014, si tratta dei par. 2.1 (punti da 16 a 23) e 2.2 (punti da 24 a 30), ripresi tal quali dai corrispondenti paragrafi della Disciplina del 2022, attualmente in vigore, in *Gu-Ue* n. C 414 del 28 ottobre 2022, p. 1 ss.

software open source, nonché le attività di trasferimento di conoscenze, purché tutti gli utili siano reinvestiti nelle attività primarie dell'ente; e queste possono essere di ricerca, così come di diffusione della conoscenza, non necessariamente tra loro complementari per lo stesso soggetto.

In questa disamina, è evidente come l'approccio della Commissione si evolva da una Comunicazione all'altra: nella disciplina del 2006, nell'elencazione delle principali attività di un organismo di ricerca, si cita la diffusione dei risultati come attività accessoria di tale soggetto (par. 3.1.1), mentre in quella del 2014 (ed anche in quella del 2022) il trasferimento di conoscenza viene indicato inequivocabilmente come attività autonoma e caratteristica di un organismo di ricerca e diffusione di conoscenza (punto 19, lett. b.). E coerentemente viene introdotta la definizione di «trasferimento di conoscenze», precedentemente inesistente.

D'altra parte, non sarebbe stata necessaria una precisazione della Commissione per stabilire che un ente la cui attività consista nella diffusione senza fini commerciali di conoscenze scientifiche o tecnologiche (che non devono riguardare necessariamente conoscenze frutto di specifiche attività di ricerca) non svolge attività economica e che, di conseguenza, il sostegno pubblico alla sua attività non comporta aiuti di Stato ed è pertanto sempre possibile. E nel contesto della Disciplina e – di conseguenza – del regolamento di esenzione, tale riconoscimento è finalizzato ad inquadrare il regime di aiuto applicabile a situazioni nelle quali siano coinvolti soggetti che presentino quelle caratteristiche, sia per quanto riguarda le modalità del sostegno riconoscibile loro, sia per disciplinare i rapporti di collaborazione tra loro e le imprese.

3. Il concetto di finalità principale

Stabilito che finalità principale di un «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» deve essere l'attività di ricerca, la Corte si domanda quali siano i criteri idonei a valutare l'esistenza di tale requisito in una determinata entità e conclude che, in mancanza di precisazioni in merito nell'art. 2, punto 83, è consentito «prendere in considerazione tutti i criteri pertinenti, quali il quadro normativo applicabile o lo statuto dell'entità di cui trattasi» (punto 52). Essa precisa che non si può utilizzare come unico criterio la struttura del fatturato che, se preso isolatamente, potrebbe fornire un'immagine distorta delle attività reali di un'entità e della sua finalità principale «ad esempio sottostimando l'importanza reale di un'attività che generi solo ricavi esigui».

In considerazione di ciò, conclude che «un'entità di diritto privato che svolge varie attività, tra cui la ricerca, ma i cui ricavi provengono per la

maggior parte da attività economiche, quali la prestazione di servizi di insegnamento a titolo oneroso, può essere considerata un “organismo di ricerca e diffusione della conoscenza”, (...) a condizione che si possa stabilire, alla luce di tutte le circostanze pertinenti del caso di specie, che la sua finalità principale consiste nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca, (...) eventualmente completate da attività di diffusione dei risultati di tali attività di ricerca, mediante l’insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze». E – aggiunge la Corte – «In tale contesto, non si può esigere da una siffatta entità che essa tragga una certa quota dei suoi ricavi da attività non economiche di ricerca e diffusione della conoscenza» (punto 59).

Dunque, un determinato soggetto può anche finanziarsi prevalentemente – o addirittura totalmente – con i proventi di un’attività diversa dalla ricerca, ma sarà qualificabile come «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» solo se l’attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale rappresenta la sua finalità principale. E se si ritiene – come noi riteniamo – che possa essere qualificato organismo di ricerca e diffusione di conoscenza anche un ente che svolga essenzialmente attività di diffusione di conoscenza, per quell’ente tale attività deve rappresentare la finalità principale.

Resta il fatto che – come precisa la definizione – «qualora tale entità svolga anche attività economiche, il finanziamento, i costi e i ricavi di tali attività economiche devono formare oggetto di contabilità separata». In sostanza, un soggetto che, accanto all’attività non economica di ricerca indipendente (o, aggiungiamo noi, di diffusione di conoscenza), svolga anche attività economica, può essere qualificato «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» se tiene una contabilità separata per le due attività, essendo irrilevante il peso della prima, rispetto alla seconda, nella sua attività complessiva.

In altre parole, lo stesso soggetto giuridico può svolgere attività diverse e per una di queste essere riconducibile ad una delle entità esemplificate nella definizione di cui all’art. 2, punto 83, del Regolamento (Ue) n. 651/2014 (*Università o Istituti di ricerca, Agenzie incaricate del trasferimento di tecnologia, Intermediari dell’innovazione, Entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca*) ed essere qualificato, in quella veste, «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» (in quanto la ricerca e/o la diffusione di conoscenza rappresentano la sua finalità principale), a prescindere dal fatto che svolga anche attività economica, a condizione che per questa tenga una contabilità separata.

Questa conclusione è avvalorata dal fatto che la contabilità separata non è richiesta se «l’utilizzo economico (dell’organismo di ricerca) rimanga puramente accessorio, ossia corrisponda a un’attività necessaria e diret-

tamente collegata al funzionamento dell'organismo (...) e che abbia portata limitata»¹². In altri termini, se l'attività economica di un determinato soggetto è marginale, essa è irrilevante ai fini della sua qualificazione come «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza»; diversamente, occorre distinguere le due attività mediante la tenuta di una contabilità separata, per «evitare sovvenzioni incrociate a favore dell'attività economica»; e, a questa condizione, «il finanziamento pubblico dell'attività non economica non ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato»¹³. In sostanza, esistono in questo caso due entità distinte, alle quali si applicano regole diverse, essendo ininfluyente l'attività economica svolta dall'una ai fini della qualificazione dell'altra.

D'altra parte, nel contesto della disciplina degli aiuti di Stato, ciò che rileva sono gli effetti dell'aiuto: esso è tale se falsa la concorrenza e gli scambi, favorendo un'attività economica; ed è compatibile con il mercato interno se la distorsione della concorrenza e degli scambi è giustificata dal perseguimento di un obiettivo di comune interesse. Se il soggetto che riceve il beneficio, grazie ad un meccanismo di separazione dei costi, tiene distinta l'attività economica da quella non economica, in modo da evitare che il sostegno alla seconda comporti vantaggi per la prima, i principi su cui si basa la disciplina degli aiuti sono salvaguardati.

Si tratta, del resto, di un principio usualmente applicato nel caso di soggetti che svolgono attività diversificate, disciplinate da regole differenti. Per esemplificare, ad un'impresa agricola che svolga anche attività di trasformazione (produzione di vino o di olio) o di commercializzazione dei propri prodotti (vendita diretta al consumatore finale) o attività agrituristica, sono applicabili, per queste attività, le regole generali, mentre per l'attività primaria valgono quelle dell'agricoltura. E ciò a condizione – e per il fatto – che vengono tenute contabilità separate. E lo stesso discorso vale per la gestione degli aiuti «*de minimis*»: se un soggetto svolge attività diverse, a ciascuna attività si applicherà il Regolamento che ad essa si riferisce, con il relativo massimale, sempre che sia tenuta una contabilità separata e sia dunque possibile imputare l'aiuto all'una o all'altra attività.

Da ciò discende che un determinato soggetto giuridico che, organizzato per settori di attività, svolga tanto attività economica (ad esempio insegnamento o formazione al di fuori del sistema dell'istruzione pubblica, ma anche altre attività) che, in maniera separata anche contabilmente, attività

¹² Punto 20 della Disciplina degli aiuti alla ricerca del 2014, *cit. supra*, nota 2, ripreso letteralmente dal corrispondente punto 21 della Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione del 2022, in *Gu-Ue* n. C 414 del 28 ottobre 2022, p. 1 ss.

¹³ Punto 18 della Disciplina del 2014, ripreso dal punto 19 della Disciplina del 2022, in *Gu-Ue* n. C 414 del 28 ottobre 2022, p. 1 ss.

di ricerca e/o diffusione della conoscenza, che costituisca la finalità principale di quel settore specifico, per quell'attività – e solo per quella – potrà essere qualificato organismo di ricerca e diffusione della conoscenza.

Su questa linea si pone anche la Commissione che, rispondendo al quesito circa la quota (in termini percentuali) di attività di ricerca o di diffusione di conoscenza necessaria per ritenere che essa costituisca la finalità principale di un ente, tale da poterlo qualificare organismo di ricerca e diffusione di conoscenza, ha affermato che «it is not necessary to calculate what percentage of its activities are related to its primary goal as, irrespective of such percentage, the status of research organisation for the purpose of the application of State aid rules will only be acknowledged in respect of those activities which fall under the public mandate. For the remaining part (economic activities), the research organisation will be regarded as acting as an undertaking».

In ogni caso, dunque, al di là delle definizioni, se l'attività di diffusione della conoscenza non è qualificabile come attività economica, il suo finanziamento non costituisce aiuto di Stato.

4. La posizione della Commissione a seguito della sentenza della Corte

Come si può immaginare da quanto precede, l'interpretazione della Corte è stata accolta con perplessità dalla Commissione: da un lato essa non tiene conto del nuovo orientamento che quest'ultima ha voluto dare alla definizione di organismo di ricerca e diffusione della conoscenza e contraddice le sue prese di posizione in materia, dall'altro, considerata l'Istituzione da cui promana, non può essere ignorata.

Come abbiamo già rilevato, nel caso di specie, il Giudice europeo non ha dichiarato che un'interpretazione diversa da quella data contrasterebbe con i principi sanciti dal Trattato – e, in particolare, con l'art. 107 del TFUE – ma si è limitato ad interpretare la definizione vigente, elaborata dalla Commissione.

Il testo dei nuovi Orientamenti per gli aiuti alla ricerca (dai quali deriva la definizione riportata nell'art. 2, punto 83) sarebbe stata l'occasione per chiarire ogni dubbio: e la Commissione avrebbe potuto sovvertire l'interpretazione della Corte, in quanto rientra nelle sue competenze stabilire le condizioni di compatibilità di un aiuto di Stato (e dunque anche il regime applicabile ad un organismo di ricerca, definendolo). Ciò non è avvenuto: nel nuovo testo adottato il 19 ottobre (sei giorni dopo la senten-

za¹⁴) non si riscontra nessuna variazione rispetto alla definizione del 2014, tranne nel «titolo», che è divenuto «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» o «organismo di ricerca». Ciò non significa che la Commissione abbia scientemente condiviso le conclusioni della Corte (in quel caso avrebbe modificato la definizione, per renderla inequivocabile), ma piuttosto che queste non siano state oggetto di attenzione nella redazione dei nuovi Orientamenti, in quanto probabilmente non conosciute in quel momento.

Per questa ragione si è ritenuto di proporre una soluzione alternativa, che è stata sottoposta formalmente alla Commissione dal coordinamento interregionale aiuti di Stato. Rilevando il contrasto tra l'interpretazione data dai Giudici di Lussemburgo e ciò che la Commissione intendeva esprimere con quella definizione, si è proposto di inserire, in occasione della corposa modifica del Regolamento (Ue) n. 651/2014 in corso, un'integrazione al *considerando* 46 di quel Regolamento del seguente tenore: «Un “organismo di ricerca e diffusione della conoscenza” o “organismo di ricerca” può svolgere tanto attività di ricerca fondamentale, ricerca industriale o sviluppo sperimentale che attività di diffusione della conoscenza, a condizione che una di tali attività (o entrambe) rappresenti la sua finalità principale. Tale attività può essere riferita al soggetto giuridico nel suo complesso o ad un'entità al suo interno che formi oggetto di contabilità separata».

Una precisazione di questo tenore non sarebbe in conflitto con l'interpretazione della Corte, in quanto, anche ammettendo che quest'ultima rappresentasse l'espressione della volontà della Commissione, questa, nell'esercizio della sua discrezionalità in materia, potrebbe in qualsiasi momento modificare tale volontà e la stessa definizione o il suo modo di interpretarla.

La Commissione sembrava aver risposto all'interpretazione in questione in maniera inequivocabile – anche se discreta – nel nuovo Regolamento di esenzione per gli aiuti al settore agricolo e forestale adottato il 14 dicembre 2022¹⁵. In esso ha, da un lato, semplificato il testo della definizione in modo da evidenziare come ciascuna delle due attività (di ricerca e di diffusione) possano autonomamente qualificare un organismo di ricerca e diffusione della conoscenza¹⁶, dall'altro – e soprattutto – all'art. 38, che

¹⁴ Ma evidentemente definita nel testo qualche tempo prima.

¹⁵ Regolamento (Ue) n. 2022/2472 della Commissione del 14 dicembre 2022 che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli artt. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali, in *Gu-Ue* n. L 327 del 21 dicembre 2022, p. 1 ss.

¹⁶ Il testo è semplificato, rispetto alla Disciplina da cui è tratto, nei termini seguenti: «“organismo di ricerca e di diffusione della conoscenza”: ente che, a prescindere dal suo status giuridico o fonte di finanziamento, ha come finalità principale lo svolgimento in maniera indipendente di attività di ricerca di base, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale o

disciplina gli aiuti alla ricerca e allo sviluppo nei settori agricolo e forestale, ha precisato, al comma 5, che «gli aiuti sono concessi direttamente all'organismo di ricerca e/o di diffusione della conoscenza», evidenziando con la doppia congiunzione «e/o» come un ente che svolga unicamente attività di diffusione della conoscenza sia qualificabile a tutti gli effetti come «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza». E la stessa frase – con la doppia congiunzione – è stata utilizzata per identificare i soggetti ai quali saranno erogati gli aiuti all'innovazione del settore della pesca, disciplinati dall'art. 15 del Regolamento (Ue) n. 2022/2473¹⁷.

La volontà della Commissione di correggere, in quella sede, l'interpretazione della Corte è chiaramente desumibile dal fatto che il testo degli articoli citati è stato modificato – rispetto a quello della proposta discussa in sede di consultazione con gli Stati membri, che riprendeva, nel caso dell'ABER (il precedente Regolamento “pesca” nulla prevedeva in proposito), la formulazione dell'art. 32 del Regolamento (Ue) n. 702/2014¹⁸ – successivamente alla sentenza del 13 ottobre 2022.

Ho usato il verbo correggere (e non quello contestare, o contrastare) per sgombrare il campo da ogni dubbio circa la possibilità per la Commissione di contraddire un'interpretazione della Corte. Come si è ripetutamente rilevato in queste pagine, la definizione di organismo di ricerca e di diffusione della conoscenza è di competenza della Commissione; di conseguenza, anche ammettendo che l'interpretazione di quella definizione data dalla Corte fosse corretta, la Commissione potrebbe modificarne in ogni momento il contenuto: cosa che ha fatto, specificando nell'art. 38 del Regolamento (Ue) n. 2022/2472 – e ribadendolo nel Regolamento “pesca” – il significato che ad essa deve essere dato (pur non modificando il testo della definizione).

A questo punto, è giunta del tutto inaspettata la risposta della Commissione al quesito posto dal Coordinamento delle Regioni, con la quale ha inopinatamente recepito l'orientamento della Corte. Essa ha dunque sconfessato se stessa, facendo prevalere l'interpretazione della sua volontà

l'ampia diffusione dei risultati di tali attività, mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze».

¹⁷ Regolamento (Ue) n. 2022/2473 della Commissione del 14 dicembre 2022 che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli artt. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti a favore delle imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura, in *Gu-Ue* n. L 327 del 21 dicembre 2022, p. 82 ss.

¹⁸ Regolamento (Ue) n. 702/2014 della Commissione del 25 giugno 2014 che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli artt. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali e che abroga il Regolamento della Commissione (Ce) n. 1857/2006, in *Gu-Ue* n. L 193 del 1° luglio 2014, p. 1 ss.

data da un terzo (ancorché si tratti della Corte di giustizia), rispetto non solo a quella chiaramente desumibile dal testo normativo e dall'evoluzione di esso nel tempo, ma anche da quella da lei stessa fornita in risposta a specifici quesiti posti dagli Stati: quella che potremmo definire «interpretazione autentica». Come abbiamo già sottolineato, un'inversione di rotta sarebbe stata doverosa se la Corte avesse contestato la definizione, in quanto non coerente con il dettato dell'art. 107 del Trattato; ma essa si è limitata ad interpretarla lessicalmente. Sarebbe dunque possibile, per coerenza, ribadire il concetto, precisandolo meglio, come ha fatto con i Regolamenti di esenzione per gli aiuti nei settori dell'agricoltura e della pesca.

A questo punto, tra l'altro, è inevitabile domandarsi che significato si dovrà attribuire ai testi di tali Regolamenti, che ribadiscono e rafforzano il concetto, nel significato ad esso attribuito inizialmente dalla Commissione: si dovrà ritenere che nella loro interpretazione si debba far prevalere quella data dalla Corte, o si dovranno, d'ora in poi, applicare concetti differenti nei diversi contesti?

Va, peraltro, ricordato che nella Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, da cui è mutuata, la definizione di organismo di ricerca e diffusione della conoscenza oggetto dell'interpretazione della Corte è funzionale all'identificazione di soggetti che operano nel campo della ricerca, intesa in un'accezione ampia, ai quali può essere accordato il sostegno pubblico senza che ciò costituisca aiuto di Stato. La Commissione precisa che ciò si verifica se il finanziamento riguarda l'attività non economica di tali soggetti: circostanza che va verificata in relazione a situazioni concrete. E fra le attività che generalmente non rivestono carattere economico indica le «attività di formazione volte ad ottenere risorse umane più numerose e meglio qualificate», le «attività di ricerca e sviluppo svolte in maniera indipendente», «l'ampia diffusione dei risultati della ricerca su base non esclusiva e non discriminatoria» e «le attività di trasferimento di conoscenze», laddove tutti gli utili provenienti da tali attività siano reinvestiti nell'attività principale dell'ente.

Dunque, non è la qualifica formale di un ente come organismo di ricerca e diffusione della conoscenza a escludere la presenza di aiuti di Stato nel suo finanziamento, ma il fatto che il sostegno pubblico riguardi l'attività non economica di un soggetto, comunque esso venga qualificato.

Di conseguenza – ed è ciò che in concreto interessa – un ente la cui attività principale consista nella diffusione dei risultati della ricerca su base non esclusiva e non discriminatoria (anche senza svolgere attività di ricerca) e di trasferimento di conoscenze può essere destinatario di finanziamenti pubblici senza che ciò costituisca aiuto di Stato. E ciò a prescindere

dall'interpretazione data dalla Corte alla definizione di organismo di ricerca e diffusione della conoscenza e dalla conseguente presa di posizione della Commissione.

Carlo Eugenio Baldi*

SINTESI

Con sentenza del 13 ottobre 2022 la Corte di giustizia ha interpretato la definizione di «Organismo di ricerca e diffusione della conoscenza». In particolare, essa ha ritenuto che, sebbene il testo suggerisca che tali soggetti non devono necessariamente realizzare cumulativamente attività di ricerca e di diffusione dei risultati, queste ultime devono riguardare, almeno in parte, i risultati delle attività di ricerca condotte dallo stesso ente. Questa interpretazione contrasta con la volontà della Commissione, alla quale il Trattato attribuisce competenza in materia. Ciò si evince da un'interpretazione letterale e dall'evoluzione nel tempo della definizione. Tuttavia la Commissione, pur confermando la sua posizione originaria nei nuovi Regolamenti per gli aiuti nei settori dell'agricoltura e della pesca, nella risposta alle Regioni si è allineata all'interpretazione della Corte.

ABSTRACT

With a sentence of 13 October 2022, the Court of Justice interpreted the definition of «Research and Knowledge-dissemination organisation». In particular, it considered that, while the text suggests that such an entity do not necessarily have to carry out cumulatively research activities and activities of dissemination of results, these last must concern, at least in part, the results of the research activities carried out by the entity itself. This interpretation contrasts with the will of the Commission, to which the Treaty attributes competence in the matter. This can be deduced from a literal interpretation and from the evolution of the definition over time. However, the Commission, while confirming its original position in the new Regulations for aid in the agriculture and fisheries sectors, in its reply to the Regions aligned itself with the interpretation of the Court.

* Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna

**SONO ESENTI DA IVA LE ATTIVITÀ DEGLI ENTI
RADIOTELEVISIVI DI DIRITTO PUBBLICO, DIVERSE
DA QUELLE COMMERCIALI, REMUNERATE CON FONDI
EROGATI DALLO STATO**

Corte di giustizia

Sentenza del 16 settembre 2021 in causa n. C-21/20*

Balgarska Natsionalna televizija c. Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika» – Sofia pri Tsentralno upravlenie na NAP

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Armonizzazione delle legislazioni nazionali relative all'imposta sul valore aggiunto (IVA) - Direttiva n. 2006/112/Ce, art. 2, par. 1, lett. c., art. 132, par. 1, lett. g - Ente pubblico nazionale che svolge attività di telediffusione per conto dello Stato - Attività a rilevanza pubblica sovvenzionata dallo Stato - Esenzione dall'IVA.

1. L'art. 2, par. 1, lett. c., della direttiva n. 2006/112/Ce del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che l'attività di un fornitore pubblico nazionale di programmi televisivi, la quale consista nel fornire ai telespettatori servizi di media audiovisivi, che sia finanziata dallo Stato con una sovvenzione e che non dia luogo al pagamento di alcun canone da parte dei telespettatori per la diffusione dei programmi, non costituisce

* EU:C:2021:743. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 171 ss., il commento di *LUCA GRANELLI*.

una prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso ai sensi della disposizione sopra citata.

2. L'art. 168 della direttiva n. 2006/112 deve essere interpretato nel senso che il fornitore pubblico nazionale di programmi televisivi è autorizzato a detrarre l'imposta sul valore aggiunto (IVA) pagata a monte per acquisti di beni e servizi utilizzati ai fini delle sue attività che danno diritto a detrazione, e che esso non è autorizzato a detrarre l'IVA pagata a monte per acquisti di beni e servizi utilizzati ai fini delle sue attività non rientranti nell'ambito di applicazione dell'IVA. Spetta agli Stati membri determinare i metodi e i criteri di ripartizione degli importi dell'IVA pagata a monte tra operazioni imponibili e operazioni non rientranti nell'ambito di applicazione dell'IVA, tenendo conto della finalità e dell'economia generale di tale direttiva nel rispetto del principio di proporzionalità.

L'ESCLUSIONE DELLE ATTIVITÀ A RILEVANZA PUBBLICA DALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'IVA TRA DIFETTO DEI REQUISITI DELL'ATTIVITÀ ECONOMICA ED ESCLUSIONE DELLA QUALITÀ DI SOGGETTO PASSIVO DELL'ENTE DI DIRITTO PUBBLICO

(Commento alla sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2021 in causa n. C-21/20, *B.N.T. c. Amministrazione finanziaria della Bulgaria*)

Sommario: **1. Premessa** - **2. La latitudine dell'attività economica che costituisce il campo di applicazione dell'IVA** - **3. L'esclusione della qualità di soggetto passivo all'IVA degli Enti di diritto pubblico ed in particolare l'esercizio dell'attività in veste di pubblica autorità** - **4. I presupposti dell'assunzione della qualità di soggetto passivo all'IVA da parte dell'ente di diritto pubblico** - **5. Conclusioni.**

1. Premessa

La questione esaminata dalla Corte di giustizia si inserisce nel tema più ampio di come si pone il regime dell'imposta sul valore aggiunto rispetto alle attività che possiedono connotati di interesse pubblico.

Il caso riguarda un ente fornitore pubblico nazionale di servizi di *media* audiovisivi che svolge attività di telediffusione per conto dello Stato, e quindi a rilevanza pubblica, istituita e regolata dalla legge, rivolta ad una molteplicità indistinta di spettatori e remunerata non già con canoni corrisposti dagli stessi telespettatori ma con fondi erogati dallo Stato e, più in particolare, attività che consiste nella preparazione, creazione e trasmissione di programmi nazionali e regionali, e trasmissione di programmi televisivi connessi all'esercizio di proprie funzioni pubbliche come le trasmissioni che riguardano l'organismo parlamentare di vigilanza, riti religiosi, tribune elettorali.

La questione controversa, che influiva sul diritto alla detrazione dell'IVA per l'Ente, è stata quella di stabilire se l'attività di trasmissione di programmi quale operatore pubblico a cui sono attribuite funzioni specifiche e che riceve sovvenzioni a carico del bilancio dello Stato, costituisca una prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso ma esente dall'IVA in forza dell'art. 132, par. 1, lett. *q.*, della direttiva n. 2006/112/Ce – il quale stabilisce che le attività degli enti radiotelevisivi di diritto pubblico diverse da quelle aventi carattere commerciale» siano esenti – oppure se quella attività non costituisca neppure un'operazione imponibile rientrante nel campo di applicazione della medesima direttiva in quanto non configura una prestazione di servizi e in sostanza alcuna attività economica ai sensi dell'art. 2 della direttiva.

La Corte si è soffermata sui caratteri di quella attività rispetto alla nozione di prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso che l'art. 2 della direttiva n. 2006/112/Ce (di seguito “direttiva”) colloca nel campo di applicazione dell'IVA ed in particolare ha posto in evidenza che, nella prospettiva dell'art. 2 della direttiva, non sussiste alcun rapporto giuridico tra il fornitore pubblico nazionale e i telespettatori nel corso del quale avvenga uno scambio di reciproche prestazioni, giacché i telespettatori non corrispondono alcun canone, né sussiste alcun nesso diretto tra tali servizi di *media* audiovisivi e la sovvenzione statale prevista ed organizzata dalla legge per finanziarli che è determinata in base a un *forfait* fissato dalla legge per ora di programmazione e che prescinde dalla fruizione effettiva da parte dei telespettatori e dalla loro identità e numerosità.

Sulla base di queste circostanze la Corte ha quindi concluso che l'attività di un fornitore pubblico nazionale di programmi televisivi, la quale consista nel fornire ai telespettatori servizi di *media* audiovisivi, che sia finanziata dallo Stato con una sovvenzione e che non dia luogo al pagamento di alcun canone da parte dei telespettatori per la diffusione dei programmi, non costituisce una prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. *c.*, della direttiva n. 2006/112/Ce del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto.

Le circostanze prese in considerazione dalla Corte riguardo le caratteristiche di quella attività rispetto alla nozione di prestazione di servizi e di attività economica, sembrano esprimere anche un profilo di natura pubblica dell'Ente rispetto alle imprese commerciali.

La questione della assoggettabilità o meno all'IVA dell'attività svolta dal fornitore pubblico nazionale di telediffusione è stata posta sotto il profilo della sussistenza o meno di un'attività economica che costituisce oggetto del campo di applicazione dell'IVA, ma la questione poteva anche

essere affrontata sotto il profilo della qualificazione del fornitore pubblico rispetto alla qualità di soggetto passivo di imposta definita dall'art. 9 della direttiva il quale dispone che: «Si considera "soggetto passivo" chiunque esercita, in modo indipendente e in qualsiasi luogo, un'attività economica, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività. Si considera "attività economica" ogni attività di produzione, di commercializzazione o di prestazione di servizi (...)».

I due diversi profili della natura economica dell'attività e della qualità di soggetto passivo dell'IVA sono intimamente connessi perché la qualità di soggetto passivo dell'imposta sul valore aggiunto presuppone l'esercizio di una attività che abbia i connotati dell'attività economica, connotati che, pertanto, delimitano anche il catalogo dei soggetti passivi dell'IVA.

Infatti, secondo la formulazione dell'art. 9, n. 1, della direttiva n. 2006/112/Ce, la nozione di soggetto passivo viene definita proprio con riferimento alla nozione di attività economica e la Corte di giustizia ha ripetutamente affermato che è proprio l'esistenza di una siffatta attività che giustifica la qualifica di soggetto passivo¹.

2. La latitudine dell'attività economica che costituisce il campo di applicazione dell'IVA

Il principio fondamentale dell'IVA è che l'ambito di applicazione dell'imposta sia il più ampio possibile per preservare la concorrenzialità tra imprese attraverso una parità di trattamento nell'applicazione del tributo tra attività e operatori commerciali analoghi.

Per questa ragione il combinato disposto degli artt. 2 e 9 della direttiva n. 2006/112/Ce dispone che l'imposta si applica a tutte le attività economiche e la nozione di attività economica è formulata dall'art. 9 della stessa direttiva n. 2006/112/Ce – proprio in relazione alla individuazione dei soggetti passivi – ed è molto ampia e comprende qualsiasi attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi che sia semplicemente volta ad ottenere degli introiti.

La particolare ampiezza dell'area delle attività soggette all'IVA persegue lo scopo dell'armonizzazione delle legislazioni relative alla imposta sulla cifra d'affari per consentire la creazione di un mercato comune nel quale vi sia una concorrenza non alterata e che abbia caratteristiche analo-

¹ Sentenze della Corte di giustizia del 3 marzo 2005 in causa n. C-32/03, *I/S Fini H c. Skatteministeriet*, EU:C:2005:128, nonché del 21 gennaio 2021 in causa n. C-655/19, *LN c. Administrația Județeană a Finanțelor Publice Sibiu, Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov*, EU:C:2021:40.

ghe a quelle di un mercato interno, eliminando le differenze di oneri fiscali che possono alterare la concorrenza e ostacolare gli scambi².

La latitudine dell'attività economica che delimita il campo di applicazione dell'IVA è più ampia rispetto all'ambito delle attività rilevanti in materia di imposte sul reddito che è limitato a quelle che perseguono un fine di lucro, mentre la soggezione all'IVA prescinde dal conseguimento di un profitto e presuppone solo che sussista un nesso tra l'attività svolta e una controprestazione³ e, in questa prospettiva, si considera attività economica anche l'insieme delle operazioni iniziali di creazione e avvio di una attività che possa produrre dei proventi anche se poi la stessa non viene svolta o cessa prima di produrla.

La sussistenza di un corrispettivo, o, in altre parole, di un rapporto di corrispettività tra il provento conseguito e l'attività svolta, è quindi una caratteristica che qualifica l'attività economica soggetta all'IVA e la sentenza in commento ha escluso che l'attività esercitata dal fornitore nazionale pubblico di servizi di telediffusione fosse rilevante ai fini IVA proprio per la circostanza che le somme ricevute per lo svolgimento di quell'attività non avevano natura di corrispettivo sia per l'assenza di un legame soggettivo con i fruitori del servizio, i potenziali telespettatori, sia per la circo-

² Sentenze della Corte di giustizia dell'8 giugno 1999 in cause riunite n. 338/97, n. 344/97 e n. 390/97, *Pelzl e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3319, punto 14, EU:C:1999:154, nonché del 3 ottobre 2006 in causa n. C-475/03, *Banca Popolare di Cremona c. Agenzia Entrate Ufficio di Cremona*, EU:C:2006:629.

La parità di trattamento volta alla eliminazione degli ostacoli alla concorrenza nel contesto dell'IVA trova espressione nel principio di neutralità dell'imposta secondo il quale il tributo non deve incidere sulle imprese ma solo sul consumatore finale e si realizza attraverso i meccanismi della rivalsa e dello sgravio, o detrazione, dell'imposta nelle fasi commerciali intermedie sino al consumo. Il principio della neutralità dell'imposta, in particolare, osta a che operatori economici che effettuano le stesse operazioni subiscano un trattamento differenziato in materia di riscossione dell'IVA. Questi principi sono stati ripetutamente affermati da numerose sentenze della Corte di giustizia: 20 novembre 2003 in causa n. C-307/01, *D'Ambrumenil et Dispute Resolution Services*, EU:C:2003:627; 29 aprile 2004 in causa n. C-137/02, *Faxworld*, EU:C:2004:267; 8 febbraio 2007 in causa n. C-435/05, *Investrand*, EU:C:2007:87; 13 marzo 2008 in causa n. C-437/06, *Securenta c. Amministrazione finanziaria Germania*, EU:C:2007:777; 4 giugno 2009 in causa n. C-102/08, *SALIX Grundstücks-Vermietungsgesellschaft c. Amministrazione finanziaria Germania*, EU:C:2009:345; 5 dicembre 1989 in causa n. C-165/88, *ORO Amsterdam Beheer BV c. Amministrazione finanziaria dei Paesi Bassi*, EU:C:1989:608; 21 febbraio 2006 in causa n. C-255/02, *Halifax e a.*, EU:C:2005:200; 7 settembre 1999 in causa n. C-216/97, *Gregg c. Commissioners Customs & Excise*, EU:C:1999:390; 26 maggio 2005 in causa n. C-498/03, *Kingscrest Associates e Montecello c. Commissioners of Customs & Excise*, EU:C:2005:322.

³ Cfr. le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 16 settembre 2008 in causa n. C-288/07, *Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs c. Isle of White Council*, EU:C:2008:505; 26 giugno 2007 in causa n. C-284/04, *T-Mobile Austria e a.*, EU:C:2007:381; 11 marzo 2020 in causa n. C-94/19, *San Domenico Vetraria SpA c. Agenzia delle Entrate*, EU:C:2020:193; 2 giugno 2016 in causa n. C-263/15, *Lajvér Meliorációs Nonprofit*, EU:C:2016:392; 20 giugno 2013 in causa n. C-219/12, *Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*, EU:C:2013:413.

stanza che gli introiti consistevano in fondi pubblici svincolati dall'entità delle prestazioni.

Inoltre, la questione esaminata dalla Corte di giustizia, siccome riguardava una attività a rilevanza pubblicistica, avrebbe potuto anche estendersi all'ulteriore profilo soggettivo di un eventuale difetto della qualità di soggetto passivo all'IVA dell'ente che svolgeva l'attività di telediffusione.

3. L'esclusione della qualità di soggetto passivo all'IVA degli Enti di diritto pubblico ed in particolare l'esercizio dell'attività in veste di pubblica autorità

Il regime dell'IVA riguardo le attività a rilevanza pubblica si fonda sulla presunzione che le attività svolte da enti di diritto pubblico abbiano natura essenzialmente regolamentare, che esprimano l'esercizio di potestà di imperio svolte in via esclusiva e non si pongano in concorrenza con le attività private e conseguentemente non posseggano quella natura economica che costituisce un presupposto dell'applicazione dell'imposta⁴.

Siccome tali attività non perseguono un fine economico e quindi esorbitano dal pur ampio ambito di applicazione dell'IVA⁵ l'art. 13 della direttiva n. 2006/112/Ce – che corrisponde all'art. 4 della Sesta direttiva n. 388/77/Cee – esclude quindi dal novero dei soggetti passivi gli enti di diritto pubblico che svolgono attività in veste di pubblica autorità⁶.

⁴ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Poiars Maduro presentate il 12 giugno 2008 nella causa n. C-288/07, *Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs c. Isle of Wight Council e altri*, EU:C:2008:345, in particolare al punto 15: «Infatti, la ragion d'essere della deroga all'assoggettamento delle attività economiche all'IVA, prevista dall'art. 4, n. 5, della sesta direttiva, si basa sulla debole presunzione secondo cui le attività esercitate dagli enti pubblici in quanto pubbliche autorità sono attività di natura essenzialmente regolamentare connesse all'utilizzo della potestà di imperio. Ciò premesso, il non assoggettamento all'IVA di tali attività non ha potenzialmente un effetto anticoncorrenziale con quelle esercitate dal settore privato, in quanto esse sono generalmente assunte a titolo esclusivo o quasi esclusivo dal settore pubblico».

Si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs presentate il 18 novembre 2004 nella causa n. C-378/02, *Waterschap Zeeuws Vlaanderen c. Staatssecretaris van Financiën*, EU:C:2004:726.

⁵ Benché la direttiva n. 2006/112/Ce contempli un ambito di applicazione dell'IVA molto ampio, l'imposta si applica solo alle attività aventi carattere economico: sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in causa n. C-306/94, *Régie dauphinoise*, EU:C:1996:56; 29 aprile 2004 in causa n. C-77/01, *EDM c. Fazenda Publica*, EU:C:2004:243; 26 maggio 2005 in causa n. C-465/03, *Kretztechnik AG c. Finanzamt Linz*, EU:C:2005:320.

⁶ Art. 13, comma 1, direttiva n. 2006/112/Ce: «Gli Stati, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità, anche quando, in relazione a tali attività od operazioni, percepiscono diritti, canoni, contributi o retribuzioni».

I requisiti per l'esclusione della qualità di soggetto passivo sono fondamentalmente due e consistono *a.* nella qualità di ente di diritto pubblico del soggetto che esercita l'attività e *b.* nella circostanza che l'attività esercitata, ancorché sostanzialmente di natura economica, sia svolta in veste di pubblica autorità⁷.

È degno di nota che, siccome l'esclusione della qualità di soggetto passivo all'IVA si pone come una deroga al principio di applicazione più ampia possibile del tributo alle attività economiche, i due citati requisiti debbono essere interpretati in maniera restrittiva alla stregua delle esenzioni⁸, nell'intento di contenere il più possibile l'ambito delle attività non soggette all'applicazione dell'IVA.

La qualità di ente di diritto pubblico è determinata in base alle nozioni di diritto nazionale dei singoli Stati membri, mentre le nozioni di ente pubblico ricorrenti in altre materie comunitarie, come nella materia degli appalti, non possono essere adottate in quanto sono più estensive ed ampliherebbero l'ambito di applicazione della deroga alla tassazione delle attività economiche⁹.

Il secondo requisito, che consiste nella circostanza che l'ente agisca in veste di pubblica autorità, cioè secondo il regime giuridico proprio degli enti pubblici e non secondo le condizioni di mercato dei soggetti privati, è più sfumato.

⁷ La esclusione della qualità di soggetto passivo all'IVA presuppone che le due condizioni consistenti nella qualità di ente pubblico e nell'esercizio di attività in veste di pubblica autorità debbono essere soddisfatte congiuntamente: cfr. sentenze della Corte di giustizia 11 luglio 1985 in causa n. 107/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, EU:C:1985:332; 17 ottobre 1989 in cause riunite n. 231/87 e n. 129/88, *Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda ed altri c. Comune di Carpaneto Piacentino ed altri*, EU:C:1989:381; 25 luglio 1991 in causa n. C-202/90, *Ayuntamiento de Sevilla c. Amministrazione finanziaria della Spagna*, EU:C:1991:332.

⁸ La Corte di giustizia ha ripetutamente affermato che i termini con i quali sono state designate le esenzioni di cui all'art. 13 della sesta direttiva devono essere interpretati restrittivamente, dato che tali esenzioni costituiscono deroghe al principio generale secondo cui l'IVA è riscossa per ogni prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo; tra le tante cfr. sentenze della Corte di giustizia 12 settembre 2000 in causa n. C-358/97, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, EU:C:2000:425; 18 gennaio 2001 in causa n. C-150/99, *Svenska staten c. Stockholm Lindöpark AB e Stockholm Lindöpark AB c. Svenska staten*, EU:C:2001:34, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 687; 12 giugno 2003 in causa n. C-275/01, *Sinclair Collis Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, EU:C:2003:341; 25 luglio 1991 in causa n. C-202/90, *Ayuntamiento de Sevilla*, *loc. cit.*

⁹ Questo principio ha trovato conferma nella sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2015 in causa n. C-174/14, *Saudacor c. Fazenda Pública*, EU:C:2015:733, nella quale, con riguardo alla qualificazione di ente di diritto pubblico escluso dall'IVA ai fini dell'art. 13 della direttiva n. 2006/112/CE la Corte di giustizia ha stabilito che non si può applicare la nozione di «Organismo di diritto pubblico» formulata dall'art. 1, par. 9, della direttiva n. 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in quanto è una nozione ampia mentre la nozione ai fini IVA è da intendersi restrittivamente.

La Corte di giustizia per la sua individuazione ha formulato solo un criterio generale anche per la ragione che, in definitiva, il regime giuridico proprio dei soggetti di diritto pubblico dipende da ogni singolo Stato membro per cui la stessa attività può essere riservata dalla legge dello Stato membro ad enti di diritto pubblico, e quindi essere esercitata nel regime proprio degli enti pubblici, oppure può essere affidata a privati, e quindi esercitata in regime di concorrenza.

La qualifica della veste di pubblica autorità è determinata, ancora una volta, secondo le disposizioni nazionali di diritto pubblico ed in particolare dalla circostanza che nell'ordinamento dello Stato membro l'attività, ancorché di natura economica, sia affidata a soggetti di diritto pubblico e non a soggetti di diritto privato, come tra l'altro sembra sia accaduto anche nella vicenda di cui si è occupata la sentenza in commento.

La variabilità dell'esito dell'applicazione di questo criterio nella individuazione della veste di pubblica autorità da Stato membro a Stato membro trova un riscontro eclatante nei settori delle attività di gestione di autostrade e parcheggi pubblici, ambiti nei quali l'esercizio dell'attività è stato diversamente qualificato come in veste di pubblica autorità oppure di impresa sul presupposto che le norme dello Stato membro riservassero quelle attività ad enti di diritto pubblico ovvero le consentissero anche a soggetti privati¹⁰.

Vi sono però alcune circostanze ricorrenti nell'esercizio di attività a rilevanza pubblica che non debbono essere confuse con i connotati della veste di pubblica autorità perché ai fini di tale qualificazione sono tendenzialmente irrilevanti come la circostanza che sia perseguito un interesse pubblico¹¹ oppure che l'attività sia regolata da norme di diritto pubblico, o che i beni oggetto di una transazione siano del demanio o di proprietà di

¹⁰ La sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2000 in causa n. C-276/97, *Commissione c. Repubblica francese*, EU:C:2000:424, ha disconosciuto che l'attività fosse esercitata in veste di pubblica autorità in quanto l'attività era consentita anche a soggetti privati. Le sentenze della Corte di giustizia 12 settembre 2000 in causa n. C-260/98, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, EU:C:2000:429; 12 settembre 2000 in causa n. C-358/97, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, EU:C:2000:425; 12 settembre 2000 in causa n. C-408/97, *Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, EU:C:2000:427, hanno invece riconosciuto che l'ente agiva in veste di pubblica autorità in quanto, secondo il diritto dello Stato membro, l'attività di gestione era riservata a enti di diritto pubblico con poteri di imperio.

In senso sostanzialmente conforme la giurisprudenza di legittimità domestica: Cass. civ., sez. trib., 7 marzo 2012, n. 3513; Cass., sez. trib., 25 marzo 2015, n. 5947.

¹¹ Il principio è stato ad esempio affermato dalla sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2000 in causa n. C-408/97, *Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, loc. cit., secondo la quale «la nozione di attività economica è ampia ed ha carattere obiettivo e quindi la circostanza che persegua un fine pubblicistico è irrilevante». Sul versante domestico si segnala la recente Cass., sez. trib., 15 febbraio 2022, n. 4835.

enti pubblici¹², poiché queste caratteristiche sono compatibili anche con l'esercizio dell'attività secondo criteri economici tipici dell'impresa commerciale.

L'aspetto che qualifica la veste di pubblica autorità è piuttosto l'esercizio di un potere di imperio o autoritativo¹³ e questo aspetto è considerato decisivo anche nella materia della concorrenza: ad esempio, nell'ambito delle attività di controllo della navigazione aerea la Corte di giustizia ha considerato non applicabili le regole della concorrenza in quanto tali attività non presentano carattere economico poiché si estrinsecano in compiti di interesse generale con poteri coercitivi¹⁴.

In conclusione, l'esercizio dell'attività in veste di pubblica autorità si esprime nella modalità del suo svolgimento nell'ambito del regime giuridico proprio dei soggetti di diritto pubblico consistente nell'esercizio di poteri autoritativi¹⁵.

Bisogna poi tenere presente che tra il carattere non economico dell'attività e la veste di pubblica autorità sussiste un nesso perché la circostanza che l'attività è riservata alla amministrazione pubblica ed esercitata con potestà di imperio talvolta costituisce contemporaneamente il presupposto del suo esercizio in veste di pubblica autorità ma anche il presupposto della sua natura di attività non economica¹⁶.

¹² Sentenze della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000 in causa n. C-446/98, *Fazenda Pública Câmara Municipal do Porto*, EU:C:2000:691, nonché sentenza del 6 febbraio 1997 in causa n. C-247/95, *Finanzamt Augsburg-Stadt c. Marktgemeinde Welden*, EU:C:1996:412.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007 in causa n. C-369/04, *J. Hutchison 3G UK Ltd e altri c. Commissioners of Customs and Excise*, EU:C:2007:382. Da notare che la Corte di giustizia in questa causa ha disatteso il diverso orientamento espresso dall'Avvocato Generale Kokott nelle proprie conclusioni secondo cui il potere di imperio qualificerebbe la veste di pubblica autorità solo ai fini della concorrenza in quanto ai fini IVA varrebbe la circostanza che l'attività svolta possiede comunque carattere economico: «la questione è che ai fini dell'IVA la nozione di attività economica ai sensi dell'art. 4, 1 e 2 che costituisce il presupposto della imposizione prescinde dall'eventuale esercizio di una potestà di imperio. La potestà di imperio esclude la natura economica di una attività ma solo nell'ambito della concorrenza». Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott presentate il 7 settembre 2006 in causa n. C-369/04, *J. Hutchison 3G UK Ltd e altri c. Commissioners of Customs and Excise*, EU:C:2006:523.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1994 in causa n. C-364/92, *SAT c. Eurocontrol*, EU:C:1994:7, e la analoga sentenza del 14 ottobre 1976 in causa n. 29/76, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, EU:C:1994:7.

¹⁵ Sentenze della Corte di giustizia 14 dicembre 2000 in causa n. C-446/98, *Fazenda Pública Câmara Municipal do Porto*, cit. supra, nota 12; 6 febbraio 1997 in causa n. C-247/95, *Finanzamt Augsburg-Stadt c. Marktgemeinde Welden*, cit. supra, nota 12; 26 giugno 2007 in causa n. C-369/04, *J. Hutchison 3G UK Ltd e altri c. Commissioners of Customs and Excise*, cit. supra, nota 13.

¹⁶ Ad esempio nella sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007 in causa n. C-369/04, *J. Hutchison 3G UK Ltd e altri c. Commissioners of Customs and Excise*, cit. supra, nota 13, l'attività di concessione da parte del Ministero britannico del commercio e dell'industria delle licenze per telecomunicazioni mobili – assegnazione delle frequenze – è stata considerata attività non economica e quindi non soggetta ad IVA in quanto era volta al

Lo stesso tipo di attività, quindi, può possedere o meno carattere economico a seconda che le modalità del suo esercizio esprimano semplicemente una offerta di beni e di servizi sul mercato oppure comportino l'esercizio di un potere di imperio¹⁷.

Ovviamente, si rende necessario affrontare la questione di quali siano i riscontri in concreto della potestà di imperio che caratterizza l'attività del soggetto di diritto pubblico.

Generalmente, la potestà di imperio ricorre in alcuni poteri di natura pubblica come i poteri di ordinanza, i poteri di stabilire e irrogare sanzioni o poteri coercitivi e, talvolta nella giurisprudenza, anche nelle modalità di disciplina dei rapporti con i privati mediante lo strumento della concessione, anche se questo strumento è considerato più un indizio della sussistenza di un potere di imperio, piuttosto che un suo riscontro univoco.

L'ambito delle attività che possono escludere la qualità di soggetto passivo all'IVA dell'ente di diritto pubblico è però suscettibile di una ulteriore espansione: l'art. 13, comma 2, della direttiva n. 2006/112/Ce stabilisce che «Gli Stati membri possono considerare come attività della pubblica amministrazione le attività degli enti di diritto pubblico quando esse sono esenti a norma degli articoli 132, 135, 136, 371, da 374 a 377, dell'articolo 378, paragrafo 2, dell'articolo 379, paragrafo 2 e degli articoli da 380 a 390».

Questa espansione delle attività che possono essere considerate attività della pubblica amministrazione e, quindi, escluse dall'ambito dell'IVA non è vincolante per gli Stati membri, ma costituisce una mera facoltà attribuita dalla direttiva perché pur avendo sostanzialmente natura economica la loro esclusione dall'IVA non comporterebbe sostanziali distorsioni della concorrenza.

Altro aspetto degno di nota è che lo Stato membro può riconoscere come svolte dalla pubblica amministrazione le attività esenti indipendentemente dal fatto che siano svolte dall'ente di diritto pubblico in veste di pubblica autorità oppure nell'esercizio di impresa commerciale.

Le attività esenti che si considerano di natura pubblicistica sono quelle che il soggetto di diritto pubblico svolge in ogni caso in concorrenza con i soggetti privati perché una interpretazione restrittiva limitata alle attività

controllo e alla regolamentazione dell'uso dello spettro elettromagnetico, attività che costituiscono prerogative riservate allo Stato che sfuggono agli operatori economici.

¹⁷ Si veda, in tema di concorrenza, la nota sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1997 in causa n. C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, EU:C:1997:160, annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 494, nonché la sentenza del 16 giugno 1987 in causa n. 118/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, EU:C:1987:283.

esenti svolte nel regime proprio di pubblica autorità priverebbe la norma di significato giacché l'esercizio di attività economiche in veste di pubblica autorità esclude di per sé la qualità di soggetto passivo dell'ente¹⁸.

La controversia sulla qualità di soggetto passivo all'IVA in ragione della rilevanza pubblica dell'attività svolta può porsi anche con riguardo ai soggetti di diritto privato che esercitano sostanzialmente simili attività per conto o addirittura quale emanazione di enti di diritto pubblico.

Si tratta, in particolare, di quelle attività che vengono svolte da un soggetto terzo su delega o incarico dell'ente di diritto pubblico o mediante una società posseduta dallo stesso *pro quota* o interamente e che pongono appunto la questione se anche a questi soggetti si possa riconoscere la qualità di enti di diritto pubblico che agiscono in veste di pubblica autorità ed escluderli dai soggetti passivi all'IVA.

I presupposti dell'esclusione da imposizione di questi soggetti con prerogative di diritto pubblico sono piuttosto sfumati e devono intendersi in senso restrittivo sempre per il principio che l'esclusione della qualità di soggetto passivo costituisce una deroga al principio della generale imponibilità ad IVA delle attività economiche.

Quindi, anche per questi soggetti vige il principio che l'esercizio di alcune prerogative di natura pubblicistica non è di per sé qualificante in quanto è compatibile anche con lo svolgimento di una attività di impresa in regime privatistico.

Quello che piuttosto caratterizza la veste di pubblica autorità del soggetto terzo è il connotato della sua integrazione sostanziale nella amministrazione dalla quale promana, connotato che pare, anch'esso, piuttosto sfumato e che deve essere esplicitato in una serie di indici nel caso concreto.

Generalmente, gli indici rivelatori della integrazione di un soggetto nella amministrazione sono la soggezione al controllo e alla direzione dell'ente pubblico dal quale promana, la assenza di autonomia, la circostanza che svolga l'attività esclusivamente o quasi esclusivamente per quell'ente, la circostanza, come si è già detto decisiva, che sia dotato di poteri autorizzativi, sanzionatori o coercitivi¹⁹.

¹⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 6 febbraio 1997 in causa n. C-247/95, *Finanzamt Augsburg-Stadt c. Marktgemeinde Welden*, cit. *supra*, nota 12; 14 dicembre 2000 in causa n. C-446/98, *Fazenda Pública Câmara Municipal do Porto*, cit. *supra*, nota 12.

¹⁹ Ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2015 in causa n. C-174/14, *Saudacor*, cit. *supra*, nota 9, ha riconosciuto la qualità di ente di diritto pubblico e la veste di pubblica autorità alla società posseduta interamente dall'ente locale, in quanto appariva integrata nella sua organizzazione sulla base delle circostanze che svolgeva attività solo per l'ente locale, operava quasi esclusivamente per lo stesso ed era soggetta alle sue disposizioni. Diversamente, nella sentenza della Corte di giustizia del 22 febbraio 2018 in causa n. C-182/17, *Nagyszénás Településszolgáltatási Nonprofit Kft. («NTN») c. Amministrazione ungherese delle finanze e dogane*, EU:C:2018:91, la società posseduta dall'ente locale non è

Di contro, quando l'attività svolta da un soggetto privato o a partecipazione pubblica per conto o nell'interesse di un ente di diritto pubblico è suscettibile di un certo grado di autonomia o si rivolge in misura rilevante al mercato il soggetto è considerato di diritto privato ed assume la qualità di soggetto passivo all'IVA²⁰.

4. I presupposti dell'assunzione della qualità di soggetto passivo all'IVA da parte dell'ente di diritto pubblico

Come ho detto l'esclusione della qualità di soggetto passivo IVA degli enti di diritto pubblico si fonda sulla presunzione che esercitino attività di natura regolamentare o autoritativa e come tale priva della natura di attività economica.

Questa presunzione però è considerata «debole»²¹ per diverse ragioni.

La vocazione autoritativa e regolamentare non può escludere che un soggetto di diritto pubblico, ancorché nel perseguimento di un pubblico interesse, possa svolgere alcune attività nel regime delle attività di impresa e neppure che alcune attività svolte in veste di pubblica autorità si pongano di fatto in concorrenza con le imprese private²².

In simili ipotesi la mancata soggezione all'imposta dell'ente di diritto pubblico può produrre condizioni di vantaggio ed anticoncorrenziali a suo favore e una conseguente distorsione della concorrenza a detrimento delle imprese sul mercato, in violazione del principio comunitario di parità di trattamento²³.

Quindi, l'art. 13 della direttiva n. 2006/112/Ce²⁴ ripristina la qualità di soggetto passivo all'IVA degli enti di diritto pubblico disponendo che, no-

stata considerata integrata nell'amministrazione e quindi priva della veste di autorità pubblica in quanto era dotata di un certo grado di autonomia e svolgeva attività rilevante a favore di altri soggetti.

²⁰ La rilevanza del grado di autonomia del soggetto terzo che agisce con prerogative di diritto pubblico ancorché su delega dell'ente pubblico è posta in evidenza nella sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in causa n. C-202/90 *Ayuntamiento*, cit. *supra*, nota 7, che riguardava gli esattori delle imposte che svolgevano attività di riscossione per conto di comuni.

²¹ Cfr. *supra*, nota 4.

²² *Ivi*.

²³ Sentenze della Corte di giustizia del 17 ottobre 1991 in causa n. C-35/90, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, EU:C:1991:394; 13 luglio 2000 in causa n. C-36/99, *Idéal tourisme SA c. Stato belga*, EU:C:2000:235; 6 aprile 1995 in causa n. C-4/94, *BLP Group plc c. Commissioners of Customs & Excise*, EU:C:1995:107.

²⁴ La norma, al secondo alinea del primo comma, che corrisponde al comma 5 dell'art. 4 della sesta direttiva n. 77/388/Cee, dopo avere stabilito che gli enti di diritto pubblico non sono soggetti passivi dell'IVA, dispone che «Tuttavia, allorché tali enti esercitano attività od operazioni di questo genere, essi devono essere considerati soggetti passivi per dette attività od operazioni quando il loro non assoggettamento provocherebbe distorsioni della concorren-

nostante agiscono in veste di pubblica autorità, sono comunque soggetti passivi all'IVA in due circostanze: *a.* quando svolgono in misura non trascurabile attività corrispondenti a quelle dettagliatamente elencate nell'allegato I alla direttiva n. 2006/112/Ce²⁵ e *b.* quando, nel contesto dell'esercizio di attività diverse da quelle, la loro esclusione dall'imposizione potrebbe causare distorsioni della concorrenza di una certa importanza.

Le attività specificamente enumerate nell'allegato I alla direttiva n. 2006/112/Ce esigono l'assoggettamento ad imposta dell'ente di diritto pubblico perché sono considerate per loro natura attività oggettivamente in concorrenza sul mercato per cui l'esclusione da imposizione comporterebbe di per sé conseguenze anticoncorrenziali.

Le due condizioni-limite alla qualità di soggetto passivo degli enti di diritto pubblico, consistenti nella misura non trascurabile delle attività elencate dall'allegato I alla direttiva e nell'importanza delle distorsioni anticoncorrenziali, sono volte a consentire agli Stati membri di tollerare i fenomeni anticoncorrenziali di scarso rilievo e per questo gli Stati membri hanno una semplice facoltà e non un obbligo di introdurle, e non sono tenuti a stabilire limiti quantitativi o a recepire i due limiti come preclusioni assolute della qualità di soggetto passivo degli enti di diritto pubblico ma possono anche prescindere²⁶ con l'effetto, appunto, di ampliare l'ambito della qualificazione dei soggetti di diritto pubblico come soggetti passivi indipendentemente dalla misura trascurabile delle attività dell'allegato I alla direttiva o dall'importanza della distorsione della concorrenza.

Come accade, ad esempio, nell'ordinamento italiano nel quale l'art. 4 del decreto del Presidente della Repubblica n. 633 del 26 ottobre 1972 assoggetta in ogni caso all'IVA le attività indicate dall'allegato I alla direttiva a prescindere dalla misura trascurabile o non trascurabile del loro esercizio²⁷.

za di una certa importanza. In ogni caso, gli enti succitati sono considerati soggetti passivi per quanto riguarda le attività elencate nell'allegato I quando esse non sono trascurabili».

²⁵ L'allegato I alla direttiva n. 2006/112/Ce corrisponde all'allegato D della direttiva n. 77/388/Cee ed è stato trasfuso nel comma 2 dell'art. 4 del dpr n. 633/72 il quale prevede che si considerino comunque commerciali, ancorché svolte da enti pubblici le seguenti attività: «a) cessioni di beni nuovi prodotti per la vendita; b) erogazione di acqua e servizi di fognatura e depurazione, gas, energia elettrica e vapore; c) gestione di fiere ed esposizioni a carattere commerciale; d) gestione di spacci aziendali, gestione di mense e somministrazione di pasti; e) trasporto e deposito di merci; f) trasporto di persone; g) organizzazione di viaggi e soggiorni turistici; prestazioni alberghiere o di alloggio; h) servizi portuali e aeroportuali; i) pubblicità commerciale; l) telecomunicazioni e radiodiffusioni circolari».

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 15 maggio 1990 in causa n. C-4/89, *Comune di Carpaneto Piacentino ed altri e Ufficio provinciale imposta sul valore aggiunto di Piacenza*, EU:C:1990:204, e del 17 ottobre 1989 in cause riunite n. 231/87 e n. 129/88, *Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda ed altri c. Comune di Carpaneto Piacentino ed altri*, cit. supra, nota 7.

²⁷ Vedi supra, nota 24.

Se però lo Stato membro ha introdotto le due menzionate condizioni-limite per tollerare fenomeni anticoncorrenziali minori, esse devono soddisfare alcuni requisiti volti ad impedire che possano consentire distorsioni concorrenziali non lievi compromettendo i principi di applicazione generalizzata dell'IVA e di interpretazione restrittiva delle esclusioni da imposizione.

Sotto questo profilo, il limite alla qualificazione di soggetto passivo consistente nella importanza e nel grado di attitudine della esclusione dall'imposizione a produrre una distorsione della concorrenza, che si esprime nell'espressione «provocherebbe», è stato circoscritto dalla Corte di giustizia orientandosi sempre secondo il criterio di una interpretazione che ampli l'ambito soggettivo dell'imposizione e precluda l'estensione di esclusioni da tassazione²⁸.

Così, con riguardo al mercato di riferimento per il riscontro di una distorsione della concorrenza, la Corte di giustizia ha disatteso l'orientamento che avrebbe voluto assumere il mercato locale enunciando il principio secondo il quale si deve assumere come mercato di riferimento quello della attività svolta in quanto tale perché costituisce un parametro più uniforme mentre il criterio del mercato locale comporterebbe difformità di valutazione che sono in contrasto con i principi di certezza del diritto e di uniformità di trattamento²⁹.

L'ulteriore requisito, quello della importanza della distorsione della concorrenza, deve essere inteso nel senso che il grado di importanza non presuppone un requisito di gravità – grado di importanza che restringerebbe la latitudine della qualità di soggetto passivo all'IVA dell'ente – ma è sufficiente che sia più che trascurabile, grado di importanza minore che consegue l'effetto di ampliare l'ambito dei potenziali soggetti passivi dell'IVA.

Analogamente, l'espressione «provocherebbe», che identifica l'attitudine che una esclusione dall'imposta del soggetto di diritto pubblico avrebbe nella produzione di una distorsione della concorrenza, o del grado di probabilità che tale distorsione si verifichi, è stata intesa nel senso che le distorsioni della concorrenza possono essere anche solo potenziali e non necessariamente concrete o preclusive della concorrenza attuale, ma tale potenzialità deve consistere in una possibilità effettiva e non meramente

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008 in causa n. C-288/07, *Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs c. Isle of Wight Council*, cit. *supra*, nota 3.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008 in causa n. C-288/07, *Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs c. Isle of Wight Council*, loc. cit.

ipotetica che l'esclusione dalla imposta di enti di diritto pubblico eserciti una preclusione o dissuasione nei confronti di un operatore privato di entrare sul mercato rilevante³⁰.

Si deve poi tenere conto del fatto che la distorsione della concorrenza conseguente all'esclusione dall'IVA dell'ente di diritto pubblico si può manifestare non solo a detrimento delle imprese sul mercato ma anche a detrimento dello stesso ente di diritto pubblico, quando, ad esempio, esso svolge un'attività che si ponga in concorrenza sul mercato, ma a causa della conseguente esclusione dall'applicazione del tributo sia sfavorito dalla preclusione al recupero dell'IVA sugli acquisti mediante la detrazione.

In simili ipotesi è lo stesso soggetto di diritto pubblico che ha un interesse ed il diritto ad invocare l'applicazione dell'IVA in quanto le disposizioni dell'art. 13 della direttiva n. 2006/112/Ce che stabiliscono i presupposti della soggettività passiva possono essere fatte valere anche dai singoli privati e dallo stesso ente di diritto pubblico, in quanto la norma è stata considerata avente efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri³¹.

5. Conclusioni

Le attività che hanno una rilevanza pubblica possono essere escluse dal vasto territorio di applicazione dell'IVA quando per le caratteristiche del loro contenuto o delle loro modalità di esecuzione non corrispondono ai requisiti della nozione di attività economica che si evincono dal combinato disposto degli artt. 2 e 9 della direttiva n. 2006/112/Ce.

Al contempo, però, alcuni connotati di quelle attività possono corrispondere ai requisiti per la esclusione della qualità di soggetto passivo al tributo degli enti di diritto pubblico ed in particolare la circostanza che il loro svolgimento avvenga nell'esercizio di un potere di imperio.

Nella vicenda in oggetto non è noto quali fossero i poteri dell'ente fornitore pubblico nazionale dei servizi di telediffusione, ma la eventuale

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Poirares Maduro presentate il 12 giugno 2008 nella causa n. C-288/07, *Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs e Isle of Wight Council Isle of White*, cit. supra, nota 4, e corrispondente sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008, cit. supra, nota 3.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2006 in causa n. C-430/04, *Finanzamt Eisleben c. Feuerbestattungsverein Halle*, EU:C:2006:374, con riferimenti di giurisprudenza. Sul tema della efficacia ed applicabilità diretta delle direttive comunitarie nei singoli ordinamenti cfr. F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, Editoriale Scientifica 2021.

ricorrenza di alcune prerogative riconducibili all'esercizio di un potere autoritativo avrebbe potuto escludere l'attività dall'ambito di applicazione dell'IVA anche per il difetto della soggettività passiva dell'ente.

Luca Granelli*

SINTESI

Le attività che hanno rilevanza pubblica possono essere escluse dal campo di applicazione dell'IVA perché sono prive dei requisiti delle operazioni imponibili e dell'attività economica stabiliti dal combinato disposto degli artt. 2 e 9 della direttiva n. 2006/112/Ce, come nel caso di mancanza di un corrispettivo dell'operazione, ma anche perché possiedono i requisiti che escludono gli enti di diritto pubblico dai soggetti passivi all'imposta secondo il combinato disposto degli artt. 9 e 13 della direttiva ed in particolare quando l'attività è svolta in veste di pubblica autorità.

La nozione di attività economica e la qualità di soggetto passivo IVA sono correlate in quanto sono considerati soggetti passivi all'IVA i soggetti che svolgono un'attività economica.

Gli enti di diritto pubblico che svolgono una attività in veste di pubblica autorità sono esclusi dai soggetti passivi IVA in quanto si presume che perseguano uno scopo diverso da quello economico e svolgano un'attività di natura regolamentare che quindi non costituisce una attività economica.

ABSTRACT

Activities that have public relevance may be excluded from the field of application of VAT when they lack the requirements of taxable transactions and economic activity established by the combined provisions of articles 2 and 9 of Directive 2006/112/EC, as in the case of lack of a consideration for the transaction, or also because on the basis of the requirements of the exclusion of body governed by public law from taxable persons based on the combined provisions of articles 9 and 13 of the Directive, in particular when the activity is carried out in the capacity of public authority.

The notion of economic activity and the status of VAT taxable persons as bodies carrying out an economic activity are considered taxable subjects.

Bodies governed by public law that engage in an activity as public authorities are not regarded as taxable persons as it is presumed that they pursue a purpose other than an economic one and carry out an activity of a regulatory nature which therefore does not constitute an economic activity.

* Avvocato / Foro di Milano

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA LIBERTÀ DI STAMPA E STATUISCE QUANDO SI È IN PRESENZA DI UN'INFORMAZIONE PRIVILEGIATA AI SENSI DEL REGOLAMENTO N. 596/2014

Corte di giustizia

Sentenza del 15 marzo 2022 in causa n. causa n. C-302/20

Sig. A c. Autorité des marchés financiers (AMF)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Mercato unico dei servizi finanziari - Abuso di mercato - Direttive n. 2003/6/Ce e n. 2003/124/Ce - «Informazione privilegiata» - Carattere preciso dell'informazione - Imminente pubblicazione di un articolo che riporta voci di mercato concernenti un emittente di strumenti finanziari - Carattere illecito della comunicazione di un'informazione privilegiata - Eccezioni - Art. 10 del Regolamento (Ue) n. 596/2014 - Esercizio della professione giornalistica - Art. 21 del Regolamento n. 596/2014 - Libertà di stampa e libertà di espressione - Comunicazione da parte di un giornalista ad una fonte abituale di un'informazione relativa all'imminente pubblicazione di un articolo di stampa - Liceità dell'informazione - Svolgimento di un'attività giornalistica - Rispetto del principio di proporzionalità.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

L'art. 1, punto 1, della direttiva n. 2003/6/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), deve essere interpretato nel senso che, ai fini della qualificazione come informazione privilegiata, può costituire un'informazione avente «carattere preciso», ai sensi di tale disposizione e dell'art. 1, par. 1, della direttiva n. 2003/124/Ce della Commissione del 22 dicembre 2003, recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2003/6/Ce per quanto riguarda la definizione e la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate e la definizione di manipolazione del mercato, un'informazione riguardante l'imminente pubblicazione di un articolo di stampa che riporta voci di mercato concernenti un emittente di strumenti finanziari e che, ai fini della valutazione di detto carattere preciso, e sempreché siano stati comunicati prima della pubblicazione in questione, sono rilevanti il fatto che l'articolo di stampa in parola indicherà il prezzo al quale i titoli di tale emittente verrebbero acquistati nel contesto di un'eventuale offerta pubblica di acquisto nonché l'identità del giornalista che ha firmato tale articolo e dell'organo di stampa che ne ha garantito la pubblicazione. Quanto all'influenza effettiva della pubblicazione considerata sul prezzo dei titoli ai quali essa si riferisce, anche se può costituire una prova ex post del carattere preciso di detta informazione, essa non può essere sufficiente, di per sé, in assenza di un esame di altri elementi noti o comunicati prima di detta pubblicazione, a dimostrare un siffatto carattere preciso¹.

L'art. 21 del Regolamento (Ue) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva n. 2003/6/Ce e le direttive n. 2003/124/Ce, n. 2003/125/Ce e n. 2004/72/Ce della Commissione, deve essere interpretato nel senso che la comunicazione da parte di un giornalista, ad una delle sue fonti d'informazione abituali, di un'informazione riguardante l'imminente pubblicazione di un articolo di stampa a sua firma che riporta una voce di mercato avviene «ai fini dell'attività giornalistica», ai sensi di detto articolo, qualora detta comunicazione sia necessaria per permettere lo svolgimento di un'attività giornalistica, la quale include i lavori d'inchiesta preparatori alla pubblicazione².

Gli artt. 10 e 21 del Regolamento n. 596/2014 devono essere interpretati nel senso che la comunicazione di un'informazione privilegiata da parte di un giornalista è lecita qualora essa debba considerarsi necessaria all'esercizio della sua professione e conforme al principio di proporzionalità³.

¹⁻³ In quali condizioni una voce di mercato, ovvero un'informazione evidentemente incerta legata all'andamento del mercato finanziario, può attivare i meccanismi della normativa in materia di *insider trading*?

La normativa europea sugli abusi di mercato mira, innanzitutto, a garantire l'integrità di un mercato dei capitali accessibile a parità di condizioni. In tal modo, verrebbe assicurata la fiducia degli investitori, fondamentale per il funzionamento economico del mercato. A ciò si aggiunge, altresì, che l'*insider trading*, elemento fondamentale della normativa sugli abusi del mercato, mira a conseguire tale obiettivo grazie alla parità di trattamento degli operatori economici sul piano delle informazioni. Nessun investitore dovrebbe trarre profitto da informazioni rilevanti, ma non accessibili al pubblico, a scapito degli investitori che non hanno (oppure non possono) accedere all'informazione (cfr. sentenze del 10 maggio 2007 in causa n. C-391/04, *Georgakis*, EU:C:2007:272 e del 23 dicembre 2009 in causa n. C-45/08, *Spector Photo Group e Van Raemdonck*, EU:C:2009:806 concernente l'obiettivo del Regolamento n. 596/2014).

Ne consegue una regolamentazione *ad hoc* dell'*insider trading* con i suoi necessari divieti: divieto di comunicazione illecita di informazioni privilegiate (art. 17 del Regolamento (Ue) n. 596/2014 sugli abusi di mercato, in *Gu-Ue* n. L 173 del 2014, p. 1, l'art. 14, lett. a. e b., del Regolamento n. 596/2014 nonché art. 14, lett. c., dello stesso Regolamento).

Il divieto di comunicazione illecita di informazioni privilegiate e i suoi limiti è alla base della questione pregiudiziale proposta dalla Corte d'appello di Parigi e scaturita nell'ambito di un procedimento che ha visto contrapposti, da un lato, il signor A e, dall'altro lato, l'Autorité des marchés financiers (AMF) (Autorità francese di vigilanza dei mercati finanziari) per la decisione di quest'ultima di infliggere al signor A una sanzione pecuniaria per la comunicazione di informazioni riguardanti l'imminente pubblicazione di articoli di stampa, riferenti voci di mercato relative al lancio di offerte pubbliche di acquisto su società quotate in borsa.

Il giornalista che pubblicava sul *Daily Mail* due articoli concernenti il deposito di offerte pubbliche di acquisto sui titoli Hermès (da parte di LVMH) e di Maurel & Prom, facendo così aumentare le quotazioni dei titoli (alcuni ordini di acquisto sui suddetti titoli sono stati trasmessi da alcuni residenti britannici che li hanno poi venduti dopo la pubblicazione), si opponeva alla sanzione inflittagli sostenendo una palese violazione della libertà di stampa nei suoi confronti.

A parere dell'AMF, le informazioni pubblicate soddisfacevano le condizioni per essere qualificate come «informazioni privilegiate». Secondo il giudice del rinvio, si trattava proprio di chiarire se l'informazione in contestazione (relativa all'imminente pubblicazione di un articolo di stampa che riporta voci di mercato concernenti un emittente di strumenti finanziari) possa essere considerata un'«informazione privilegiata», ai sensi dell'art. 1, punto 1, della direttiva n. 2003/6/Ce ai sensi del quale «(...) un'informazione abbia carattere preciso se si riferisce ad un complesso di circostanze esistente o di cui si possa ragionevolmente ritenere che verrà ad esistere o ad un evento verificatosi o di cui si possa ragionevolmente ritenere che si verificherà e se tale informazione è sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni sul possibile effetto di detto complesso di circostanze o di detto evento sui prezzi di strumenti finanziari o di strumenti finanziari derivati connessi» e, in particolare, se l'informazione abbia «carattere preciso».

In *primis*, la Corte di giustizia ha precisato che un'informazione può essere definita «privilegiata» se: 1. è un'informazione precisa; 2. non è stata resa pubblica; 3. concerne, direttamente o indirettamente, uno o più strumenti finanziari o i loro emittenti; 4. è resa pubblica e influisce in modo sensibile sui prezzi degli strumenti finanziari di cui trattasi, ovvero sui prezzi di strumenti finanziari derivati connessi (cfr. sul punto, sentenza dell'11 marzo 2015 in causa n. C-628/13, *Lafonta*, EU:C:2015:162).

A parere della Corte di giustizia, l'informazione in contestazione può essere «precisa» quando concerne il prezzo al quale verranno acquistati i titoli, consenta di ricavare il nome del giornalista che ha firmato l'articolo nonché l'organo della stampa che ne ha garantito la pubblicazione. La Corte ha precisato, altresì, che l'influenza effettiva della pubblicazione considerata sul prezzo dei titoli ai quali essa si riferisce non può essere sufficiente, di per sé, in assenza di un esame di altri elementi noti o comunicati prima di tale pubblicazione, a dimostrare un siffatto carattere preciso.

Si tratta poi di stabilire se sussista una giustificazione per la libertà di stampa e di espressione dell'attività del giornalista che deve verificare, nell'ambito della propria attività, e sempre nel rispetto della normativa applicabile, la veridicità delle informazioni che va a pubblicare. Infatti, nella fase anteriore alla diffusione accurata delle informazioni e alla

pubblicazione delle stesse sui giornali, la normativa applicabile, unitamente alla libertà di stampa e di espressione, possono anche entrare in contrasto tra loro.

Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che la comunicazione di un'informazione privilegiata è lecita soltanto se essa è strettamente necessaria a tale esercizio ed avviene nel rispetto del principio di proporzionalità (cfr. sentenza del 22 novembre 2005 in causa n. C-384/02, *Grøngaard e Bang*, EU:C:2005:708; sulla libertà di stampa e di espressione, cfr. sentenza del 14 febbraio 2019 in causa n. C-345/17, *Buivids*, EU:C:2019:122; sulla tutela anche degli atti preparatori di una pubblicazione, quali la raccolta di informazioni, nonché le attività di ricerca e di indagine di un giornalista, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che sono inerenti alla libertà di stampa, sancita all'art. 10 della CEDU, e sono, a tale titolo, tutelati: cfr., in tal senso, Corte EDU, 25 aprile 2006, *Dammann c. Svizzera*, CE:ECHR:2006:0425JUD007755101, par. 52, e Corte EDU, 27 giugno 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia*, CE:ECHR:2017:0627JUD000093113, par. 128; ed infine, sulla salvaguardia dell'efficacia pratica dell'art. 21 del Regolamento alla luce della sua finalità, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 29 luglio 2019 in causa n. C-516/17, *Spiegel Online*, EU:C:2019:625).

LA CORTE INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 2011/83/UE CON RIFERIMENTO AL PROCESSO DI INOLTRO DI UN ORDINE NEI CONTRATTI A DISTANZA E AL RECESSO DEL CONSUMATORE

I

Corte di giustizia

Sentenza del 31 marzo 2022 in causa n. C-96/21

DM c. CTS Eventim AG & Co. KGaA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Direttiva n. 2011/83/UE - Esercizio del diritto di recesso per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali - Eccezioni al diritto di recesso - Art. 16, lett. l. della direttiva - Prestazione di servizi riguardanti le attività del tempo libero quali eventi culturali o sportivi - Contratto che prevede una data specifica di esecuzione - Fornitura di servizi di biglietteria - Intermediario che agisce in nome proprio e per conto dell'organizzatore - Rischio economico connesso all'esercizio del diritto di recesso.

II

Corte di giustizia**Sentenza del 7 aprile 2022 in causa n. C-249/21**

Fuhrmann-2-GmbH c. B.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Direttiva n. 2011/83/UE - Art. 8, par. 2 - Contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici - Obblighi di informazione del professionista - Attivazione di un pulsante - Inoltro di un ordine con obbligo di pagare - Processo di inoltro di un ordine relativo alla conclusione di un contratto a distanza con mezzi elettronici - «Conferma la prenotazione» e «Ordine con obbligo di pagare» - Riferimento alla sola dicitura riportata sul pulsante.

L'art. 16, lett. 1., della direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che l'eccezione al diritto di recesso prevista da tale disposizione è opponibile nei confronti di un consumatore che abbia concluso, con un intermediario che agisce in nome proprio ma per conto dell'organizzatore di un'attività del tempo libero, un contratto a distanza relativo all'acquisto di un diritto di accesso a tale attività, nei limiti in cui, da un lato, l'estinzione mediante recesso, ai sensi dell'art. 12, lett. a., di detta direttiva, dell'obbligazione di eseguire tale contratto nei confronti del consumatore farebbe ricadere il rischio connesso all'accantonamento delle disponibilità così svincolate sull'organizzatore dell'attività di cui trattasi e, dall'altro lato, sia previsto che l'attività del tempo libero alla quale tale diritto dà accesso debba svolgersi a una data o in un periodo specifici¹.

L'art. 8, par. 2, 2° comma, della direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che, per determinare, nell'ambito di un processo di inoltro di un ordine relativo alla conclusione di un contratto a distanza con mezzi elettronici, se una formulazione presente sul pulsante di inoltro dell'ordine o su una

funzione analoga, quale la formulazione «conferma la prenotazione», «corrisponda» alla dicitura «ordine con obbligo di pagare», ai sensi di tale disposizione, occorre basarsi sulla sola dicitura riportata su tale pulsante o su tale funzione analoga².

¹⁻² La questione pregiudiziale nella prima causa, sopra massimata, è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, DM e, dall'altro lato, la CTS Eventim AG Co. KGaA (di seguito denominata: CTS), un fornitore di servizi di biglietteria, in merito all'esistenza di un diritto di recesso ad un contratto di acquisto di biglietti d'ingresso per un concerto. A causa della pandemia di Covid 19, infatti, alcuni eventi internazionali sono stati annullati e i consumatori si sono visti recapitare dal sito di vendita (ove hanno acquistato l'evento) un buono emesso dall'organizzatore del concerto/evento corrispondente al prezzo di acquisto.

Il consumatore, non ritenendosi soddisfatto del buono di acquisto, vedendosi rifiutare il rimborso, adiva il Tribunale circoscrizionale di Brema (Germania) che decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale per chiarire se, ai sensi della normativa comunitaria applicabile, per escludere il diritto di recesso del consumatore sia sufficiente che il professionista non fornisca direttamente al consumatore un servizio riguardante le attività del tempo libero, bensì venda al consumatore un diritto di accesso al servizio.

La Corte di giustizia sottolinea come il giudice del rinvio ritenga che la società CTS non fornisca direttamente al consumatore il servizio, dato che soltanto l'organizzatore del concerto è il prestatore immediato di tale servizio.

Gli articoli da 9 a 15 della direttiva n. 2011/83/UE, in *Gu-Ue* n. L 304 del 2011, p. 64, conferiscono al consumatore un diritto di recesso e l'art. 16 stabilisce alcune eccezioni, in particolare nell'ipotesi, prevista alla lett. *l.* di detto articolo, di una prestazione di servizi riguardanti le attività ludiche/artistiche qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici.

La cessione di un diritto di accesso per un'attività del tempo libero – caratterizzante il rapporto contrattuale tra DM e la CTS – costituisce, di per sé, un servizio riguardante tale attività, ai sensi dell'art. 16, lett. *l.*, della direttiva n. 2011/83/UE e dalla giurisprudenza della Corte risulta, altresì, che tale disposizione mira a tutelare gli interessi dei fornitori, affinché non sopportino i troppi problemi legati all'annullamento, senza spese né motivazione, di un servizio con la previa prenotazione, in conseguenza di un recesso del consumatore poco prima della data prevista per la prestazione di tale servizio (cfr. sentenza del 10 marzo 2005 in causa n. C-336/03, *EasyCar*, EU:C:2005:150, annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 705).

A parere della Corte di giustizia, l'organizzatore del concerto è tenuto a sgravare il sito *online* da qualsiasi responsabilità in caso di domanda di rimborso del prezzo di un biglietto presentata da un consumatore. Ne consegue che nell'ipotesi di risoluzione del contratto di cui al procedimento principale a seguito di un recesso da parte di DM, spetterebbe all'organizzatore del concerto rimborsare al consumatore il prezzo d'acquisto dei biglietti acquistati presso la CTS.

Tra i requisiti formali per i contratti a distanza l'art. 8, par. 2, della direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori prevede che: «Il professionista garantisce che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare. Se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente inequivocabile indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare il professionista. Se il professionista non osserva il presente comma, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine».

Ed è proprio sull'interpretazione della suddetta disposizione che nella causa n. C-249/21 è sorta dinanzi al Tribunale circoscrizionale tedesco di Bottrop la questione pregiudiziale nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato la Fuhrmann-2-GmbH e, dall'altro lato, il signor B., in merito all'esistenza di un contratto di albergo.

La società tedesca Fuhrmann-2 è proprietaria dell'hotel Goldener Anker a Krummhörn-Greetsiel le cui camere possono essere date in locazione anche con l'intermediazione del

sito internet www.booking.com, una piattaforma *online* di prenotazione di alloggi.

Il Signor B effettuava una prenotazione cliccando sull'immagine corrispondente a tale hotel. Venivano così visualizzate le informazioni relative all'hotel (servizi, prezzi, camere) e cliccava dapprima sul pulsante «prenoto», e, in un secondo momento, previo inserimento dei propri dati personali, completava la propria prenotazione cliccando un ulteriore pulsante con la dicitura "conferma la prenotazione".

Successivamente, il signor B, non presentandosi all'hotel riceveva una comunicazione relativa all'addebito delle spese di cancellazione. La Fuhrmann-2 adiva, così, il giudice del rinvio, per il recupero della somma sostenendo che il signor B., attraverso l'intermediazione del sito internet www.booking.com, aveva concluso con essa un contratto di albergo in quanto l'espressione «conferma la prenotazione» corrispondeva all'espressione «ordine con obbligo di pagare».

Il giudice del rinvio ha spiegato che l'esito dell'azione giudiziaria a favore della Fuhrmann-2 dipende dalla questione se, in relazione alla dicitura «completa la prenotazione» riportata sul pulsante di prenotazione del sito internet www.booking.com, possa ritenersi adempiuto l'obbligo contenuto nella normativa nazionale che recepisce nel diritto tedesco l'art. 8, par. 2, 2° comma, della direttiva n. 2011/83/Ue. In caso affermativo, ciò implicherebbe, in forza dell'art. 312j, par. 4, del BGB, che un contratto di albergo sia stato validamente stipulato tra le parti e che in capo alla Fuhrmann-2 sussiste il diritto a richiedere le spese di cancellazione.

Il Tribunale circoscrizionale di Bottrop ha, così, deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia se l'art. 8, par. 2, 2° comma della direttiva n. 2011/83/Ue possa essere interpretato nel senso che l'inoltro dell'ordine (tramite un pulsante con la dicitura «conferma la prenotazione») implichi per il consumatore l'obbligo di pagare il professionista e rilevi esclusivamente il modo in cui si presenta lo stesso pulsante oppure debba essere preso in considerazione l'intero processo di inoltro dell'ordine.

La Corte di giustizia ha concluso nel senso che per potere essere validamente vincolato da un contratto con mezzi elettronici, il consumatore deve comprendere inequivocabilmente dalla sola dicitura riportata sul pulsante di inoltro dell'ordine che egli sarà tenuto a pagare non appena avrà cliccato su tale pulsante (cfr. sentenza del 10 luglio 2019 in causa n. C-649/17, *Amazon EU*, EU:C:2019:576 e del 3 febbraio 2021 in cause riunite n. C-155/19 e n. C-156/19, *FIGC e Consorzio Ge.Se.Av.*, EU:C:2021:88 e giurisprudenza *ivi* citata).

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA NUOVAMENTE IL REGOLAMENTO N. 261/2004 E INDIVIDUA I CRITERI IN BASE AI QUALI IL PASSEGGERO HA DIRITTO ALLA COMPENSAZIONE PECUNIARIA IN CASO DI VOLO RITARDATO O CANCELLATO

I

Corte di giustizia

Sentenza del 7 aprile 2022 in causa n. C-561/20

Q, R, S c. United Airlines Inc.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Volo composto da due segmenti - Applicabilità del Regolamento nell'ambito di voli in coincidenza con partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro, con una coincidenza in un aeroporto situato nel territorio di uno Stato terzo e con destinazione finale in un altro aeroporto di tale Stato terzo - Ritardo prolungato alla destinazione finale riconducibile al secondo segmento di tale volo che collega due aeroporti di un Paese terzo - Principio di sovranità piena ed esclusiva di uno Stato sul proprio spazio aereo - Validità del Regolamento alla luce del diritto internazionale.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 21 dicembre 2021 in causa n. C-263/20

Airhelp Limited c. Laudamotion GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporti aerei - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Equiparazione - Art. 2, lett. *l.*, e art. 5, par. 1, lett. *c.* - Prenotazione di un volo *on line* - Anticipazione, ad opera del vettore aereo operativo, dell'orario di partenza del volo - Ricezione dell'informazione sull'anticipazione ad un indirizzo di posta elettronica che non appartiene ai passeggeri coinvolti - Interpretazione estensiva del Regolamento - Art. 11 della direttiva n. 2000/31/Ce - Commercio elettronico - Portata dell'obbligo di informazione del vettore aereo operativo.

III

Corte di giustizia

Sentenza del 6 ottobre 2022 in causa n. C-436/21

flightright GmbH c. American Airlines Inc.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporti aerei - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Art. 3, par. 1, lett. *a.* - Ambito di applicazio-

ne - Art. 2, lett. da f. a h. - Nozione di «biglietto», «prenotazione» e «volo in coincidenza» - Agenzia di viaggi - Art. 7 del Regolamento - Compensazione pecuniaria - Ritardo prolungato di un volo - Unica prenotazione - Tre voli effettuati da vettori aerei diversi - Elevato livello di protezione per i passeggeri - Sussistenza del diritto alla compensazione pecuniaria.

L'art. 3, par. 1, lett. a., in combinato disposto con gli artt. 6 e 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, deve essere interpretato nel senso che un passeggero di un volo in coincidenza, composto da due segmenti di volo e che ha costituito oggetto di un'unica prenotazione presso un vettore comunitario, in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro e a destinazione di un aeroporto situato in un Paese terzo passando per un altro aeroporto di tale Paese terzo, ha diritto a una compensazione pecuniaria da parte del vettore aereo di un Paese terzo che ha effettuato l'intero volo agendo in nome di tale vettore aereo comunitario, qualora detto passeggero abbia raggiunto la sua destinazione finale con un ritardo di oltre tre ore riconducibile al secondo segmento di detto volo¹.

Dall'esame della seconda questione pregiudiziale non è emerso alcun elemento idoneo a inficiare la validità del Regolamento n. 261/2004 alla luce del principio del diritto internazionale consuetudinario secondo cui ciascuno Stato gode di una sovranità piena ed esclusiva sul proprio spazio aereo².

L'art. 2, lett. 1., e l'art. 5, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, devono essere interpretati nel senso che un volo si considera «cancellato» qualora il vettore aereo operativo anticipi il volo stesso di più di un'ora³.

Il rispetto dell'obbligo di informare in tempo utile il passeggero della cancellazione del suo volo deve essere valutato esclusivamente alla luce dell'art. 5, par. 1, lett. c., del Regolamento n. 261/2004, in combinato disposto con l'art. 5, par. 4, di detto Regolamento⁴.

L'art. 5, par. 1, lett. c., i., del Regolamento n. 261/2004 deve essere interpretato nel senso che il passeggero aereo che abbia prenotato un volo tramite un intermediario è considerato come non informato della cancel-

lazione di tale volo qualora, sebbene il vettore aereo operativo abbia trasmesso l'informazione relativa a detta cancellazione all'intermediario medesimo, tramite il quale è stato stipulato il contratto di trasporto aereo con detto passeggero, almeno due settimane prima dell'orario di partenza previsto, il summenzionato intermediario non abbia informato il passeggero di tale cancellazione entro il termine impartito da detta disposizione e il passeggero stesso non abbia espressamente autorizzato l'intermediario medesimo a ricevere l'informazione trasmessa dal suddetto vettore aereo operativo⁵.

L'art. 2, lett. h., del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, deve essere interpretato nel senso che: la nozione di «volo in coincidenza» comprende un'operazione di trasporto costituita da più voli, effettuati da vettori aerei operativi diversi che non siano vincolati da uno specifico rapporto giuridico, qualora tali voli siano stati combinati da un'agenzia di viaggi che abbia fatturato un prezzo totale ed emesso un unico biglietto per detta operazione, cosicché un passeggero in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro e vittima di un ritardo prolungato all'arrivo a destinazione dell'ultimo volo può avvalersi del diritto a compensazione pecuniaria ai sensi dell'art. 7 di detto Regolamento⁶.

¹⁻⁶ Con le sentenze, sopra massimate, la Corte si è trovata ancora ad interpretare il Regolamento (Ce) n. 261/2004, in *Gu-Ue* n. L 46 del 2004, p. 1, e rettifiche in *Gu-Ue* n. L 365 del 2006, p. 89 e in *Gu-Ue* n. L 329 del 2007, p. 64), per chiarire le modalità in base alle quali i passeggeri maturano il diritto ad una compensazione pecuniaria in caso di ritardo nel raggiungimento della destinazione di arrivo o di anticipo del volo.

Nella sentenza pronunciata in causa n. C-561/20 le ricorrenti nel procedimento principale arrivavano a destinazione con quasi quattro ore di ritardo. Avevano effettuato, tramite un'agenzia di viaggi, una prenotazione unica con la Lufthansa per un volo con partenza da Bruxelles (Belgio) e destinazione San José (Stati Uniti), con uno scalo a Newark (Stati Uniti). L'intero volo è stato effettuato dalla United Airlines. La società Happy Flights BVBA, alla quale era stato ceduto il credito dei ricorrenti nel procedimento principale, ha intimato alla United Airlines di pagare una compensazione pecuniaria invocando l'applicabilità del Regolamento comunitario. Il Tribunale belga delle imprese di Bruxelles al quale si sono rivolte le ricorrenti ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte.

La Corte ha, *in primis*, chiarito che un volo con una o più coincidenze che abbia costituito oggetto di un'unica prenotazione rappresenta un tutt'uno ai fini del diritto a compensazione pecuniaria dei passeggeri previsto dal Regolamento (Ce) n. 261/2004: infatti, l'applicabilità di tale Regolamento va valutata in considerazione sia del luogo di partenza iniziale sia della destinazione finale di tale volo (sul ritardo del volo alternativo, cfr. sentenza del 24 febbraio 2022 in causa n. C-451/20, *Airhelp*, EU:C:2022:123).

Il vettore di un Paese terzo (United Airlines) può essere tenuto a versare tale compensazione in qualità di «vettore aereo operativo», ai sensi dell'art. 2, lett. b., di detto Regolamento essendo un «vettore aereo che opera o intende operare un volo nell'ambito di un contratto con un passeggero o per conto di un'altra persona, fisica o giuridica, che abbia concluso un

contratto con tale passeggero». (cfr., sulla qualificazione di vettore aereo operativo, sentenza dell'11 luglio 2019 in causa n. C-502/18, *České aerolinie*, EU:C:2019:604, annotata in questa *Rivista*, 2019, p. 101, e sentenza del 4 luglio 2018 in causa n. C-532/17, *Wirth e a.*, EU:C:2018:527).

La Corte di giustizia, richiamando quanto sottolineato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni al punto 49, ha ribadito l'irrelevanza dell'assenza di un vincolo contrattuale tra i passeggeri interessati e il vettore aereo operativo a condizione che quest'ultimo abbia dimostrato il proprio rapporto contrattuale con il vettore aereo che ha stipulato un contratto con tali passeggeri. Nel caso di specie, da un lato, la United Airlines ha effettuato il volo in coincidenza del quale si tratta nel procedimento principale e, dall'altro, tale volo è stato effettuato nell'ambito di un accordo di *code-sharing* con la Lufthansa.

Infine, la Corte di giustizia ha chiarito che il criterio di applicabilità del Regolamento (Ce) n. 261/2004 previsto all'art. 3, par. 1, lett. a., non pregiudica i presupposti di applicazione del principio di sovranità piena ed esclusiva di uno Stato sul proprio spazio aereo, dal momento che esso riguarda i passeggeri in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro che possono, quindi, rientrare, in considerazione di un siffatto collegamento, nella competenza dell'Unione (sul rispetto dei criteri stabiliti dall'Ue per la tutela dei passeggeri aerei cfr. sentenza del 21 dicembre 2011 in causa n. C-366/10, *Air Transport Association of America e a.*, EU:C:2011:864 e giurisprudenza *ivi* citata).

Nella sentenza pronunciata in causa n. C-436/21 una passeggera acquistava da un'agenzia di viaggi un volo da Stoccarda (Germania) a Kansas City (USA) comprensivo di tre voli (un volo della Swiss International Airlines e gli altri due dalla American Airlines) e l'unico biglietto che possedeva indicava l'American Airlines quale unico prestatore di servizi.

L'ultimo volo arrivava a destinazione con più di quattro ore di ritardo.

La flightright GmbH, alla quale sono stati ceduti i diritti derivanti da tale ritardo, dinanzi ai giudici tedeschi ha chiesto all'American Airlines il pagamento di una compensazione pecuniaria invocando l'art. 7, par. 1, lett. c., del Regolamento n. 261/2004. Il rigetto del ricorso in primo grado è stato confermato in grado di appello dal Landgericht Stuttgart (Tribunale del Land, Stoccarda, Germania), per il fatto che l'American Airlines non era il vettore aereo operativo che aveva effettuato un volo in partenza dal territorio di uno Stato membro.

Il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia tedesca), adito in ultimo grado dalla flightright ha ritenuto di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia affinché interpretasse gli artt. 2, 3 e 7 del Regolamento n. 261/2004 nonché, eventualmente, l'Accordo CE-Svizzera.

La Corte di giustizia ha statuito che l'art. 2, lett. h., del Regolamento n. 261/2004 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «volo in coincidenza» è comprensiva di un'operazione di trasporto costituita da più voli, effettuati da vettori aerei diversi tra i quali non sussiste un rapporto giuridico, qualora tali voli siano stati composti da un'agenzia di viaggi che abbia fatturato un prezzo totale ed emesso un unico biglietto per tale operazione.

Ne consegue che la ricorrente, in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro e vittima di un ritardo prolungato all'arrivo a destinazione dell'ultimo volo può avvalersi del diritto a compensazione pecuniaria ai sensi dell'art. 7 del Regolamento (sulle nozioni di «destinazione finale» e di «volo in coincidenza» cfr. sentenze del 26 febbraio 2013 in causa n. C-11/11, *Folkerts*, EU:C:2013:106, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 152; del 31 maggio 2018 in causa n. C-537/17, *Wegener*, EU:C:2018:361, annotata in questa *Rivista*, 2018, p. 103, e dell'11 luglio 2019 in causa n. C-502/18, *České aerolinie*, EU:C:2019:604. Sulla nozione di prenotazione, cfr. ordinanza dell'11 ottobre 2021 in causa n. C-686/20, *Vueling Airlines*, non pubblicata, EU:C:2021:859 e sentenze del 19 novembre 2009 in cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e a.*, EU:C:2009:716, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 785, nonché del 4 ottobre 2012 in causa n. C-22/11, *Finnair*, EU:C:2012:604).

Nella sentenza pronunciata in causa n. C-263/20, la questione pregiudiziale proposta dal Landesgericht Korneuburg (Tribunale del Land di Korneuburg, Austria) ha riguardato l'interpretazione dell'art. 5, par. 1, lett. c., e dell'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 nonché l'art. 11 della direttiva n. 2000/31/Ce (in *Guce* n. L 178 del 2000, pp. 1-16) sul commercio elettronico nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la

Airhelp Limited e, dall'altro lato, la Laudamotion GmbH per il rifiuto da parte di quest'ultima di versare una compensazione pecuniaria a passeggeri aerei, per aver anticipato il loro volo di oltre sei ore.

In sostanza, la questione giuridica ha riguardato il fatto se l'anticipazione dell'orario di partenza di un volo possa dare diritto ad una compensazione pecuniaria.

Il Tribunale circoscrizionale di Schwechat ha respinto il ricorso della Airhelp alla quale i ricorrenti avevano ceduto i loro diritti alla compensazione pecuniaria, e quest'ultima ha interposto appello dinanzi al Landesgericht Korneuburg (Tribunale del Land, Korneuburg, Austria), che ha sospeso il procedimento principale e si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se l'anticipazione di un volo possa essere considerata una «cancellazione del volo», ai sensi del Regolamento n. 261/2004, e quale sia la portata dell'obbligo di informazione del vettore aereo operativo.

Il giudice del rinvio ha condiviso la posizione del Bundesgerichtshof secondo la quale l'anticipazione significativa di un volo implica che venga meno la programmazione dell'orario di volo originario e costituisce, dunque, una «cancellazione del volo», ai sensi dell'art. 2, lett. *l.*, del Regolamento.

La Corte di giustizia, nel rispondere alle questioni pregiudiziali proposte ha chiarito che la nozione di «cancellazione del volo» è definita all'art. 2, lett. *l.*, del Regolamento come «la mancata effettuazione di un volo originariamente previsto e sul quale sia stato prenotato almeno un posto» (cfr. sentenza del 4 luglio 2018 in causa n. C-532/17, *Wirth e a.*, EU:C:2018:527; sull'itinerario quale elemento fondamentale del volo cfr. sentenze del 19 novembre 2009 in cause riunite n. C-402/07 e C-432/07, *Sturgeon e a.*, EU:C:2009:716, e del 13 ottobre 2011 in causa n. C-83/10, *Sousa Rodriguez e a.*, EU:C:2011:652, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 720).

Partendo del presupposto che l'obiettivo del Regolamento è quello di garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri (cfr. sentenza del 17 settembre 2015 in causa n. C-257/14, *van der Lans*, EU:C:2015:618, annotata in questa *Rivista*, 2015, p. 426), la Corte ha, quindi, dichiarato che, conformemente a tale obiettivo, le disposizioni che conferiscono diritti ai passeggeri aerei devono essere interpretate estensivamente (cfr. sentenza del 22 aprile 2021 in causa n. C-826/19, *Austrian Airlines*, EU:C:2021:318) e un'anticipazione significativa di un volo può provocare pesanti disagi per i passeggeri, al pari di un ritardo di un volo (cfr. sentenza del 3 settembre 2020 in causa n. C-356/19, *Delfly*, EU:C:2020:633, annotata in questa *Rivista*, 2020, p. 320). Ne consegue che la nozione di «cancellazione del volo» comprende anche la situazione in cui un volo venga anticipato significativamente.

Inoltre, la Corte ha precisato che il rispetto dell'obbligo di informare in tempo utile il passeggero della cancellazione del suo volo deve essere valutato esclusivamente alla luce del Regolamento comunitario e non sulla base della direttiva sul commercio elettronico.

Infine, il passeggero aereo che abbia prenotato un volo tramite un intermediario dev'essere considerato come non informato della cancellazione di tale volo qualora, sebbene il vettore aereo operativo abbia trasmesso l'informazione relativa a detta cancellazione a tale intermediario almeno due settimane prima dell'orario di partenza previsto, l'intermediario non abbia informato il passeggero della cancellazione entro il termine richiesto e il passeggero non abbia espressamente autorizzato l'intermediario a ricevere l'informazione trasmessa dal vettore aereo operativo.

**NELL'AMBITO DELL'E-COMMERCE LA CORTE DI GIUSTIZIA
INTERPRETA LA DIRETTIVA SUI DIRITTI DEI CONSUMATORI
PRECISANDO LE INFORMAZIONI DOVUTE AL CONSUMATORE
SULLA GARANZIA PRESTATO DAL PRODUTTORE**

Corte di giustizia

Sentenza del 5 maggio 2022 in causa n. C-179/21

absoluts -bikes and more- GmbH & Co. KG c. the-trading-company GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Art. 6, par. 1, lett. m. della direttiva n. 2011/83/UE - Contratto a distanza - Obbligo di informazione - Obbligo della garanzia del produttore - Contenuto dell'informazione - Incidenza dell'art. 6, par. 2, della direttiva n. 1999/44/CE - Interesse legittimo - Elemento centrale o determinante dell'offerta del professionista - Configurazione generale dell'offerta.

L'art. 6, par. 1, lett. m., della direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che, per quanto riguarda la garanzia commerciale proposta dal produttore, l'obbligo di informazione posto a carico del professionista da tale disposizione sorge non già per il semplice fatto dell'esistenza di tale garanzia, ma soltanto qualora il consumatore abbia un interesse legittimo ad ottenere informazioni in merito a detta garanzia per poter prendere la sua decisione di vincolarsi contrattualmente al professionista. Un tale interesse legittimo è dimostrato, in particolare, quando il professionista fa della garanzia commerciale del produttore un elemento centrale o determinante della sua offerta. Al fine di determinare se la garanzia commerciale del produttore costituisca un tale elemento centrale o determinante, occorre tener conto del contenuto e della configurazione generale dell'offerta rispetto al bene in questione, dell'importanza, in termini di argomento di vendita o di messaggio pubblicitario, della menzione della garanzia commerciale del produttore, della posizione occupata da tale menzione nell'offerta, del rischio di errore o di confusione che tale indicazione potrebbe indurre nella

mente del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e sensibile ai diversi tipi di garanzie che egli può esercitare o all'effettiva identità del garante, della presenza o meno, nell'offerta, di spiegazioni relative alle altre garanzie collegate al bene nonché di qualsiasi altro elemento idoneo a dimostrare un'esigenza oggettiva di tutela del consumatore¹.

L'art. 6, par. 1, lett. m., della direttiva n. 2011/83, in combinato disposto con l'art. 6, par. 2, secondo trattino, della direttiva n. 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, deve essere interpretato nel senso che le informazioni che devono essere fornite al consumatore in merito alle condizioni relative alla garanzia commerciale del produttore comprendono qualsiasi elemento informativo che riguardi le condizioni di applicazione e attuazione di una tale garanzia, che consenta al consumatore di prendere la propria decisione di vincolarsi contrattualmente o meno al professionista².

¹⁻² La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato la *absolut's -bikes and more- GmbH & Co. KG* (di seguito denominata: la «*absolut's*») e, dall'altro lato, la *the-trading-company GmbH* per l'esistenza o meno di un obbligo, a carico della *absolut's*, di fornire ai propri clienti informazioni relative alla garanzia commerciale offerta da soggetti terzi per i prodotti messi in vendita.

La *absolut's* metteva in vendita, sulla piattaforma Amazon, un coltellino tascabile di un noto produttore svizzero *Victorinox* e la pagina relativa al prodotto non conteneva informazioni sulla garanzia offerta dalla *absolut's* o da un terzo, bensì un collegamento ipertestuale, denominato «Istruzioni per l'uso», presente nella rubrica «Altre informazioni tecniche» dal quale era possibile scarificare la scheda informativa del prodotto, unitamente ad una dichiarazione relativa alla «garanzia *Victorinox*» del produttore.

Una società concorrente della *absolut's*, ritenendo che quest'ultima non avesse fornito informazioni sufficienti sulla garanzia offerta dal produttore del coltello, ha proposto un'azione diretta a far ingiungere alla *absolut's* la cessazione di siffatte offerte. La domanda della società concorrente è stata accolta in appello dall'*Oberlandesgericht Hamm* e il *Bundesgerichtshof*, adito in ultima istanza dalla *absolut's*, si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se in base dell'art. 6, par. 1, lett. m., della direttiva n. 2011/83/UE, in *Gu-Ue* n. L 304 del 2011, p. 64, sussista in capo al professionista l'obbligo di informare il consumatore dell'esistenza di una garanzia commerciale proposta dal produttore con le relative condizioni e se tale obbligo sorga per il semplice fatto dell'esistenza di tale garanzia o se il professionista sia tenuto solo in determinate circostanze ad informare il consumatore dell'esistenza della garanzia stessa e delle relative condizioni.

È pacifico che secondo l'art. 6, par. 1, lett. m., della direttiva l'obbligo di informazione precontrattuale prevede che il professionista informi il consumatore, «se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali» (cfr. sentenza del 21 ottobre 2020 in causa n. C-529/19, *Möbel Kraft*, EU:C:2020:846 e giurisprudenza *ivi* citata).

Dal tenore letterale di tale disposizione e dall'espressione «se applicabili» risulta che, quando un professionista concede una garanzia commerciale, egli è tenuto ad informare il consumatore dell'esistenza di tale garanzia e delle relative condizioni. A parere della Corte di giustizia, tale disposizione, così come formulata non consente di stabilire se un professionista sia tenuto, nel caso in cui esista una garanzia commerciale del produttore, ad informare il consumatore dell'esistenza di tale garanzia e delle relative condizioni. È necessario, perciò, secondo la Corte, interpretare tale disposizione in funzione del suo contesto e degli

obiettivi da essa perseguiti (cfr., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2019 in causa n. C-649/17, *Amazon EU*, EU:C:2019:576 e giurisprudenza *ivi* citata). Occorre assicurare, come enunciato dal *considerando* n. 4 di tale direttiva, un giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, nel rispetto della libertà d'impresa dell'imprenditore sancita all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, in *Gu-Ue* n. C 202 del 2016, pp. 389-405 (sulla sproporzionalità dell'obbligo incondizionato di fornire siffatte informazioni, in ogni circostanza, in particolare nel contesto economico del funzionamento di talune imprese, segnatamente le più piccole, cfr. sentenza del 14 maggio 2020 in causa n. C-266/19, *EIS*, EU:C:2020:384).

L'obbligo di informazione precontrattuale di cui all'art. 6, par. 1, lett. *m.*, della direttiva n. 2011/83 copre la garanzia commerciale proposta dal professionista, nonché quella proposta dal produttore, quando il consumatore abbia un interesse legittimo a conseguire tali informazioni per la conclusione del contratto. E l'interesse legittimo nasce quando la garanzia commerciale costituisce un elemento essenziale dell'offerta del professionista. Al punto 48 della sentenza si precisa che: «Al fine di determinare se la garanzia commerciale del produttore costituisca un elemento centrale o determinante dell'offerta del professionista, (...) occorre tener conto del contenuto e della configurazione generale dell'offerta rispetto al bene in questione, dell'importanza, in termini di argomento di vendita o di messaggio pubblicitario, della menzione della garanzia commerciale del produttore, della posizione occupata da tale menzione nell'offerta, del rischio di errore o di confusione che tale indicazione potrebbe indurre nella mente del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e sensibile ai diversi tipi di garanzie che egli può esercitare o all'effettiva identità del garante, della presenza o no, nell'offerta, di spiegazioni relative alle altre garanzie collegate al bene, nonché di qualsiasi altro elemento idoneo a dimostrare un'esigenza oggettiva di tutela del consumatore».

Dunque, la Corte, dopo aver precisato che spetterà al giudice del rinvio la suddetta valutazione (cfr. sentenza del 3 febbraio 2021 in cause riunite n. C-155/19 e n. C-156/19, *FIGC e Consorzio Ge.Se.Av.*, EU:C:2021:88 e giurisprudenza *ivi* citata), ha precisato che, nel caso di specie, la garanzia commerciale del produttore non era direttamente citata nel testo stesso dell'offerta e, di conseguenza, non costituiva un argomento di vendita o messaggio pubblicitario da parte del professionista.

Infine, la Corte ha precisato che le informazioni che devono essere fornite al consumatore sulle condizioni relative alla garanzia commerciale del produttore devono riferirsi a qualsiasi elemento informativo che riguardi le condizioni di applicazione e di attuazione della garanzia stessa, che consenta al consumatore di prendere coscientemente la propria decisione di acquisto.

BREXIT E CITTADINANZA: SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA È COMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA LA DECISIONE (UE) N. 2020/135, DEL 30 GENNAIO 2020, CHE PREVEDE LA CANCELLAZIONE DEI CITTADINI BRITANNICI DALLE LISTE ELETTORALI DEGLI STATI MEMBRI A SEGUITO DELLA BREXIT

Corte di giustizia

Sentenza del 9 giugno 2022 in causa n. C-673/20

EP c. Préfet du Gers, Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), con l'intervento di: Maire de Thoux

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Cittadinanza dell'Unione - Cittadino del britannico residente in uno Stato membro (Francia) - Art. 9 TUE - Artt. 20 e 22 TFUE - Diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza - Art. 50 TUE - Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Ue e dalla Comunità europea dell'energia atomica - Conseguenze del recesso dall'Ue - Cancellazione dalle liste elettorali nello Stato membro di residenza - Artt. 39 e 40 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue - Validità della Decisione (Ue) n. 2020/135 - Assenza di discriminazione in base alla nazionalità, ai sensi dell'art. 18, 1° comma, TFUE.

Gli artt. 9 e 50 TUE, nonché gli artt. da 20 a 22 TFUE, in combinato disposto con l'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Ue e dalla Comunità europea dell'energia atomica, adottato il 17 ottobre 2019 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2020, devono essere interpretati nel senso che, dal momento del recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione, il 1° febbraio 2020, i cittadini di tale Stato che hanno esercitato il diritto di soggiorno in uno Stato membro prima della fine del periodo di transizione non beneficiano più dello status di cittadino dell'Unione né, in particolare, ai sensi dell'art. 20, par. 2, lett. b. e dell'art. 22 TFUE, del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nel loro Stato membro di residenza, anche qualora siano, altresì, privati, in forza del diritto dello Stato di cui sono cittadini, del diritto di voto alle elezioni indette da quest'ultimo Stato¹.

Dall'esame delle questioni pregiudiziali terza e quarta non è emerso alcun elemento idoneo a inficiare la validità della decisione (Ue) n. 2020/135 del Consiglio, del 30 gennaio 2020, relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Ue e dalla Comunità europea dell'energia atomica².

¹⁻² I cittadini britannici che hanno goduto dei benefici legati alla cittadinanza dell'Unione possono conservare tali vantaggi anche dopo il recesso del Regno Unito dall'Unione europea?

A questo interrogativo ha cercato di dare una risposta la Corte di giustizia rispondendo a quattro questioni pregiudiziali proposte dal Tribunal judiciaire d'Auch (Tribunale giudiziario di Auch, Francia) nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, una cittadina britannica, residente in Francia e, dall'altro lato, il Comune di Gers, unitamente all'Istituto francese di Statistica e studi economici (INSEE) per la cancellazione della cittadina dalle liste elettorali in Francia e per il rifiuto di riscriverla nella lista elettorale complementare riservata ai cittadini non francesi dell'Unione.

Con le prime due questioni il giudice del rinvio ha chiesto di chiarire se i cittadini britannici continuano a essere cittadini dell'Unione o a godere dei benefici connessi a tale *status*. In caso negativo è stato chiesto alla Corte di giustizia di esaminare la validità della

decisione (Ue) n. 2020/135 del Consiglio, del 30 gennaio 2020, relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (in *Gu-Ue* n. L 29 del 2020, p. 7), in particolare, alla luce del principio di proporzionalità.

La Corte ha sottolineato come, con gli artt. 9 TUE e 20 TFUE, gli autori dei trattati abbiano inteso stabilire un legame indissolubile tra il possesso della cittadinanza di uno Stato membro e l'acquisizione, nonché la conservazione, dello *status* di cittadino dell'Unione. Infatti, ai sensi dell'art. 20 TFUE chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro è cittadino europeo (sulla revoca di una garanzia di naturalizzazione cfr. sentenza del 18 gennaio 2022 in causa n. C-118/20, *Wiener Landesregierung*, EU:C:2022:34).

È noto, altresì, che al cittadino dell'Unione sono riconosciuti una serie di diritti: dal diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, (sul ricongiungimento familiare in Belgio, cfr., in tal senso, sentenza dell'8 maggio 2018 in causa n. C-82/16, *K.A. e a.*, EU:C:2018:308 e giurisprudenza *ivi* citata) al diritto di godere della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato, nel territorio di un Paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, al diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo e al diritto di rivolgersi al Mediatore, nonché al diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali (art. 22, par. 1, TFUE) nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato (cfr., altresì, l'art. 40 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, in *Gu-Ue* n. C 202 del 2016, pp. 389-405). Nessuna di tali disposizioni sancisce, per contro, il diritto in questione a favore dei cittadini di Stati terzi.

Dal 1° febbraio 2020, i cittadini del Regno Unito non possiedono più la cittadinanza di uno Stato membro, bensì quella di uno Stato terzo. È chiaro che il possesso della cittadinanza di uno Stato membro costituisce una condizione indispensabile affinché una persona possa acquisire e conservare lo *status* di cittadino dell'Unione e beneficiare pienamente dei diritti ad esso relativi.

Ne consegue che la perdita della cittadinanza di uno Stato membro comporta, dunque, per la persona interessata, la perdita automatica del suo *status* di cittadino dell'Unione.

Ciò premesso, poiché i cittadini del Regno Unito sono, dal 1° febbraio 2020, cittadini di uno Stato terzo, essi hanno perso, da tale data, lo *status* di cittadini dell'Unione. Di conseguenza, non beneficiano più, ai sensi dell'art. 20, par. 2, lett. *b.*, e dell'art. 22, TFUE, del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nel loro Stato membro di residenza. È irrilevante, al riguardo, che i cittadini del Regno Unito abbiano precedentemente esercitato il diritto di soggiorno in uno Stato membro. Ne consegue che la perdita di tale *status*, e di conseguenza quella del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza di tale cittadino, costituisce, una conseguenza automatica della sola decisione sovrana adottata dal Regno Unito di recedere dall'Unione, in forza dell'art. 50, par. 1, TUE (sulla decisione di uno Stato membro di recedere dall'Unione conformemente alle proprie norme costituzionali, cfr. sentenza del 10 dicembre 2018 in causa n. C-621/18, *Wightman e a.*, EU:C:2018:999; cfr., altresì, sentenza del 16 novembre 2021 in causa n. C-479/21, *Governor of Cloverhill Prison e a.*, PPU, EU:C:2021:929).

La Corte ha, perciò, stabilito che la decisione dell'UE del 2020 è valida e non viola il diritto dell'UE in quanto la cittadinanza dell'Unione europea è subordinata alla cittadinanza nazionale e il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali è riservato ai cittadini dell'UE. La sentenza ha, inoltre, sottolineato che il diritto degli Stati membri di adottare misure adeguate per attuare il recesso di un Paese dall'UE, come la cancellazione delle persone dalle liste elettorali, non costituisce una discriminazione in base alla nazionalità, ai sensi dell'art. 18, 1° comma, TFUE.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LA CORTE DI GIUSTIZIA È CHIAMATA A DEFINIRE I LIMITI DELLE COMPETENZE DELLA PROCURA EUROPEA NELLO SVOLGIMENTO DI INDAGINI TRANSFRONTALIERE E NELLA CONSEGUENTE ESECUZIONE DI ATTI INVESTIGATIVI NEL TERRITORIO DI UN ALTRO STATO MEMBRO

Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 98, par. 1, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia

Oberlandesgericht Wien (Corte di appello di Vienna, Austria)
Domanda di pronuncia pregiudiziale depositata il 25 aprile 2022*

Procedimento penale a carico di *G. K., B. O. D. GmbH, S. L.*

(Omissis)

Oggetto del procedimento principale

Impugnazioni delle convalide giudiziarie degli ordini di perquisizione dei locali residenziali e commerciali dei ricorrenti e di sequestro, emessi dal procuratore europeo delegato austriaco

* Documento di lavoro della Corte di giustizia nella causa n. C-281/22 davanti ad essa pendente. Il testo integrale è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 211 ss., il commento di *ENRICO TRAVERSA*.

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Interpretazione del diritto dell'Unione, in particolare dell'art. 31, par. 3, primo comma, e dell'art. 32 del Regolamento (Ue) n. 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»); art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in prosieguo: il «TFUE»)

Questioni pregiudiziali

1. Se il diritto dell'Unione, in particolare l'art. 31, par. 3, primo comma, e l'art. 32 del Regolamento (Ue) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), debba essere interpretato nel senso che, nel caso di indagini transfrontaliere, qualora occorra l'autorizzazione giudiziaria di una misura da eseguire nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, è necessario un esame di tutti gli elementi giuridici sostanziali, quali la responsabilità penale, gli indizi di reato, la necessità e la proporzionalità.

2. Se l'esame debba tener conto del fatto che l'ammissibilità della misura è già stata oggetto di un controllo giurisdizionale nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso in base al diritto di tale Stato membro.

3. In caso di risposta negativa alla prima questione o di risposta positiva alla seconda questione, in che misura debba avvenire il controllo giurisdizionale nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza.

(*Omissis*)

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

1. La Procura europea, tramite il procuratore europeo delegato nella Repubblica federale di Germania (Monaco) incaricato del caso, sta conducendo un'indagine, inter alia, nei confronti di G. K., S. L. e della B. O. D. GmbH, sulla base dell'art. 3, par. 2, lett. a. e c., della direttiva n. 2017/1371 [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (*Gu-Ue* 2017, L 198, p. 29)], dell'art. 370, par. 1, punto 1, par. 2, punto 3, e dell'art. 373, par. 1 e 2, punto 3, dell'Abgabenordnung (codice tributario) tedesco, nonché dell'art. 129 dello Strafgesetzbuch (codice penale) tedesco. Gli imputati sono sospettati di aver eluso norme doganali presentando false dichiarazioni durante l'importazione di biodiesel (di origine statunitense) nell'Unione europea, causando così una perdita totale di circa EUR 1 295 000.

2. Il 9 novembre 2021, il procuratore europeo delegato austriaco, nell'ambito dell'assistenza a tale indagine ai sensi dell'art. 31 del Regolamento EPPO, ha disposto, al punto I., la perquisizione dei locali residenziali e commerciali (*Omissis*), ne ha chiesto la convalida ai rispettivi giudici monocratici competenti presso

i suddetti Landesgerichte (Tribunali del Land) e ha disposto, al punto II., il sequestro dei documenti d'ordine e di incarico, delle registrazioni contabili, della corrispondenza, di hardware e supporti dati, ecc.

3. I rispettivi giudici monocratici competenti hanno convalidato quanto disposto dal procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, rinviando ai motivi indicati al punto I. dei singoli provvedimenti, identici per contenuto.

4. L'effettiva esecuzione delle perquisizioni ambientali è stata di volta in volta disposta dal procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza ed è stata successivamente attuata dall'autorità fiscale competente.

(Omissis)

Principali argomenti delle parti nel procedimento principale

6. I ricorsi della B. O. D. GmbH, di G. K. e di S. L. del 1° dicembre 2021, depositati entro i termini e di identico contenuto, sono diretti a contestare le convalide giudiziarie degli ordini di perquisizione (perquisizioni ambientali). In sintesi, si lamentano la mancanza di indizi di reato o comunque un'esposizione palesemente insufficiente dei motivi, un termine inammissibilmente ampio per il sequestro e una violazione dell'art. 8, par. 1, della [Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali] (violazione del rapporto di fiducia tra avvocato e cliente) e si sollevano obiezioni contro l'ordine di sequestro e la sua esecuzione in quanto illegittimi. Infine, viene «fatta opposizione» anche alla trasmissione dei documenti sequestrati alle autorità tedesche fino a quando non venga presa una decisione giuridicamente vincolante su censure e obiezioni.

7. Nel suo parere del 15 febbraio 2022, il procuratore europeo delegato austriaco incaricato di prestare assistenza ha dichiarato che i ricorsi non dovrebbero essere accolti perché, in sintesi, gli addebiti sostanziali sarebbero infondati. In particolare, il regolamento EPPO avrebbe creato un nuovo quadro giuridico per le misure investigative transfrontaliere che, pur differenziandosi dal precedente caso di assistenza giudiziaria tra due autorità di diversi Stati membri, rappresenterebbe di fatto un ulteriore sviluppo del principio del reciproco riconoscimento in materia penale, per cui, per analogia con la direttiva [2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014,] relativa all'ordine europeo di indagine penale, i motivi oggettivi delle misure investigative sarebbero soggetti a controllo solo nello Stato di emissione. Di conseguenza, i requisiti di ammissibilità, che dovrebbero essere valutati in base al diritto del procuratore europeo delegato incaricato del caso (cioè responsabile del caso) (art. 28, par. 1 e 2, del regolamento EPPO), andrebbero esaminati solo dai giudici di quello Stato. Ciò varrebbe anche per un chiarimento sull'esercizio della competenza da parte della Procura europea. Nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, l'esecuzione delle misure investigative dovrebbe conformarsi solo al diritto processuale ivi vigente, senza verificare gli elementi materiali dell'infrazione. Per quanto riguarda il caso di specie, si dovrebbe sottolineare che i relativi indizi di reato erano già stati

esaminati nella Repubblica federale di Germania dal competente giudice delle indagini preliminari presso l'Amtsgericht München (Tribunale circoscrizionale di Monaco, Germania). Pertanto, i ricorsi andrebbero respinti.

8. I ricorrenti hanno replicato affermando sostanzialmente che, a loro avviso, non era stato commesso alcun reato in Austria o comunque non esistevano elementi indiziari sufficienti a loro carico, motivo per cui l'autorità doganale austriaca aveva giustamente segnalato un «problema per quanto riguarda la sostenibilità probatoria e la perseguibilità penali». Ad ogni modo, le perquisizioni ordinate non soddisferebbero i requisiti della proporzionalità e della necessità (dichiarazione del 14 marzo 2022).

9. L'Oberlandesgericht Wien (Tribunale superiore del Land di Vienna, Austria) deve statuire sui ricorsi contro gli ordini di perquisizione ambientale convalidati dai summenzionati giudici di primo grado.

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

10. Sulla base degli art. 31, par. 3, e 32 del Regolamento EPPO, in uno con le considerazioni espresse al riguardo, si potrebbe ritenere che, nel caso delle misure che necessitano di una convalida giudiziaria nello Stato del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, la misura da eseguire deve essere esaminata alla luce di tutte le disposizioni processuali e sostanziali di tale Stato membro. Tuttavia, ciò avrebbe come conseguenza che il giudice adito dal procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza debba poter disporre di tutti i documenti e gli atti necessari provenienti dallo Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso come base di valutazione, il che – in particolare nell'ipotesi in cui siano interessati più Stati membri – comporterebbe – oltre al necessario lavoro di traduzione – l'esame di una stessa indagine ai fini della convalida di una misura in diversi Stati con diversi sistemi giuridici. Se non altro quando nello Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso non è prevista alcuna convalida giudiziaria per la misura.

11. In tal modo si terrebbe conto del fatto che la Procura europea rappresenta un ufficio unico (v. art. 8, par. 1, del Regolamento EPPO) e che, di conseguenza, occorrerebbe ricorrere agli strumenti giuridici di reciproco riconoscimento solo in via eccezionale (art. 31, par. 6, del Regolamento EPPO). Tuttavia, ciò causerebbe in pratica un enorme passo indietro. Infatti, a differenza di un ordine europeo d'indagine (OEI), ad esempio, che deve essere esaminato nello Stato richiesto solo per alcuni aspetti formali, in ogni Stato membro interessato (a seconda della situazione giuridica nazionale) dovrebbe effettuarsi un esame completo delle indagini svolte fino a quel momento, ai fini della convalida della misura richiesta, in base alla situazione giuridica dello Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso (art. 31, par. 2, del Regolamento EPPO). La normativa dello Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso deve essere rispettata il più possibile anche durante l'esecuzione della misura (art. 32 del Regolamento EPPO). Ciò comporta, a sua volta, che – come già esposto – occorrerebbe trasmettere non solo un sempli-

ce certificato nel senso di un OEI, ma di volta in volta tutti i fascicoli necessari ai fini della valutazione, perché altrimenti i giudici interessati non disporrebbero della base decisionale necessaria per un esame formale e sostanziale dei fatti.

12. Quando si interpreta il presente regolamento EPPO ai fini di un'azione penale rapida, efficiente ed economica, la ovvia conclusione pare quindi che una convalida giudiziaria della misura nello Stato del procuratore europeo delegato richiesto dovrebbe limitarsi ai soli aspetti formali. Ciò quantomeno se un controllo giudiziario ha già avuto luogo nello Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso.

13. Eppure, una tale interpretazione contrasta con l'esplicita previsione normativa di mera sussidiarietà del ricorso agli strumenti di riconoscimento reciproco di decisioni del genere (art. 31, par. 6, del regolamento EPPO).

14. Si chiede pertanto alla Corte di giustizia dell'Unione europea di chiarire questo punto di diritto.

CORTE DI GIUSTIZIA UE: LA PRIMA QUESTIONE PREGIUDIZIALE SULL'INTERPRETAZIONE DEL REGOLAMENTO EPPO EVIDENZIA DISPOSIZIONI CHE RISCHIANO DI PARALIZZARE L'ATTIVITÀ INVESTIGATIVA DELLA PROCURA EUROPEA

Sommario: 1. *Introduzione: i fatti della causa a quo e i quesiti posti alla Corte di giustizia dal giudice di rinvio* - 2. *Esame delle disposizioni rilevanti del Regolamento EPPO: artt. 31 e 32* - 3. *Lacune e incoerenze degli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO* - 4. *Elementi di risposta ai quesiti della Corte d'appello di Vienna desumibili dalla stessa ordinanza di rinvio* - 5. *Considerazioni conclusive.*

1. Introduzione: i fatti della causa a quo e i quesiti posti alla Corte di giustizia dal giudice di rinvio

Va ascritto alla Corte d'appello di Vienna (*Oberlandesgericht Wien - Austria*) il merito di aver posto alla Corte di giustizia dell'Unione europea la prima questione pregiudiziale¹ riguardante l'interpretazione del Regolamento (Ue) n. 2017/1939 istitutivo della Procura europea antifrode (acronimo in inglese: EPPO - *European Public Prosecutor Office*)². Si tratta di una questione interpretativa di particolare rilevanza avente ad oggetto gli artt. 31 e 32 del Regolamento stesso disciplinanti le misure inve-

¹ Causa pregiudiziale n. C-281/22, Procedimento penale a carico di *G.K., G.O.D. Srl e S.L.* Il documento di lavoro contenente la sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa n. C-281/22 è reperibile sul sito internet www.curia.europea.eu.

² Regolamento (Ue) n. 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO"), in *Gu-Ue* n. L 283, pp. 1-71. Sulla genesi del Regolamento EPPO, L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale*, 2017, n. 3, pp. 1-61; P. CSONKA, *The establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in *Eucrium* n. 3/2017, pp. 125-135; L. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 958. L'adeguamento della legislazione italiana al regolamento EPPO è stato disposto con il dlgo n. 9/2021 commentato dal L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al Regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, n. 4/2021, pp. 53-73.

stigative disposte da un procuratore europeo delegato di uno Stato membro «incaricato del caso», vale a dire il procuratore delegato titolare dell'indagine penale, ma che devono essere eseguite in un altro Stato membro da un altro procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza». A questo proposito appare opportuno ricordare che i procuratori europei delegati sono pubblici ministeri nazionali che, a norma dell'art. 13 del Regolamento EPPO, ogni Stato membro è tenuto a distaccare presso la Procura europea sotto la direzione esclusiva di questa. La possibilità di effettuare «indagini transfrontaliere» (art. 31 del Regolamento EPPO) mediante la rete dei procuratori europei delegati operanti su tutto il territorio dell'Unione europea rappresenta il principale valore aggiunto della nuova Autorità inquirente europea che ha iniziato ad esercitare i suoi poteri investigativi dal 1° giugno del 2021³.

La questione pregiudiziale sottoposta al giudizio della Corte di giustizia ha tratto origine da un'indagine condotta da un procuratore europeo delegato di Monaco di Baviera e riguardante importazioni di biodiesel dalla Bosnia-Erzegovina in Germania e in Austria. La società importatrice avrebbe eluso, mediante false dichiarazioni in dogana, il pagamento dei dazi doganali sui biocarburanti per un importo di 1.295.000 euro. Nel quadro dell'indagine da esso condotta, il procuratore delegato tedesco ha ordinato una perquisizione, con connesso sequestro di documenti contabili, nei locali della società austriaca destinataria finale del biodiesel importato e del suo amministratore. Tale ordine di perquisizione e sequestro era stato convalidato – così come previsto dal codice di procedura penale (c.p.p.) tedesco – dal giudice delle indagini preliminari di Monaco di Baviera sulla base degli indizi di reato presentati dal procuratore delegato tedesco «incaricato del caso». Il procuratore europeo delegato austriaco «incaricato di prestare assistenza» ha successivamente disposto la perquisizione dei locali della società imputata e del suo amministratore e ne ha chiesto la convalida – sulla base del c.p.p. austriaco – al giudice delle indagini preliminari competente, che l'ha accordata. Gli imputati hanno contestato la decisione di convalida delle perquisizioni dinanzi alla Corte d'appello di Vienna sostenendo la mancanza di sufficienti indizi di reato a loro carico, nonché la mancanza dei requisiti di proporzionalità e di necessità delle suddette misure investigative.

Al fine di statuire sui ricorsi degli imputati, la Corte d'appello austriaca ha posto alla Corte di giustizia un primo quesito interpretativo: qualora la legislazione dello Stato membro del procuratore europeo «incaricato di

³ E. TRAVERSA, *Al via il 1° giugno. Ripartizione competenze la prima scommessa per la Procura europea*, in *Sole 24 Ore* del 28 maggio 2021.

prestare assistenza» imponga l'autorizzazione del giudice per una misura investigativa richiesta dal procuratore delegato di un altro Stato membro titolare dell'indagine penale, tale giudice è tenuto – ai fini dell'emanazione della sua decisione di convalida – ad esaminare tutti i requisiti sostanziali inerenti alla misura investigativa richiesta quali gli indizi di reato, il grado di responsabilità degli imputati e la proporzionalità e necessità della misura investigativa stessa? Il problema si prospetta tanto più complesso nel caso in cui, come nella causa pregiudiziale in questione, l'ammissibilità dell'ordine di perquisizione aveva già formato l'oggetto di un controllo giurisdizionale nello Stato membro del procuratore delegato titolare dell'indagine. In tal caso, ha chiesto ancora la Corte d'appello di Vienna (secondo e terzo quesito), quale dovrebbe essere il contenuto dell'esame del giudice dello Stato membro in cui la misura investigativa deve essere eseguita?

2. Esame delle disposizioni rilevanti del Regolamento EPPO: artt. 31 e 32

Il problema dell'autorizzazione del giudice avente ad oggetto misure investigative disposte dal procuratore europeo delegato «incaricato del caso» nel contesto di indagini transfrontaliere era stato già affrontato dalla Commissione europea in sede di redazione della proposta di regolamento EPPO⁴. L'art. 26 di tale proposta prevedeva infatti che le prime dieci misure investigative che gli Stati membri erano tenuti a mettere a disposizione della Procura europea⁵ fossero in ogni caso «soggette all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente dello Stato membro in cui devono essere eseguite» (par. 4). Analogamente, anche le rimanenti undici misure investigative previste al par. 1 dello stesso art. 26 potevano – si trattava in questi casi di una semplice facoltà – essere assoggettate ad autorizzazione del giudice «se così dispone il diritto nazionale dello Stato membro in cui (dette misure) devono essere eseguite». Tale designazione del solo giudice dello Stato membro di esecuzione della misura investigativa quale giudice competente ad autorizzare la misura medesima escludeva implicitamente – ad evidenti fini di economia di procedure – la possibilità che uno stesso atto d'indagine potesse essere soggetto ad una doppia autorizzazione,

⁴ Documento Com(2013)534 finale del 17 luglio 2013 contenente la “Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea”.

⁵ Misure investigative fra le quali figurava anche la «perquisizione di locali (...) abitazioni private (...) e sistemi informatici» oggetto della causa in esame n. C-281/22.

quella del giudice delle indagini preliminari dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato del caso» e successivamente l'autorizzazione del giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza».

Il testo del Regolamento EPPO approvato dal Consiglio dei ministri della giustizia si presenta, su questo punto, di difficile lettura in quanto le disposizioni riguardanti l'autorizzazione del giudice si intersecano con le disposizioni relative alla legge applicabile⁶. Va innanzitutto rilevato che le ventuno misure investigative attribuite alla competenza della Procura europea dall'art. 26 della proposta della Commissione sono state dal Consiglio ridotte a sei, fra le quali figura sempre (art. 30, par. 1, lett. a.) la «perquisizione di locali (...) abitazioni private (...) e sistemi informatici» oggetto del processo pendente dinanzi alla Corte d'appello di Vienna. Lo stesso art. 30 precisa poi che «Le procedure e le modalità per l'adozione delle misure sono disciplinate dal diritto nazionale applicabile» (par. 5). Il successivo art. 31 («Indagini transfrontaliere») regola espressamente e in dettaglio le misure investigative che il procuratore europeo delegato «incaricato del caso» può «assegnare», vale a dire richiedere, al procuratore delegato di un altro Stato membro «incaricato di prestare assistenza». Sempre in tema di legge applicabile, il par. 2 dello stesso art. 31 del Regolamento prevede che «la giustificazione e l'adozione» delle misure investigative sono disciplinate dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato «incaricato del caso». Tale disposizione va posta in relazione con quella che figura al successivo art. 32 in base al quale le misure investigative «assegnate» dal procuratore delegato titolare dell'indagine sono eseguite conformemente al diritto dello Stato membro del procuratore che presta assistenza, vale a dire lo Stato membro nel quale dette misure devono essere eseguite. D'altra parte, e sempre sulla base dell'art. 32, il procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» è tenuto ad osservare «le formalità e le procedure espressamente indicate dal procuratore delegato incaricato del caso», il quale agisce per definizione in un altro Stato membro sulla base del codice di procedura penale di questo stesso Stato.

Quanto al delicato problema dell'autorizzazione del giudice, l'art. 31, par. 3, del Regolamento EPPO disciplina due ipotesi. La prima è quella nella quale soltanto il diritto dello Stato membro del procuratore delegato

⁶ Sui complessi problemi relativi alla legge applicabile da parte dei procuratori europei delegati: E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea ("EPPO"): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in questa Rivista, n. 3-4/2020, pp. 487-564, in particolare pp. 495-521; A. BARLETTA, *Pubblico ministero europeo: il nodo della competenza e le sfide per il diritto di difesa*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2020, p. 4.

«incaricato di prestare assistenza» esige un'autorizzazione del giudice per l'esecuzione della misura investigativa richiesta dal procuratore delegato «incaricato del caso». In questa ipotesi, il par. 3, primo comma, prevede che spetti al procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» richiedere ed ottenere l'autorizzazione del giudice competente sulla base del diritto del proprio Stato membro. L'altra ipotesi è quella in cui «tale autorizzazione giudiziaria non è richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, ma è richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato in caricato del caso» (stesso par. 3, terzo comma). In questo caso spetterà a quest'ultimo ottenere l'autorizzazione del giudice e trasmetterla al procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» stabilito per definizione in un altro Stato membro, «congiuntamente all'assegnazione», ovvero alla richiesta, della misura investigativa.

3. Lacune e incoerenze degli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO

Risulta *ictu oculi* dalla semplice lettura delle suddette norme del Regolamento che il legislatore dell'Unione non ha minimamente preso in considerazione una terza e frequente ipotesi – che è proprio quella della causa *a quo* nel procedimento pregiudiziale in esame – in cui per il medesimo atto di indagine l'autorizzazione del giudice è richiesta, sia dalla legislazione dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato del caso», sia dalla legislazione dello Stato membro (o degli Stati membri se la misura deve essere eseguita in più Stati) del procuratore (o dei procuratori) delegato/-i «incaricato/-i di prestare assistenza». Questa omissione del legislatore dell'Unione appare tanto più incomprensibile se si leggono le disposizioni dell'art. 31, par. 3, alla luce del punto 72 della motivazione del Regolamento EPPO che ad esse fa espresso riferimento: «Se per tali misure [investigative] è richiesta un'autorizzazione giudiziaria, occorre specificare chiaramente in quale Stato membro essa dovrebbe essere ottenuta, ma in ogni caso dovrebbe esservene solo una».

Appare evidente che tale nobile intento del legislatore, vale a dire l'introduzione della regola di un'unica autorizzazione del giudice per la medesima misura investigativa, non si è tradotta affatto in una precisa e comprensibile norma legislativa che identifichi chiaramente qual è il giudice competente ad autorizzare l'atto di indagine disposto dal procuratore europeo delegato «incaricato del caso» ed «assegnato» ad un procuratore delegato di un altro Stato membro. L'unico autore che ha esaminato *ex pro-*

fesso il problema dell'esigenza di due autorizzazioni in due Stati membri diversi aventi ad oggetto la medesima misura investigativa transfrontaliera⁷, ha sostenuto che sarebbe il punto 72 della motivazione del Regolamento EPPO la «base giuridica» dalla quale deriverebbe la designazione del giudice per le indagini preliminari dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» quale giudice competente in via esclusiva ad autorizzare l'esecuzione della misura stessa sul territorio del proprio Stato. Sempre secondo lo stesso autore, tale punto 72 della motivazione ed il principio dell'«autorizzazione unica» in esso contenuto, costituirebbero la chiave di interpretazione dell'art. 31, par. 3, primo comma, del Regolamento EPPO: se la legislazione dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» prevede l'obbligo di un'autorizzazione del giudice, tale competenza del giudice dello Stato membro nel quale la misura investigativa deve essere eseguita escluderebbe implicitamente la competenza autorizzativa del giudice dello Stato membro del procuratore delegato titolare dell'indagine.

Tale tesi non può essere accolta in quanto essa rappresenta un'estensione assolutamente non giustificata dal testo stesso della disposizione, dell'ambito di applicazione dell'art. 31, par. 3, primo comma, del Regolamento EPPO, che fa esclusivo riferimento all'autorizzazione del giudice dello Stato membro del procuratore «incaricato di prestare assistenza» e non menziona affatto il giudice dello Stato membro del procuratore delegato titolare dell'indagine. Non è quindi un caso che la Corte d'appello di Vienna, nella sua ordinanza di rinvio, non abbia minimamente contestato la competenza del giudice di Monaco di Baviera che aveva autorizzato l'ordine di perquisizione e sequestro di documenti disposto dal procuratore europeo delegato di quella stessa città. Ne consegue che la doppia autorizzazione di una medesima misura investigativa transfrontaliera, non essendo esplicitamente esclusa da una specifica norma del Regolamento EPPO, deve essere ammessa come conforme alle norme del Regolamento stesso, e segnatamente al suo art. 31, e comunque non appare incompatibile con esse.

Un'altra grave lacuna della disciplina dell'autorizzazione del giudice riguardante le misure investigative transfrontaliere è costituito «come magistralmente posto in evidenza dai giudici viennesi nella loro ordinanza di rinvio – dalla mancanza di qualsiasi precisazione in ordine all'oggetto del-

⁷ H. HERRNFELD - D. BRODOWSKI - C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, Baden-Baden, Nomos, 2021. Il commento all'art. 31 è di H. HERRNFELD e l'analisi del problema della doppia autorizzazione del giudice si trova a p. 287 e a p. 293. Il problema dell'autorizzazione del giudice è stato menzionato, ma senza approfondimenti, anche da M. GIALUZ, *L'attività di indagine della Procura europea tra ambiguità normative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, n. 1/2022, pp. 3-26, in particolare pp. 18-19.

la valutazione del giudice stesso: quali devono essere i suoi criteri di giudizio dell'atto di indagine disposto dal procuratore delegato «incaricato del caso» stabilito in un altro Stato membro? Il giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» deve in ogni caso esaminare i presupposti sostanziali della misura investigativa, vale a dire gli indizi di reato, il grado di responsabilità degli imputati o degli indagati nella commissione dei fatti oggetto dell'indagine, la necessità e la proporzionalità della misura (primo quesito della Corte d'appello di Vienna)? O il giudice dello Stato membro nel quale la misura investigativa deve essere eseguita deve limitarsi a verificare ed autorizzare unicamente le modalità di esecuzione della misura stessa, ad esempio nel caso di specie le modalità di effettuazione di una perquisizione? Anche su questi aspetti di cruciale importanza in ordine ai criteri di adozione dell'autorizzazione da parte del giudice per le indagini preliminari chiamato a statuire sull'esecuzione di misure investigative transfrontaliere, gli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO sono del tutto carenti, al punto che l'interprete potrebbe essere indotto a ritenere che le due autorizzazioni – quella del giudice dello Stato membro del procuratore delegato che ha disposto la misura investigativa e quella del giudice dello Stato membro in cui la misura deve essere eseguita – siano del tutto fungibili o in qualche modo “intercambiabili”⁸. L'ordinanza di rinvio della Corte d'appello di Vienna ha il grande merito di aver posto in evidenza anche questa grave omissione del legislatore dell'Unione, omissione alla quale la Corte di giustizia è stata chiamata a porre rimedio in via interpretativa, sempre che il testo dell'art. 31 del Regolamento EPPO consenta una tale interpretazione “integrativa” delle disposizioni relative all'autorizzazione del giudice, anzi – nella fattispecie – relative all'autorizzazione dei due giudici coinvolti nell'esecuzione in Austria delle perquisizioni ordinate in Germania dal procuratore europeo delegato di Monaco di Baviera.

4. Elementi di risposta ai quesiti della Corte d'appello di Vienna desumibili dalla stessa ordinanza di rinvio

Un principio di risposta ai quesiti posti alla Corte di giustizia dalla Corte d'appello di Vienna si può rinvenire nella stessa ordinanza di rinvio, laddove i giudici austriaci hanno rilevato che se il giudice dello Stato membro di esecuzione della misura investigativa dovesse esaminare l'am-

⁸ Questa sembra essere l'interpretazione di H. HERRNFELD, *cit. supra*, nota 7, p. 293.

missibilità di questa stessa misura sulla base di tutti requisiti sostanziali (indizi di reato, grado di responsabilità degli imputati, necessità e proporzionalità dell'atto di indagine) previsti dalla legislazione del medesimo Stato membro di esecuzione, questo rappresenterebbe “un enorme passo indietro” rispetto a quanto previsto dalla direttiva n. 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI)⁹. Tale direttiva disciplina gli atti d'indagine disposti da pubblici ministeri puramente nazionali e volti ad acquisire prove in un altro Stato membro. L'art. 9 della direttiva dispone infatti che il pubblico ministero «di esecuzione» dell'atto d'indagine, riconosce un ordine europeo di indagine penale trasmesso dal pubblico ministero di un altro Stato membro «senza imporre ulteriori formalità» e ne assicura l'esecuzione conformemente alla legislazione del proprio Stato membro «secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine fosse stato disposto da un'autorità dello (stesso) Stato di esecuzione», vale a dire come se si trattasse di un atto di indagine puramente interno. Per di più, le motivazioni sostanziali dell'atto di indagine possono essere impugnate, secondo quanto disposto dall'art. 14, par. 2, della direttiva OEI, soltanto dinanzi al giudice competente dello Stato membro di emissione dell'atto stesso e questo, anche nel caso in cui la legislazione penale dello Stato membro di esecuzione preveda un'autorizzazione del giudice ai fini dell'esecuzione del medesimo atto di indagine, così come espressamente consentito dall'art. 2, lett. d.) della direttiva. Sarebbe pertanto del tutto illogico (“un enorme passo indietro”) che il principio del mutuo riconoscimento quasi automatico fosse pienamente applicabile agli atti di indagine disposti ed eseguiti da pubblici ministeri puramente nazionali ma di Stati membri diversi, ex art. 9 della direttiva n. 2014/41/UE e non alle misure investigative ordinate ed eseguite da procuratori europei delegati stabiliti in due o più Stati membri, ma tutti dipendenti dalla medesima Procura europea che, a norma dell'art. 8 del Regolamento EPPO, «è un organo indivisibile dell'Unione che opera come un ufficio unico con struttura decentrata».

⁹ Ordinanza di rinvio, p. 7, punto 11, *cit. supra*, nota 1. L'ordine europeo di indagine penale (OEI) è stato introdotto con la direttiva (UE) n. 2014/41 del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, in *Gu-UE* n. L 130 del 10 maggio 2014, p. 1. I difficili problemi di coordinamento fra Regolamento EPPO e direttiva OEI sono stati esaminati da A. CSURI, *Towards an inconsistent European regime of cross-border evidence: the EPPO and the European Investigation Order*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, 2018, The Hague, T.M.C. Asser Press, pp. 141-151. Il problema del rispetto dei diritti fondamentali nell'effettuazione di indagini transfrontaliere è stato esaminato, nella stessa opera, *loc. cit.*, da V. MITSILEGAS - F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office and human rights*, pp. 87-92, i quali tuttavia non hanno trattato del ruolo che l'autorizzazione del giudice ad una data misura investigativa poteva giocare sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali dell'imputato.

L'ordinanza di rinvio pone poi in evidenza un secondo e gravissimo inconveniente che deriverebbe inevitabilmente da un'interpretazione dell'art. 31, par. 3, primo comma, del Regolamento EPPO secondo la quale il giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» sarebbe tenuto a procedere, ai fini della convalida della misura investigativa ordinata dal procuratore delegato «incaricato del caso» stabilito in un altro Stato membro, ad un riesame di tutti i requisiti sostanziali richiesti dalla propria legislazione nazionale ai fini della giustificazione della misura investigativa medesima. I giudici della Corte d'appello di Vienna hanno rilevato infatti che tale seconda valutazione, da parte del giudice dello Stato membro di esecuzione, degli indizi di reato, del grado di responsabilità degli imputati, della necessità e della proporzionalità dell'atto di indagine e di altri eventuali presupposti sostanziali della misura investigativa comporterebbe necessariamente la trasmissione a detto giudice di tutti i documenti contenuti nel fascicolo processuale principale aperto nel proprio Stato membro dal procuratore delegato «incaricato del caso» che ha disposto la misura stessa.

Appare straordinariamente meritoria, a questo proposito, la circostanza che i giudici viennesi abbiano attirato l'attenzione della Corte di giustizia sul gravissimo problema pratico che porrebbe l'esigenza di tradurre l'intero fascicolo processuale in possesso del procuratore delegato «incaricato del caso» nella lingua del giudice dello Stato membro del procuratore «incaricato di prestare assistenza». Tale preveggenza della Corte d'appello di Vienna appare tanto più meritoria in quanto il caso di specie costituisce uno dei rarissimi casi di “coppie” di Stati membri dell'Unione europea aventi in comune la stessa lingua ufficiale, nella fattispecie (Germania e Austria) la lingua tedesca¹⁰. A questo riguardo è del tutto realistico pronosticare tempi lunghissimi per la traduzione, dall'una all'altra lingua ufficiale di due o più Stati membri dell'Unione, di centinaia di pagine di documenti probatori, traduzione che peraltro sarebbe finalizzata all'autorizzazione di una sola misura investigativa – nella fattispecie concreta: una perquisizione – quando è un dato di comune esperienza il fatto che indagi-

¹⁰ Altri esempi di “coppie” di Stati membri aventi in comune la stessa lingua ufficiale, o una delle rispettive lingue ufficiali, sono: Francia e Belgio/Bruxelles-Vallonia (francese), Francia e Lussemburgo (francese), Lussemburgo e Belgio/Bruxelles-Vallonia (francese), Belgio/Fiandra e Paesi bassi (olandese), Irlanda e Malta (inglese), Grecia e Cipro (greco). Nei casi delle altre 723 “coppie” di Stati membri, tutto il fascicolo processuale principale andrebbe tradotto da una lingua ufficiale all'altra. E questo, senza contare i casi di indagini transfrontaliere che, a partire dallo Stato membro del procuratore europeo delegato «incaricato del caso», dovrebbero implicare l'effettuazione di misure investigative in più di un altro Stato membro: il che richiederebbe più traduzioni dello stesso fascicolo processuale, una per ogni procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» quantomeno negli Stati membri la cui legislazione esige l'autorizzazione del giudice.

ni aventi ad oggetto i complessi reati finanziari di competenza della Procura europea possono ben richiedere in concreto l'adozione di decine di misure investigative transfrontaliere. In conclusione su questo punto, un'interpretazione dell'art. 31, par. 3, del Regolamento EPPO nel senso di esigere un secondo riesame nel merito dell'ammissibilità dell'atto d'indagine comporterebbe un enorme ritardo – per non dire la completa paralisi – nell'esecuzione delle misure investigative transfrontaliere e quindi nell'acquisizione delle prove da parte della Procura europea, con buona pace dell'obiettivo principale del Regolamento medesimo che è quello di «consentire un processo decisionale rapido ed efficiente nello svolgimento delle indagini e dell'azione penale che coinvolgono più Stati membri» (punto 20 della motivazione).

L'unica soluzione possibile a questo problema di cruciale importanza per il buon funzionamento della Procura europea sembra pertanto quella di limitare i criteri di esame dell'ammissibilità della misura investigativa applicabili da parte del giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza», al rispetto delle sole norme puramente procedurali disciplinanti le modalità di esecuzione della misura stessa (nella fattispecie: le disposizioni del c.p.p. austriaco disciplinanti l'effettuazione di perquisizioni). Al giudice dello Stato membro di esecuzione della misura investigativa sarebbe in tal modo precluso un riesame dei requisiti sostanziali (indizi di reato, proporzionalità, ecc.) che avevano motivato l'adozione stessa della misura investigativa da parte del procuratore europeo delegato titolare dell'indagine e la sua convalida¹¹ da parte del giudice competente di quello stesso Stato membro. Una tale interpretazione dell'art. 31, par. 3, del Regolamento EPPO sarebbe coerente, sia con le norme relative alla legge applicabile contenute al par. 2 dello stesso art. 31 («La giustificazione e l'adozione di tali misure [investigative] sono disciplinate dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo incaricato del caso») e all'art. 32 («le misure assegnate sono eseguite conformemente al diritto dello Stato membro del procuratore delegato europeo incaricato di prestare assistenza»), sia con l'obiettivo fondamentale del Regolamento EPPO nel suo complesso che è quello di «consentire un processo decisionale rapido ed efficiente nello svolgimento delle indagini», obiettivo espressamente enunciato al precitato punto 20 della motivazione (interpretazione teleologica).

¹¹ Convalida, peraltro, del tutto eventuale in quanto essa dipende interamente dalla legislazione dello Stato membro del procuratore europeo delegato «incaricato del caso». Nella fattispecie il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Monaco aveva autorizzato, sulla base del c.p.p. tedesco, l'emissione dell'ordine di perquisizione, da eseguire in Austria, emesso dal procuratore europeo delegato di quella città.

5. Considerazioni conclusive

La limitazione al solo rispetto delle norme procedurali di esecuzione della misura investigativa, dei criteri di esame dell'ammissibilità della misura stessa da parte del giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» sarebbe inoltre coerente con il principio giurisprudenziale dell'«effetto utile» delle norme di diritto dell'Unione che conferiscono poteri di azione ad un'istituzione o ad un organo dell'Unione stessa. In una giurisprudenza poco conosciuta e risalente nel tempo¹², la Corte di giustizia ha elaborato un'utilissima applicazione del principio interpretativo dell'«effetto utile» secondo la quale, qualora il legislatore dell'Unione istituisca un'autorità europea indipendente e le assegni il perseguimento di essenziali obiettivi di interesse pubblico, il medesimo legislatore deve dotare tale autorità di tutti i poteri di intervento necessari alla realizzazione di tali obiettivi. Nel caso di specie, l'obiettivo assegnato alla Procura europea è il perseguimento dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione mediante indagini transfrontaliere rapide ed efficaci che non possono essere paralizzate da un duplice o triplice esame dei presupposti sostanziali di una stessa misura investigativa da parte di più giudici nazionali per le indagini preliminari. Risulta quindi giustificata un'interpretazione dell'art. 31, par 3, del Regolamento EPPO basata sull'evidente «effetto utile» che può derivare per la rapidità e l'efficacia delle misure investigative disposte dal procuratore europeo delegato titolare dell'indagine, da una limitazione dell'autorizzazione del giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza» al solo controllo del rispetto delle norme procedurali disciplinanti le modalità di esecuzione della misura investigativa in questione. *Last but not least*, questa è l'interpretazione degli artt. 31 e 32 del Regolamento proposta alla Corte di giustizia dalla stessa Corte d'appello di Vienna alla fine della sua breve, ma estremamente densa ordinanza di rinvio¹³.

¹² Sentenze 9 luglio 1985 in cause riunite n. 281/85 ed altre, Germania e altri c. Commissione, punti 28 e 29 (Commissione: decisione sul coordinamento delle politiche migratorie degli Stati membri); 30 maggio 1989 in causa n. 242/87, Commissione c. Consiglio, punto 11 (Consiglio: decisione istitutiva del programma Erasmus di scambio di studenti fra università di Stati membri diversi); 22 gennaio 2014 in causa n. C-270/12, Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio, punti 85, 110 e 115 (Poteri di intervento in materia di “short selling” conferiti all'ESMA, Autorità europea per i mercati finanziari). Questa giurisprudenza della Corte sull'applicazione del principio interpretativo dell'«effetto utile» alle disposizioni di diritto dell'Unione che conferiscono poteri di azione ad un'Istituzione o ad un organo dell'Unione stessa è stata esaminata in dettaglio da E. TRAVERSA, *Regolamento EPPO: le disposizioni che paralizzano l'esercizio delle competenze della Procura europea sono invalide per violazione dell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)*, in questa Rivista, *supra*, p. 121 ss.

¹³ Ordinanza di rinvio, p. 8, par. 12, *cit. supra*, nota 1.

In conclusione la Corte di giustizia dovrà delineare nella propria sentenza – che sarà necessariamente assai “integrativa” delle disposizioni carenti o illogiche dell’art. 31 del Regolamento sopra esaminate – una razionale “divisione del lavoro” fra i giudici per le indagini preliminari di tutti gli Stati membri coinvolti in indagini transfrontaliere relative ai reati di competenza della Procura europea, in particolare nelle complesse indagini in materia di reati doganali, oggetto di questa prima questione pregiudiziale, in materia di frodi IVA di valore superiore ai dieci milioni di euro e di frodi relative a finanziamenti dell’Unione europea.

Enrico Traversa*

SINTESI

L’Autore esamina in dettaglio la prima ordinanza di rinvio pregiudiziale avente ad oggetto il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 istitutivo della Procura europea e precisamente le disposizioni dei suoi artt. 31 e 32 che disciplinano le «indagini transfrontaliere». Il giudice di rinvio (Corte d’appello di Vienna) ha chiesto alla Corte di giustizia dell’Unione europea di pronunciarsi su un caso concreto di «doppia autorizzazione» del giudice relativa ad una stessa misura investigativa (una perquisizione con sequestro di documenti). Nel procedimento *a quo* la perquisizione era stata disposta dal procuratore europeo delegato di Monaco di Baviera «incaricato del caso» e autorizzata da un giudice tedesco ed era stata eseguita dal procuratore europeo delegato di Vienna «incaricato di prestare assistenza» dopo l’autorizzazione di un giudice austriaco. La decisione di questo secondo giudice era stata impugnata dinanzi alla Corte d’appello di Vienna che ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sul problema dei criteri di esame di una misura investigativa da parte del giudice dello Stato membro in cui tale misura deve essere eseguita. Per la Corte d’appello di Vienna e per l’Autore, l’esame della misura investigativa da parte del secondo giudice deve essere limitato al controllo del rispetto delle sole norme di procedura che nello Stato membro del Procuratore europeo delegato «incaricato di prestare assistenza» regolano l’esecuzione della misura investigativa. Il riesame dei presupposti sostanziali della misura stessa da parte di questo secondo giudice comporterebbe infatti la trasmissione di tutto il fascicolo processuale dallo Stato membro del Procuratore europeo delegato «incaricato del caso» allo Stato membro del Procuratore europeo delegato «incaricato di prestare assistenza» e nella maggior parte dei casi la traduzione da una lingua ufficiale all’altra dell’Ue di decine o addirittura centinaia di documenti

* Già avvocato del Servizio giuridico della Commissione europea e Direttore della Sezione “*Giustizia e affari interni*” dello stesso Servizio; Professore a contratto di diritto dell’Unione europea / Università di Bologna

processuali. È quindi indispensabile che la Corte di giustizia, nella sua futura e importantissima sentenza, dia agli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO un'interpretazione "teleologica" che consenta di evitare la paralisi dell'attività investigativa della Procura europea.

ABSTRACT

The Author examines thoroughly the first request for interpretation of EU Regulation n. 2017/1939 on the establishment of the European Public Prosecutor's Office and more precisely the interpretation of its Articles 31 and 32 governing «Cross-border investigations». The referring judge (Court of Appeal of Vienna, Austria) asked the EU Court of Justice to decide on a case of double judicial authorisation of the same investigative measure (search and seizure of documents). In the main proceedings the European delegated prosecutor (EDP) of Munich (Germany) «handling the case» ordered a search that had been authorised by the competent German judge, and assigned such investigative measure to a EDP based in Vienna who carried out it after having obtained the authorisation of the Austrian competent judge. The Defendants challenged this decision before the Vienna Court of Appeal that requested the Court of Justice to rule on the following question: which are the criteria of assessment of a cross-border investigative measure to be applied by the judge of the Member State where such measure is to be carried out? For the Vienna Court of appeal and for the Author the control of the investigative measure by the second judge is to be confined to compliance with purely procedural rules governing the execution of the «assigned» investigative measure in the Member State of the «assisting» EDP. A second examination of the substantive requirements of the investigative measure by the second judge would indeed bring about the need of transmitting the whole case file from the Member State of the «handling» EDP to the Member State of the «assisting» EDP. Furthermore, in most cases tens or even hundreds of relevant evidence documents would need to be translated from an official language to another. It is therefore indispensable that in its future and very important judgement the Court of justice provides for a «teleological» interpretation of Articles 31 and 32 of the EPPO Regulation that would prevent paralysing the whole EPPO investigative activity.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE: L'OBBLIGO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO TRA STATI MEMBRI UE DEI PROVVEDIMENTI DI CONGELAMENTO E CONFISCA DEI PROVENTI ILLECITI COSTITUISCE UN'ARMA EFFICACE NELLA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA TRANSNAZIONALE E AL TERRORISMO

Regolamento (Ue) n. 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 82, par. 1, lett. a.,
vista la proposta della Commissione europea,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria¹,
considerando quanto segue:

(Omissis)

* In *Gu-Ue* n. L 303 del 28 novembre 2018, p. 1 ss. Il testo integrale è reperibile sul sito internet [www.https://eur-lex.europa.eu/](https://eur-lex.europa.eu/). In argomento v. *infra*, p. 229 ss., il commento di *NADIA LEVANTINO*.

¹ Posizione del Parlamento europeo del 4 ottobre 2018 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 6 novembre 2018.

hanno adottato il presente regolamento:

CAPO I - Oggetto, definizioni e ambito di applicazione

Articolo 1 - Oggetto

1. Il presente regolamento stabilisce le norme secondo le quali uno Stato membro riconosce ed esegue nel suo territorio provvedimenti di congelamento e provvedimenti di confisca emessi da un altro Stato membro nel quadro di un procedimento in materia penale.

2. Il presente regolamento non ha come effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici enunciati all'art. 6 TUE.

3. Nell'emettere un provvedimento di congelamento o un provvedimento di confisca, le autorità di emissione assicurano il rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità.

4. Il presente regolamento non si applica ai provvedimenti di congelamento e ai provvedimenti di confisca emessi nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa.

(Omissis)

Articolo 3 - Figure di reato

1. I provvedimenti di congelamento o i provvedimenti di confisca sono eseguiti senza verifica della doppia incriminabilità dei fatti che hanno dato luogo a tale provvedimento se detti fatti sono punibili nello Stato di emissione con una pena privativa della libertà della durata massima non inferiore a tre anni e costituiscono uno o più dei seguenti reati secondo la legge dello Stato di emissione:

1. partecipazione a un'organizzazione criminale,
2. terrorismo,
3. tratta di esseri umani,
4. sfruttamento sessuale di minori e pedopornografia,
5. traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope,
6. traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi,
7. corruzione,
8. frode, compresi la frode e gli altri reati che ledano gli interessi finanziari dell'Unione definiti nella direttiva (Ue) n. 2017/1371¹⁷ del Parlamento europeo e del Consiglio,
9. riciclaggio di proventi da reato,
10. falsificazione e contraffazione di monete, compresa quella dell'euro,
11. criminalità informatica,

¹⁷ Direttiva (Ue) n. 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, in *Gu-Ue* n. L 198 del 28 luglio 2017, p. 29.

12. criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette,
13. favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali,
14. omicidio volontario o lesioni personali gravi,
15. traffico illecito di organi e tessuti umani,
16. rapimento, sequestro o presa di ostaggi,
17. razzismo e xenofobia,
18. rapina organizzata o a mano armata,
19. traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte,
20. truffa,
21. racket ed estorsioni,
22. contraffazione e pirateria di prodotti,
23. falsificazione di atti amministrativi e traffico di atti amministrativi falsificati,
24. falsificazione di mezzi di pagamento,
25. traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita,
26. traffico illecito di materie nucleari e radioattive,
27. traffico di veicoli rubati,
28. stupro,
29. incendio doloso,
30. reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale,
31. dirottamento di aereo/nave,
32. sabotaggio.

2. Per quanto riguarda i reati diversi da quelli di cui al paragrafo 1, lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento di congelamento o del provvedimento di confisca alla condizione che i fatti che hanno dato luogo al provvedimento costituiscano un reato ai sensi della legge dello Stato di esecuzione, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso ai sensi della legge dello Stato di emissione.

(Omissis)

IL REGOLAMENTO (UE) N. 2018/1805: LA DISCIPLINA EUROPEA SUL CONGELAMENTO E LA CONFISCA, TRA ESIGENZE DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *Il principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni fondamentali e il ravvicinamento normativo* - 3. *Il Regolamento (Ue) n. 2018/1805* - 4. *La compatibilità con i diritti fondamentali: i motivi di rifiuto al riconoscimento e all'esecuzione dei provvedimenti di congelamento e confisca* - 5. *Conclusioni*.

1. Introduzione

In un contesto caratterizzato da una dimensione penale sempre più transnazionale, il congelamento e la confisca dei proventi illeciti costituiscono oggi due strumenti efficaci nel contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo.

Vent'anni dopo l'istituzione di *Eurojust*¹, l'attività di ablazione di beni costituenti proventi di reato, da parte delle autorità nazionali, ha assunto

¹ *Eurojust* è un'agenzia con sede all'Aja che, dal 2002, ha il compito di promuovere la lotta contro le più gravi forme di criminalità organizzata e una cooperazione giuridica all'interno del territorio dell'Unione, grazie al contributo di un rappresentante nazionale per Stato membro scelto tra giudici, procuratori e funzionari esperti. Il ruolo della suddetta agenzia è stato rafforzato dall'art. 85 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che prevede il potenziamento del coordinamento fra autorità nazionali, responsabili dell'esercizio dell'azione penale o delle indagini contro la criminalità grave che coinvolga due o più Stati membri. Inoltre, il Regolamento (Ue) n. 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicato in *Gu-Ue* n. L 295 del 21 novembre 2018, p. 138, ne ha ampliato le competenze favorendo la trasformazione della stessa da semplice organo di coordinamento delle autorità nazionali in vera e propria autorità europea, dotata di autonomi poteri di azione. Per maggiori approfondimenti si veda E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della procura europea (EPPU): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in questa *Rivista*, 2020, n. 3-4, p. 488 ss., spec. p. 561.

una notevole incidenza e si è inserita nell'ambito di forme di cooperazione giudiziaria tra Stati sempre più evolute². Oggi, la cooperazione giudiziaria in materia penale rappresenta un nodo cruciale dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e trova il proprio fondamento nel principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, sancito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)³.

Durante la prima fase dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale, infatti, prima del Trattato di Lisbona⁴, la materia penale era custodita *gelosamente* dagli Stati membri⁵ e non era considerata oggetto di competenza dell'allora Comunità europea.

Successivamente, il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha delineato una competenza dell'Unione europea in materia penale, diretta alla riduzione delle differenze tra le legislazioni penali dei vari Stati membri⁶, favorendo il superamento della struttura in tre pilastri⁷ prevista del precedente Trattato di Maastricht⁸.

² Uno degli esempi più significativi di questa evoluzione è rappresentato dall'adozione del Regolamento (Ue) n.2017/1939 del Consiglio, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO), in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2017, pp. 1-71. Con l'entrata in vigore del citato Regolamento, gli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata, tra i quali l'Italia, hanno attuato il trasferimento delle competenze di natura giudiziaria per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione a un'autorità europea, la Procura. È inoltre previsto, a livello decentrato, che le funzioni della Procura siano esercitate dai procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri. Per un quadro dettagliato della disciplina in materia, si consulti E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della procura europea (EPPO)*, cit. *supra*, nota 1; ID., *Regolamento EPPO: le disposizioni che paralizzano l'esercizio delle competenze della Procura europea sono invalide per violazione dell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2022 e in questa *Rivista*, *supra*, p. 121.

³ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, versione consolidata, in *Gu-Ue* n. C 202 del 7 giugno 2016, p. 47.

⁴ Trattato di Lisbona, in *Gu-Ue* n. C 306 del 17 dicembre 2007, pp. 1-271.

⁵ F. ROSSI, *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, n. 4, p. 109.

⁶ *Ivi*.

⁷ Il primo pilastro era rappresentato dalle Comunità Europee, il secondo pilastro aveva ad oggetto la Politica Estera e la Sicurezza Comune (PESC) e il terzo riguardava la Giustizia e gli Affari Interni (GAI). Nel primo pilastro, le competenze erano esercitate dalle istituzioni europee poiché oggetto di trasferimento di sovranità da parte degli Stati membri nei settori esplicitamente disciplinati dal Trattato. In tali settori, l'adozione degli atti legislativi avveniva secondo la procedura ordinaria di codecisione del Consiglio e del Parlamento europeo. Invece, per il secondo e il terzo pilastro, i titoli V e VI prevedevano una cooperazione di carattere intergovernativo con un ruolo preminente dei Governi nazionali nel processo decisionale e la presenza di elementi sovranazionali, quali il coinvolgimento della Commissione europea e la mera consultazione del Parlamento europeo.

⁸ Trattato di Maastricht, in *Guce* n. C 191 del 29 luglio 1992, pp. 1-112.

In questo contesto si inserisce il Regolamento (Ue) n. 2018/1805⁹, entrato in vigore il 19 dicembre 2020 che, per la prima volta con un atto direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, ha l'obiettivo di colpire i patrimoni illeciti sparsi nel territorio europeo, estendendo l'ambito di applicazione della precedente direttiva n. 2014/42/Ue¹⁰.

Il Regolamento (Ue) n. 2018/1805 è stato elaborato in un contesto normativo caratterizzato, nel corso degli anni, dall'introduzione di diversi strumenti giuridici a livello internazionale ed europeo. Nel perseguimento dell'obiettivo di contrasto al crimine organizzato transnazionale, si sono infatti succedute significative convenzioni internazionali, elaborate nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite¹¹ e del Consiglio d'Europa¹², nonché numerose decisioni quadro¹³ adottate dalle istituzioni europee, fino ad arrivare alla citata direttiva n. 2014/42/Ue e al Regolamento (Ue) n. 2018/1805¹⁴.

Attraverso l'evoluzione normativa delineata dagli strumenti citati, si è assistito a un'estensione dell'applicabilità delle misure di congelamento e confisca, con riferimento all'oggetto e alla categoria dei reati. Le suddette misure ablativo, infatti, risultano oggi applicabili sia ai beni costituenti profitto del reato sia a quelli che ne rappresentano il prodotto o il prezzo, al di là della sussistenza di uno stretto nesso di pertinenzialità tra bene e reato, nonché in ipotesi di assenza di condanna definitiva. Inoltre, si tratta

⁹ Regolamento (Ue) n. 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, in *Gu-Ue* n. L 303 del 28 novembre 2018, pp. 1-38.

¹⁰ Direttiva n. 2014/42/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 127 del 29 aprile 2014, pp. 39-50.

¹¹ Si tratta della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti, firmata a Vienna il 20 dicembre 1988, in *Guri* n. 267 del 15 novembre 1990 e della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, firmata a Palermo il 15 novembre 2000, in *Guri* n. 85 dell'11 aprile 2006, *suppl. ord.*

¹² Si veda la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, firmata a Strasburgo l'8 novembre 1990, in *Guri* n. 202 del 28 agosto 1993, *suppl. ord.*

¹³ Si tratta della decisione quadro n. 2001/500/GAI del Consiglio del 26 giugno 2001 concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, in *Guce* n. L 182 del 5 luglio 2001, pp. 1-2; della decisione quadro n. 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, in *Gu-Ue* n. L 68, del 15 marzo 2005, pp. 49-51; della decisione quadro n. 2003/577/GAI del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in *Gu-Ue* n. L 196 del 2 agosto 2003, pp. 45-55; della decisione quadro n. 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, in *Gu-Ue* n. L 328, del 24 novembre 2006, pp. 59-78.

¹⁴ Per un quadro generale e completo sulle direttive cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983 e, da ultimo, ID., *Evoluzione splendori e decadenza delle direttive comunitarie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

di strumenti applicabili ad un'ampia categoria di reati¹⁵, purché siano perseguibili nello stato di esecuzione della misura, a prescindere dalla qualificazione giuridica del fatto e dagli elementi costitutivi della fattispecie¹⁶.

La portata innovativa del Regolamento (Ue) n. 2018/1805 costituisce senza dubbio «un'altra tappa decisiva nel settore del recupero dei beni»¹⁷. Il principale obiettivo del Regolamento è, infatti, di favorire il recupero transfrontaliero dei beni e di velocizzarne la tempistica in un contesto in cui, a causa del carattere transnazionale della criminalità, «per congelare e confiscare i beni strumentali e i proventi da reato è essenziale una cooperazione transfrontaliera efficace»¹⁸.

Il Regolamento rappresenta una tappa significativa perché si caratterizza, in senso innovativo, per le previsioni relative al riconoscimento automatico dei provvedimenti di congelamento e confisca, per lo slancio di coordinamento fornito alle varie autorità nazionali coinvolte, nonché per il rigoroso scambio di informazioni e la predisposizione di un sistema di garanzie a tutela dei soggetti coinvolti.

Tuttavia, questo atto dell'Unione direttamente applicabile, costituisce il risultato di un lungo e difficile percorso di negoziazione in seno al Consiglio dell'Unione europea, laddove sono emerse posizioni differenti tra gli Stati membri, caratterizzati da sistemi normativi, spesso, frutto di realtà giuridiche disomogenee ed esperienze storiche differenti.

Nel corso dei primi due anni di applicazione dall'entrata in vigore del Regolamento, non sono mancati dubbi e critiche da parte della dottrina sui quali sarà chiamata ad intervenire la Corte di giustizia dell'Unione europea, in riferimento ad alcuni istituti, quali i motivi di rifiuto dell'esecuzione connessi a esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

¹⁵ Il *considerando* n. 14 del Regolamento (Ue) n. 2018/1805 stabilisce che quest'ultimo si applica non solo ai provvedimenti connessi a reati nell'ambito della citata direttiva n. 2014/42/UE ma anche ai provvedimenti relativi ad altri reati. In particolare, ai sensi dell'art. 3, par. 1, del Regolamento, la procedura prevista è attivabile «senza verifica della doppia incriminazione dei fatti», a trentadue categorie di reati, se tali fatti sono punibili nello Stato di emissione «con una pena privativa della libertà non inferiore nel massimo a tre anni».

¹⁶ Art. 3, par. 2: «Per quanto riguarda i reati diversi da quelli di cui al paragrafo 1, lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento di congelamento o del provvedimento di confisca alla condizione che i fatti che hanno dato luogo al provvedimento costituiscano un reato, ai sensi della legge dello Stato di esecuzione, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso ai sensi della legge dello Stato di emissione».

¹⁷ European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on asset recovery and confiscation: ensuring that crime does not pay*, Com(2020)217 final, Brussels, 2 June 2020.

¹⁸ *Considerando* n. 4 del Regolamento (Ue) n. 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, *loc. cit.*

Questioni problematiche sono, infatti, emerse con riferimento all'elaborazione dei motivi che autorizzano uno Stato membro a rifiutare il riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca, nei casi di «palese violazione di un pertinente diritto fondamentale» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di Nizza¹⁹, come previsto dagli artt. 8, par. 1, lett. *f.*²⁰ e 19, par. 1, lett. *h.*²¹ del Regolamento, norme elaborate dopo un articolato dibattito alimentato soprattutto dai contributi delle delegazioni italiana²² e tedesca in seno al Consiglio.

Appare dunque opportuno analizzare il Regolamento (Ue) n. 2018/1805, per verificarne la disciplina e l'efficacia nel quadro legislativo eurounitario, nonché esaminare le questioni tutt'oggi «aperte» che solamente l'esperienza applicativa e l'interpretazione giurisprudenziale delle corti interne e sovranazionali potranno chiarire.

2. Il principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni fondamentali e il ravvicinamento normativo

Il Trattato di Lisbona, nel definire le politiche in materia di libertà, sicurezza e giustizia, ha consolidato l'impegno dell'Unione nella lotta contro la criminalità «tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni pena-

¹⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea, in *Gu-Ue* n. C 326 del 26 ottobre 2012, pp. 391-407.

²⁰ L'art. 8, par. 1, lett. *f.*, disciplina tale ipotesi quando «in situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di congelamento comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa».

²¹ L'art. 19, par. 1, lett. *h.* prevede tale ipotesi quando «in situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di confisca comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa».

²² Si noti che la legislazione italiana in materia di confisca costituisce una tradizione giuridica consolidata da tempo. La legge n. 646 del 13 settembre 1982 c.d. «Rognoni-La Torre», approvata dopo l'uccisione dell'on. Pio La Torre avvenuta il 30 aprile dello stesso anno, ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. di associazione a delinquere di tipo mafioso e ha previsto misure di carattere patrimoniale applicabili contro l'accumulazione illecita di capitali. Ancora, nel trentennale della sua uccisione, avvenuta il 23 maggio 1992 nella strage di Capaci, è doveroso ricordare il c.d. metodo Falcone noto come «*follow the money*» (seguì i soldi), perché per primo, negli anni Ottanta, il giudice palermitano comprese come intercettare le tracce degli spostamenti di ricchezza in Europa e negli Usa, attraverso l'analisi della documentazione bancaria, al fine di contrastare l'infiltrazione della criminalità organizzata nelle economie dei vari Paesi.

li»²³. In forza del principio di mutuo riconoscimento, sancito dall'art. 82, par. 1, del TFUE, la decisione che ne costituisce oggetto produce, al di fuori dello Stato nel quale è adottata, gli stessi effetti giuridici stabiliti dal diritto di quest'ultimo e quelli previsti nello Stato che effettua il riconoscimento. Ciò avviene a prescindere dal fatto che vi sia corrispondenza tra le disposizioni dei sistemi giuridici dei due Stati, dal punto di vista sostanziale e processuale, sulla base della fiducia reciproca instauratasi e della comunanza dei principi fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati coinvolti²⁴.

La seconda parte dell'art. 82, par. 1, TFUE individua le misure che possono essere adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio, secondo la procedura ordinaria, per «a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni».

Tali misure includono non solo le direttive ma anche i regolamenti²⁵. L'art. 82 costituisce, infatti, la base normativa su cui si fonda il Regolamento (Ue) n. 2018/1805.

Il ravvicinamento normativo è stato, invece, preso in considerazione nella realizzazione della cooperazione giudiziaria penale, solamente in relazione a determinate materie previste dall'art. 82, par. 2, TFUE e dal successivo art. 83, par. 1 e 2, TFUE.

L'art. 82, par. 2, attribuisce al Consiglio e al Parlamento la possibilità di adottare secondo la procedura ordinaria «direttive di armonizzazione minima» in alcuni settori del diritto processuale, per i quali è necessario individuare norme minime comuni, sul presupposto che senza armonizzazione delle regole non possa attuarsi il reciproco riconoscimento.

Vi rientrano in particolare, «l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli stati membri» (lett. a.), «i diritti della persona nella procedura penale» (lett.

²³ Art. 67 TFUE, par. 3: «L'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti, nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali».

²⁴ R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2020; per un commento sistematico del Trattato di Lisbona cfr. M. Fragola, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2010.

²⁵ L. SALAZAR, *Commento art. 82*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione Europea operativo*, Napoli, Simone, 2012, p. 898 ss.

b.) ovvero quelle garanzie minime di tutela per i soggetti coinvolti nei procedimenti penali, «i diritti delle vittime della criminalità» (lett. c.) e comunque gli strumenti posti dalla legislazione europea a tutela delle vittime di reato, «altri elementi specifici della procedura penale» (lett. d.), ossia regole essenziali di tutela individuate, a seconda dai casi, mediante una decisione adottata dal Consiglio all'unanimità e approvata dal Parlamento europeo²⁶.

Il successivo art. 83 include tra le modalità di attuazione della cooperazione penale tra Stati e quindi del ravvicinamento normativo la possibilità per il Parlamento europeo e il Consiglio di adottare misure sostanziali stabilendo «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» in alcuni settori c.d. «sfere di criminalità particolarmente gravi» ed espressamente citati dalla norma. Si tratta dei c.d. eurocrimini: «terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata».

3. Il Regolamento (Ue) n. 2018/1805

Il Regolamento (Ue) n. 2018/1805 è applicabile a tutti i provvedimenti di *congelamento* e *confisca* emessi dagli Stati membri nel quadro di un procedimento in materia penale.

L'art. 2, n. 1, definisce il congelamento (*freezing*) «una decisione emessa o convalidata da un'autorità di emissione al fine di impedire la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di beni in vista della loro confisca».

Si tratta di una nozione presente in diversi sistemi europei ed internazionali, sconosciuta nel diritto italiano, che include qualsiasi provvedimento ablatorio provvisorio, da adottare in vista della successiva confisca e quindi riconducibile alla figura del sequestro finalizzato alla confisca²⁷.

²⁶ Si noti che le disposizioni del Trattato citate evidenziano, in materia di legislazione penale processuale, un quadro normativo caratterizzato da un limitato conferimento di poteri alle istituzioni europee. La questione si è posta, in particolare, con riferimento alla nuova Procura europea, ufficio che include a livello decentrato anche i procuratori delegati degli Stati membri, che operano nell'ambito di disposizioni di diritto processuale nazionali e non uniformi a livello europeo. Per tali ragioni, il fondamento del Regolamento EPPO è stato rintracciato nell'art. 86 TFUE, in deroga alla menzionata disciplina di cui all'art. 82 TFUE, in un quadro normativo caratterizzato dall'esercizio dell'azione penale, da parte della Procura europea, dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri e da uno statuto stabilito con un Regolamento anziché con una direttiva. Per maggiori approfondimenti, si veda E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della procura europea (EPPO)*, cit. supra, nota 2.

²⁷ Si veda la circolare del Ministero della giustizia sull'attuazione del Regolamento (Ue) n. 2018/1805, 18 febbraio 2021, disponibile all'indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=SDC322010&previousPage=mg_1_8.

Per confisca (*confiscation*) si intende, invece, «una sanzione o misura definitiva imposta da un organo giurisdizionale a seguito di un procedimento connesso ad un reato, che provoca la privazione definitiva di un bene di una persona fisica e giuridica» (art. 2, n. 2). In questo caso, si tratta di una misura irrevocabile che comporta l'ablazione definitiva di un bene.

Il Regolamento (Ue) n. 2018/1805 si applica a tutti i provvedimenti emessi nel quadro di un procedimento in materia penale, compresi i provvedimenti legati ad una condanna e quelli emessi in assenza di condanna²⁸. Non si applica invece ai procedimenti di carattere civile o amministrativo (art. 1, par. 4).

È opportuno precisare che nella versione iniziale della proposta di Regolamento della Commissione europea²⁹ si faceva riferimento ai provvedimenti assunti nell'ambito di un procedimento penale (*within the framework of criminal proceedings*) racchiudendo in questa definizione sicuramente i provvedimenti di confisca senza condanna, emanati al di là dei casi previsti dalla direttiva n. 2014/42/Ue³⁰. Nella versione definitiva, invece, negoziata in senso al Consiglio e definitivamente approvata, su sollecitazione della delegazione italiana e dopo lunghi negoziati con le altre delegazioni, si è proceduto ad una modifica del testo, al fine di ampliare l'ambito di applicazione del Regolamento e in modo da includere tutti i procedimenti in materia penale³¹, comprese le misure di prevenzione c.d. antimafia³² che, invece, sarebbero rimaste fuori dal Regolamento in questione³³.

²⁸ European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on asset recovery and confiscation: ensuring that crime does not pay*, cit. supra, nota 17.

²⁹ Si tratta della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, Com(2016)819 finale, 21 dicembre 2016.

³⁰ Si ricorda che una delle novità introdotte dalla citata direttiva è la previsione di una nozione minima di confisca senza condanna in ipotesi specifiche, quali la malattia e la fuga dell'imputato. L'art. 4 disciplina, infatti, le sole ipotesi di fuga o malattia dell'imputato senza possibilità di estenderne l'ambito di applicazione, in un procedimento in cui il giudice riscontri che, se l'imputato fosse stato processato, il procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale.

³¹ Si noti che l'iniziativa italiana è stata giustificata proprio dalla necessità di eliminare gli ostacoli al riconoscimento e all'esecuzione di provvedimenti di natura preventiva, quali le misure di prevenzione patrimoniali che sono previste nell'ordinamento italiano e non sono invece disciplinate nelle legislazioni di molti Stati membri.

³² Si ricorda che le citate confische di prevenzione, previste dal dlgs n. 159/2011, non sono considerate come sanzioni penali nel nostro sistema giuridico e in ambito convenzionale dalla Corte di Strasburgo poiché non sono adottate nell'ambito di un procedimento penale in senso stretto: esse presuppongono infatti una dichiarazione di pericolosità sociale del soggetto colpito, fondata sul mero sospetto dell'appartenenza di costui a una associazione di tipo mafioso e non hanno, secondo la giurisprudenza e la dottrina, né una portata repressiva, né natura penale. Si veda, in particolare A. M. MAUGERI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il*

In ogni caso, il *considerando* n. 13 del Regolamento (Ue) n. 2018/1805 precisa che «procedimento in materia penale è un concetto autonomo del diritto dell'Unione europea interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo». Il *considerando* prevede, inoltre, che il Regolamento sarà applicabile a tutti i procedimenti «connessi ad un reato».

Una parte della dottrina ha riscontrato difficoltà nell'individuare il contenuto del suddetto «concetto autonomo», così come l'espressione «ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Nel delineato quadro normativo, si ritiene che sarà necessario attendere le delucidazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea che sarà chiamata come interprete del Regolamento a sciogliere i dubbi legati all'interpretazione dello stesso³⁴.

Allo stato attuale, il Regolamento risulta applicabile nel nostro ordinamento relativamente alle seguenti misure³⁵: la confisca tradizionale disciplinata dall'art. 240 c.p.³⁶ e altre le misure di confisca obbligatoria del profitto di reato previste; la confisca applicabile alla persona giuridica ai sensi dell'art. 19³⁷ del dlgs n. 231/2001³⁸; la confisca per equivalente; la confisca estesa o allargata, tra cui le ipotesi ex art. 240 bis c.p.³⁹; le misure

reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, n. 1, p. 47.

³³ C. GRANDI, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del Regolamento (UE) 2018/1805*, disponibile all'indirizzo <https://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/05/Grandi-App-edit.2021.5.25.pdf>.

³⁴ A. M. MAUGERI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, cit. supra, nota 32.

³⁵ Si veda la circolare del Ministero della Giustizia sull'attuazione del Regolamento (Ue) n. 2018/1805, 18 febbraio 2021, disponibile all'indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=SDC322010&previousPage=mg_1_8.

³⁶ Si noti che l'art. 240 del Codice penale italiano si focalizza sulla natura del bene oggetto di confisca, includendovi le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato ovvero che ne rappresentano «il prodotto, il profitto o il prezzo». E esso valorizza la funzione social-preventiva della confisca e richiede un nesso di pertinenzialità tra il patrimonio e il fatto di reato.

³⁷ L'art. 19 del dlgs n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa delle società e degli enti dipendente da reato, disciplina l'applicabilità della confisca del prezzo o del profitto di reato, in caso di sentenza di condanna. Si tratta di una misura sanzionatoria disposta in caso di sentenza di condanna ma anche in via cautelare secondo il procedimento di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca. La norma in questione fa salvi la parte di profitto o prezzo confiscabili, restituibili al danneggiato e i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

³⁸ Dlgs n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, in *Guri* n. 140 del 19 giugno 2001.

³⁹ La confisca c.d. allargata era originariamente prevista dall'art. 12 *sexies* del d.l. n. 306/1992 ed è oggi disciplinata dall'art. 240 bis c.p. tra le confische «in casi particolari». Essa deve essere disposta in presenza di due presupposti: la condanna per determinati reati espressamente previsti e la sproporzione del patrimonio di cui il condannato dispone, anche indirettamente, rispetto al proprio reddito o alla propria attività economica. La sussistenza di

di prevenzione patrimoniali di cui al dlgs n. 159/2011; i provvedimenti di sequestro finalizzati alla confisca.

4. La compatibilità con i diritti fondamentali: i motivi di rifiuto al riconoscimento e all'esecuzione dei provvedimenti di congelamento e confisca

Il *considerando* n. 16 e il par. 2 dell'art. 1 del Regolamento (Ue) n. 2018/1805 prevedono che, con l'entrata in vigore del presente Regolamento, deve essere assicurato il rispetto dei «diritti fondamentali e principi giuridici enunciati dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea» (TUE)⁴⁰. Inoltre, il Regolamento si impegna a garantire il rispetto dei diritti fondamentali tutelati in seno all'Unione europea dalla Carta di Nizza⁴¹ e in ambito convenzionale dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali⁴² (*considerando* n. 17). Il Regolamento prevede altresì l'applicazione dei diritti procedurali, di cui alle direttive n. 2010/64/UE⁴³, n. 2012/13/UE⁴⁴, n. 2013/48/UE⁴⁵, (Ue) n. 2016/343⁴⁶, (Ue)

queste due circostanze, infatti, fonda la presunzione che il patrimonio del condannato derivi da attività illecite e che il giudice debba procedere obbligatoriamente alla confisca.

⁴⁰ Trattato sull'Unione europea, versione consolidata, in *Gu-Ue* n. C 202 del 7 giugno 2016, pp. 13-47.

⁴¹ Per completezza, si ricorda che il tema del rispetto dei diritti fondamentali si è posto recentemente anche in seguito all'introduzione del Regolamento (Ue) sulla Procura europea n. 2017/1939. L'art. 5, par. 1, del Regolamento stabilisce, infatti, che le attività dell'EPPO devono rispettare i «diritti sanciti nella Carta». Il suddetto richiamo alle garanzie previste nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea implica che l'intero ufficio della Procura europea, inclusi i delegati nazionali, dovrà assicurarne il rispetto, anche nelle ipotesi in cui i procuratori degli Stati membri siano chiamati ad applicare le disposizioni nazionali del proprio diritto processuale penale, per gli aspetti non disciplinati dal Regolamento (art. 5, par. 3). Come è stato affermato da autorevole dottrina, per quanto le norme nazionali non possano essere considerate disposizioni di attuazione ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta di Nizza, quest'ultima disposizione si applica a tutte le istituzioni e organi europei, quindi anche nel caso in cui un organo come la Procura sia chiamato ad applicare la legislazione nazionale degli Stati membri. Pertanto, qualora i procuratori nazionali si trovino di fronte a un conflitto tra una norma del proprio diritto processuale penale e un diritto fondamentale della persona accusata, garantito dalla relativa Carta, dovrebbero astenersi dall'applicare la disposizione nazionale incompatibile e sollevare, per gli eventuali dubbi interpretativi, questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Si veda, in particolare, l'analisi di E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della procura europea (EPPO)*, *cit. supra*, nota 2.

⁴² Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre, in *Guri* n. 221 del 24 settembre 1955.

⁴³ Direttiva n. 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, in *Gu-Ue* n. L 280 del 26 ottobre 2010, pp. 1-7.

⁴⁴ Direttiva n. 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in *Gu-Ue* n. L 142 del 1° giugno 2012, pp. 1-10.

⁴⁵ Direttiva n. 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, re-

n. 2016/800⁴⁷ e (Ue) n. 2016/1919⁴⁸ del Parlamento europeo e del Consiglio, ai procedimenti penali rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento (*considerando* n. 18).

Proprio la violazione dei diritti fondamentali rappresenta uno di quei casi eccezionali nei quali l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti di congelamento e confisca. In particolare, gli artt. 8, par. 1, lett. *f.* e 19, lett. *h.* si riferiscono alle ipotesi nelle quali «sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale della Carta», tra cui si includono il diritto ad un ricorso effettivo, ad un giudice imparziale e i diritti della difesa.

Si rileva che, in base al *considerando* n. 34 del Regolamento, il diritto di proprietà non si considera incluso tra i citati diritti «dal momento che il congelamento e la confisca di beni implicano inevitabilmente un'ingerenza nel diritto di proprietà⁴⁹ di una persona e le necessarie garanzie sono già previste dal diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento».

Il menzionato motivo di non riconoscimento è stato introdotto in seguito ad una discussione maturata in seno al Consiglio su iniziativa del Governo tedesco che, in data 8 dicembre 2017, ha presentato una dichiarazione⁵⁰, da mettere a verbale, per cui non sarebbe stato in grado di approvare l'orientamento generale condiviso dagli altri Paesi nell'attuale testo del Regolamento.

Con la suddetta dichiarazione, la delegazione tedesca ha inteso sollecitare l'attenzione degli altri Stati membri sulla recente giurisprudenza ela-

lativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, in *Gu-Ue* n. L 294 del 6 novembre 2013, pp. 1-12.

⁴⁶ Direttiva (Ue) n. 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in *Gu-Ue* n. L 65 dell'11 marzo 2016, pp. 1-11.

⁴⁷ Direttiva (Ue) n. 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, in *Gu-Ue* n. L 132 del 21 maggio 2016, pp. 1-20.

⁴⁸ Direttiva (Ue) n. 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, in *Gu-Ue* n. L 297 del 04 novembre 2016, pp. 1-8.

⁴⁹ Si ricorda che mentre, nella dimensione sovranazionale delineata dall'art. 1 del Primo Protocollo della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dall'art. 17 della Carta di Nizza, il diritto di proprietà è qualificato come un diritto fondamentale dell'individuo, nel nostro impianto costituzionale, la disciplina del suddetto diritto si inserisce nell'ambito dei rapporti economici, ai sensi dell'art. 42 della Costituzione.

⁵⁰ Si veda il documento del Consiglio n. 15104/17 dell'8 dicembre 2017 disponibile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15104-2017-ADD-1/it/pdf>.

borata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea⁵¹ in materia di mandato di arresto europeo e procedura di consegna tra Stati membri⁵² e, soprattutto, sul caso *Aranyosi e Caldaru*⁵³.

Con la citata pronuncia, la Corte di giustizia ha, infatti, affermato che il principio di mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca sussistente tra gli Stati implicano che questi ultimi «siano tenuti, in linea di principio, a dar corso ad un mandato di arresto europeo». Pertanto, sarebbe di regola precluso alle autorità dello Stato di esecuzione il rifiuto della consegna, al di fuori dei casi imposti o consentiti dalla decisione quadro⁵⁴. Tuttavia, la Corte ha affermato che il mutuo riconoscimento può subire limitazioni «*in circostanze eccezionali*» ovvero in presenza di elementi obiettivi, affidabili, precisi, comprovanti carenze sistemiche o generalizzate e che facciano ritenere che il ricercato venga sottoposto a trattamenti inumani e degradanti⁵⁵.

In tal caso, lo Stato di esecuzione può sospendere o rifiutare la consegna, se vi è motivo di ritenere che la persona destinataria di un mandato di arresto europeo, emesso ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, a causa delle condizioni di detenzione dello Stato membro emittente, «corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante», ai sensi dell'art. 3 della CEDU e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in caso di consegna al suddetto Stato membro⁵⁶.

A seguito degli emendamenti proposti dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del Parlamento europeo si è pervenuti all'attuale testo degli artt. 8, lett. *f.* e art. 19, lett. *h.* che specificano le condizioni in presenza delle quali è considerato legittimo il rifiuto di riconoscimento e di esecuzione: deve trattarsi di «casi eccezionali», di una «palese violazione», di «seri motivi» risultanti da «motivi specifici e oggettivi».

Pertanto, nonostante l'adozione di una formulazione testuale volta a ridurre la discrezionalità dell'autorità di esecuzione, resta il dato normativo, esposto a critiche da parte della dottrina, per cui un vero e proprio mo-

⁵¹ Si veda, in particolare, la disamina effettuata in C. GRANDI, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del Regolamento (UE) 2018/1805*, cit. supra, nota 30.

⁵² Decisione quadro del Consiglio n. 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in *Guce* n. L 190 del 18 luglio 2002.

⁵³ Sentenza del 5 aprile 2016 in cause riunite n. C-404/15 e n. C-659/15, *Aranyosi e Caldaru*, EU:C:2016:198.

⁵⁴ *Ivi*, punti 79-80.

⁵⁵ *Ivi*, punti 88-104.

⁵⁶ C. GRANDI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, in *Diritto penale e processo*, 2019, n. 1, p. 1626.

tivo di rifiuto basato sulla violazione delle garanzie individuali ha fatto ingresso tra le fonti in materia di mutuo riconoscimento⁵⁷.

Tra l'altro, recentemente, la questione dei motivi di rifiuto all'esecuzione di un provvedimento europeo in materia penale, sotto il profilo della violazione dei diritti fondamentali, è stata sollevata dalla Corte di appello di Milano e dalla Corte di appello di Bologna dinanzi alla Corte costituzionale italiana che, con le ordinanze n. 216⁵⁸ e n. 217⁵⁹ del 2021, ha sospeso il procedimento e investito la Corte di giustizia dell'Unione europea in due casi relativi all'interpretazione della decisione quadro n. 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo⁶⁰.

In particolare, nel primo caso, la Corte di appello di Milano ha portato all'attenzione della Corte costituzionale la questione circa la possibilità per lo Stato italiano di opporre il rifiuto di consegna di un ricercato, destinatario di un mandato di arresto europeo da eseguirsi in Croazia, per motivi connessi alla violazione del diritto alla salute della persona, affetta da una grave patologia di carattere cronico e irreversibile. Invece, nel secondo caso, la questione sottoposta alla Corte costituzionale riguardava un cittadino extra-europeo residente da tanti anni in Italia, la cui consegna era stata richiesta dalla Romania. Infatti, la legge italiana di trasposizione n. 69 del 2005⁶¹ della decisione quadro, recentemente modificata dal dlvo n.

⁵⁷ C. GRANDI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, cit. supra, nota 56.

⁵⁸ Corte cost., ord. 18 novembre 2021, n. 216, in Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 47 del 24 novembre 2021, IT:COST:2021:216, ove secondo la Corte costituzionale, viene in rilievo di un motivo non espressamente previsto dalla decisione quadro e dalla legislazione italiana in materia di mandato di arresto europeo, connesso a condizioni di potenziale violazione dei diritti fondamentali della singola persona, non a «carenze sistemiche e generalizzate» o comunque riscontrabili con riferimento a «situazioni che coinvolgono determinati gruppi di persone o interi centri di detenzione», come emerso nel caso *Aranyosi e Caldaru* del 2016.

⁵⁹ Corte cost., ord. 18 novembre 2021, n. 217, Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 47 del 24 novembre 2021, IT:COST:2021:217, ove la Corte costituzionale ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione se il rifiuto della consegna possa essere opposto anche nel caso di cittadino di un Paese terzo, stabilito in Italia, con il rischio di sradicamento dello stesso per l'esecuzione della pena nel Paese estero richiedente e conseguente rischio di violazione del diritto alla vita privata e familiare dello stesso, sanciti dagli artt. 2 e 117 cost. in relazione all'art. 8 della CEDU.

⁶⁰ Si noti che il rispetto dei diritti fondamentali, in tema di mandato di arresto europeo, è considerato in dottrina tra i «*principi che devono ispirare l'autorità dell'esecuzione*» tra cui rilevano «*alcuni fondamentali diritti riconosciuti dalla Costituzione, dalla Carta europea dei diritti fondamentali, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*». Si tratta, in particolare, dell'«*obbligo motivazionale per qualsiasi provvedimento giurisdizionale*», del «*diritto al giusto processo*», del «*principio di eguaglianza*» tra i residenti destinatari di ordinanza cautelare e i soggetti richiesti in consegna da altro Stato membro, del «*principio di proporzionalità*» tra l'emissione del Mae e l'adozione di una misura alternativa alla detenzione. Per maggiori approfondimenti si veda P. DE FRANCESCHI, *Mutual trust: e se non fosse così? Questioni aperte nel riconoscimento del mandato d'arresto europeo*, in questa *Rivista*, 2021, n. 3-4, p. 449.

⁶¹ Legge 22 aprile 2005 n. 69, Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione

10 del 2 febbraio 2021⁶², non stabilisce alcuna previsione rispetto agli stranieri non cittadini europei, prevedendo il rifiuto della consegna solo in favore di un cittadino italiano o di un cittadino di altro Stato membro, residente legittimamente ed effettivamente in Italia da almeno cinque anni.

Allo stato attuale, il procedimento di pronuncia pregiudiziale sollevato dalla Corte costituzionale nei due casi citati risulta ancora pendente dinanzi alla Corte di Lussemburgo, con il numero di causa n. C-699/21 e n. 700/21.

In considerazione di quanto emerso, si rileva che non è quindi escluso che, nel corso dell'applicazione del Regolamento, la Corte di giustizia dell'Unione europea sarà chiamata ad intervenire per individuare, in via interpretativa, procedure idonee a conciliare le menzionate esigenze di mutuo riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia penale con il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti interessati.

5. Conclusioni

L'insieme delle considerazioni fin qui svolte ci permette di affermare che il Regolamento (Ue) n. 2018/1805 rappresenta, senza dubbio, un apprezzabile passo in avanti nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo perché, grazie anche alla sua diretta applicabilità, costituisce uno strumento efficace per l'applicazione ed esecuzione delle misure di congelamento e confisca tra Stati membri, in un quadro complessivo di cooperazione giudiziaria fondata sulla fiducia reciproca tra Stati e sul principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie di cui all'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

In diverse occasioni, infatti, le istituzioni europee hanno affermato che il profitto economico è uno dei motori dell'attività criminosa e che la sottrazione dei proventi di derivazione criminosa costituisce un metodo efficace nelle azioni di prevenzione e lotta contro la criminalità organizzata.

Per queste ragioni, il Regolamento persegue con tenacia l'obiettivo primario di favorire, il più possibile, l'ablazione di beni di provenienza illecita da parte dello Stato, incentivando il coinvolgimento delle autorità degli Stati membri attraverso la trasmissione e l'esecuzione dei menzionati provvedimenti in tempi celeri.

quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in *Guri*, n. 98 del 29 aprile 2005.

⁶² Dlgs n. 10 del 2 febbraio 2021 - Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della Decisione quadro n. 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in attuazione delle delega di cui all'art. 6 della l. del 4 ottobre 2019, n. 117, in *Guri* n. 30 del 5 febbraio 2021.

Nel corso dei primi due anni di applicazione dall'entrata in vigore del Regolamento, non sono mancati dubbi e critiche da parte della dottrina con riferimento ad alcuni istituti, quali i casi di rifiuto di esecuzione dei citati provvedimenti, connessi al rischio di violazione dei diritti fondamentali del soggetto interessato, previsti dagli artt. 8, lett. *f.*, e 19, lett. *h.*

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale già delineato nell'ambito della decisione quadro in tema di mandato di arresto europeo, è senz'altro emerso che non sarebbe tollerabile l'adozione e l'esecuzione da parte di uno Stato membro di un provvedimento che determini una violazione di diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza e dall'art. 6, par. 3, del Trattato sull'Unione europea.

Così come è necessario ricordare come la fiducia reciproca tra gli Stati, circa il rispetto di tali diritti da parte di ciascuno, possa prevedere ipotesi di rifiuto della consegna del ricercato o dell'esecuzione di un provvedimento solamente nelle ipotesi tassativamente previste dalla disciplina europea.

Al riguardo, occorre sottolineare che solamente il tempo e le future applicazioni del Regolamento potranno consentirci di valutare la reale efficacia di tale impianto normativo nel contesto europeo, in termini di aumento del numero di provvedimenti adottati in materia, così come di constatare i riflessi della disciplina negli ordinamenti nazionali.

Il Regolamento si pone certamente come mero strumento garantista, in forza del quale, dopo un difficile percorso di negoziazione, i legislatori europei sono riusciti ad elaborare in linea di principio un sistema di garanzie idonee a tutelare i soggetti coinvolti. Ciò si riscontra, in particolare, nella previsione dell'applicabilità dei diritti sanciti dalle direttive procedurali di armonizzazione nonché nel "blocco" dell'esecuzione dei provvedimenti di congelamento e confisca nei casi in cui tali misure possano pregiudicare i diritti fondamentali e i principi garantiti a livello europeo dalla Carta di Nizza e in ambito convenzionale dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sempre alla luce dei canoni interpretativi elaborati rispettivamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

L'auspicio è che l'introduzione del Regolamento sia realmente funzionale alla lotta contro l'accumulo di capitali illeciti in tutto il territorio europeo e possa innescare una serie di riforme ulteriori, in materia di misure patrimoniali, che consentano di incidere significativamente sul contrasto alle economie illegali, nel difficile bilanciamento tra effettività dei provvedimenti di congelamento e confisca e conclamata tutela dei diritti fondamentali.

Nadia Levantino*

* Avvocato; ricercatrice del Seminario Permanente di Studi Internazionali (SSIP)

SINTESI

Il 19 dicembre 2020, l'entrata in vigore del Regolamento (Ue) n. 2018/1805, in materia di congelamento e confisca dei proventi illeciti, ha tracciato una tappa storica nel processo di cooperazione giudiziaria europea.

Nell'ambito di una cooperazione penale interstatale sempre più consolidata, il Regolamento costituisce uno strumento legislativo innovativo, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, proprio al fine di rafforzare il principio di mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, sancito dal Trattato di Lisbona del 2009.

Nel perseguimento dell'obiettivo di contrasto alla criminalità organizzata e alle attività di accumulo dei capitali illeciti, esso ha ben presto posto questioni interpretative, relative all'efficacia dei citati provvedimenti ablativi, a fronte dell'esigenza sempre più pressante di garantire l'effettiva tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti, sotto l'occhio vigile delle corti europee e internazionali.

ABSTRACT

On 19 December 2020, the entry into force of Regulation (EU) n. 2018/1805, on freezing and confiscation of proceeds of crime, has marked a historic stage in the European judicial cooperation.

In the context of a stronger inter-state criminal cooperation, this Regulation is an innovative legislative instrument, directly applicable in all Member States, in order to strengthen the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions, established in 2009 by Lisbon Treaty.

In pursuing the objective of struggling against the organized crime and the accumulation of illicit capital flows, it soon has encountered interpretative problems, related to the need of balancing the effectiveness of the aforementioned ablativ measures with the effective protection of the fundamental rights of the individuals involved, under the watchful scrutiny of the European and International Courts.

DOCUMENTAZIONE

GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL DIRITTO PENALE ALIMENTARE: L'ADEMPIMENTO DELLE PRESCRIZIONI INDICATE DAGLI ORGANI ACCERTATORI ELIMINA I REATI ALIMENTARI MA NON LE LORO CONSEGUENZE DANNOSE E PERICOLOSE NEL CASO DI INGESTIONE DI PRODOTTI ALIMENTARI CONTAMINATI

Decreto legislativo n. 150 del 10 ottobre 2022 - Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*

(Omissis)

CAPO III

Modifiche in materia di estinzione delle contravvenzioni, di pene sostitutive delle pene detentive brevi e di pene pecuniarie

Art. 70. Modifiche alla legge 30 aprile 1962, n. 283

1. Alla legge 30 aprile 1962, n. 283, dopo l'art. 12-*bis*, sono inseriti i seguenti:
«Art. 12-*ter* (*Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni impartite dall'organo accertatore*). - Salvo che concorrano con uno o più delitti, alle contravvenzioni previste dalla presente legge e da altre disposizioni aventi forza di legge, in materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande, che hanno cagionato un danno o un pericolo suscettibile di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie e per le quali sia prevista la pena della sola ammenda, ovvero la pena dell'ammenda, alternativa o congiun-

* In *Guri* n. 243 del 17 ottobre 2022, *suppl. ord.* In argomento v. *infra*, p. 249 ss., il commento di *MARCO CASINI*.

ta a quella dell'arresto, si applicano le disposizioni del presente articolo e degli artt. 12-*quater*, 12-*quinquies*, 12-*sexies*, 12-*septies*, 12-*octies* e 12-*nonies*.

Per consentire l'estinzione della contravvenzione ed elidene le conseguenze dannose o pericolose, l'organo accertatore, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 del codice di procedura penale, ovvero la polizia giudiziaria, impartisce al contravventore un'apposita prescrizione, fissando per la regolarizzazione un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario e comunque non superiore a sei mesi. In presenza di specifiche e documentate circostanze non imputabili al contravventore, che determinino un ritardo nella regolarizzazione, il termine può essere prorogato per una sola volta, a richiesta del contravventore, per un periodo non superiore a ulteriori sei mesi, con provvedimento motivato che è comunicato immediatamente al pubblico ministero.

Copia della prescrizione è notificata o comunicata anche al rappresentante legale dell'ente nell'ambito o al servizio del quale opera il contravventore.

Con la prescrizione l'organo accertatore può imporre, anche con riferimento al contesto produttivo, organizzativo, commerciale o comunque di lavoro, specifiche misure atte a far cessare situazioni di pericolo ovvero la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose per la sicurezza, l'igiene alimentare e la salute pubblica.

Resta in ogni caso fermo l'obbligo dell'organo accertatore di riferire al pubblico ministero la notizia di reato relativa alla contravvenzione, ai sensi dell'art. 347 del codice di procedura penale, e di trasmettere il verbale con cui sono state impartite le prescrizioni.

Il pubblico ministero, quando lo ritiene necessario, può disporre con decreto che l'organo che ha impartito le prescrizioni apporti modifiche alle stesse.

Art. 12-*quater* (*Verifica dell'adempimento e ammissione al pagamento in sede amministrativa*). - Entro trenta giorni dalla scadenza del termine fissato, l'organo che ha impartito le prescrizioni verifica se la violazione è stata eliminata secondo le modalità e nel termine indicati nella prescrizione.

Quando la prescrizione è adempiuta, l'organo accertatore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari ad un sesto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa, ai fini dell'estinzione del reato, destinata all'entrata del bilancio dello Stato.

Al più tardi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato per il pagamento, l'organo accertatore comunica al pubblico ministero l'adempimento della prescrizione nonché il pagamento della somma di denaro.

Quando la prescrizione non è adempiuta, o la somma di denaro non è stata pagata, l'organo accertatore ne dà comunicazione al pubblico ministero e al contravventore entro e non oltre sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella stessa prescrizione.

Art. 12-*quinquies* (*Prestazione di lavoro di pubblica utilità in alternativa al pagamento in sede amministrativa*). - Entro il termine previsto dal secondo comma dell'art. 12-*quater*, il contravventore che, per le proprie condizioni economiche e patrimoniali, sia impossibilitato a provvedere al pagamento della somma di denaro, può richiedere al pubblico ministero, personalmente o a mezzo di procu-

ratore speciale, di svolgere in alternativa lavoro di pubblica utilità presso lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province, i Comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato. L'impossibilità di provvedere al pagamento è comprovata con dichiarazione sostitutiva di certificazione sottoscritta dal contravventore ai sensi dell'art. 46, comma 1, lett. o., del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

La richiesta di cui al primo comma è comunicata all'organo accertatore. Con essa è depositata la documentazione attestante la manifestazione di disponibilità dell'ente a impiegare il contravventore nello svolgimento di lavoro di pubblica utilità.

La durata e il termine per iniziare e per concludere il lavoro di pubblica utilità sono determinati dal pubblico ministero con decreto notificato al contravventore e comunicato all'organo accertatore, nonché all'autorità di pubblica sicurezza incaricata di controllare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. Il ragguglio ha luogo calcolando 250 euro per ogni giorno di lavoro di pubblica utilità. Un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro. Il lavoro di pubblica utilità non può avere durata superiore a sei mesi. L'attività viene svolta di regola nell'ambito della regione in cui risiede il contravventore e comporta la prestazione di non più di sei ore di lavoro settimanale da svolgere con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del contravventore. Tuttavia, se il contravventore lo richiede, il pubblico ministero può ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilità per un tempo superiore. La durata giornaliera della prestazione non può comunque oltrepassare le otto ore. Fermo quanto previsto dal presente articolo, le modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità sono determinate dal Ministro della giustizia con decreto d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

Il controllo sull'osservanza degli obblighi connessi al lavoro di pubblica utilità è effettuato dall'ufficio di pubblica sicurezza o, in mancanza dell'ufficio di pubblica sicurezza, dal comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente.

Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine previsto per la conclusione del lavoro di pubblica utilità, l'autorità indicata nel quinto comma comunica all'organo accertatore e al pubblico ministero l'avvenuto svolgimento o meno dell'attività lavorativa.

Il contravventore può in ogni momento interrompere la prestazione del lavoro di pubblica utilità pagando una somma di denaro pari a un sesto del massimo dell'ammenda prevista per la contravvenzione, dedotta la somma corrispondente alla durata del lavoro già prestato. In tal caso il contravventore attesta l'avvenuto pagamento all'organo accertatore e all'autorità incaricata dei controlli sullo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, che ne dà immediata comunicazione al pubblico ministero.

Art. 12-*sexies* (*Notizie di reato non pervenute dall'organo accertatore*). - Se il pubblico ministero prende notizia di una contravvenzione di propria iniziativa, ovvero la riceve da privati o da pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio diversi dall'organo accertatore e dalla polizia giudiziaria, ne dà comunicazione all'organo accertatore o alla polizia giudiziaria affinché provvedano agli

adempimenti di cui agli artt. 12-ter e 12-quater.

Nel caso previsto dal primo comma, l'organo accertatore o la polizia giudiziaria informano il pubblico ministero della propria attività senza ritardo e, comunque, non oltre sessanta giorni dalla data in cui hanno ricevuto comunicazione della notizia di reato dal pubblico ministero.

Art. 12-septies (*Sospensione del procedimento penale*). - Il procedimento per la contravvenzione è sospeso dal momento dell'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 del codice di procedura penale fino al momento in cui il pubblico ministero riceve una delle comunicazioni di cui all'art. 12-quater, commi terzo e quarto. Nel caso in cui il contravventore abbia richiesto di svolgere il lavoro di pubblica utilità ai sensi dell'art. 12-quinquies, il procedimento è sospeso sino al momento in cui il pubblico ministero riceve una delle comunicazioni di cui all'art. 12-quinquies, commi sesto e settimo.

Nel caso previsto dall'art. 12-sexies, primo comma, il procedimento riprende il suo corso quando l'organo accertatore con funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 del codice di procedura penale ovvero la polizia giudiziaria informano il pubblico ministero che non ritengono di dover impartire una prescrizione, e comunque alla scadenza del termine di cui all'art. 12-sexies, secondo comma, se l'organo accertatore o la polizia giudiziaria omettono di informare il pubblico ministero delle proprie determinazioni inerenti alla prescrizione. Qualora nel predetto termine l'organo accertatore o la polizia giudiziaria informino il pubblico ministero d'aver impartito una prescrizione, il procedimento rimane sospeso fino al termine indicato dal primo comma del presente articolo.

La sospensione del procedimento non preclude la richiesta di archiviazione. Non impedisce, inoltre, l'assunzione delle prove con incidente probatorio, né gli atti urgenti di indagine preliminare, né il sequestro preventivo ai sensi degli artt. 321 e seguenti del codice di procedura penale.

Se è presentata richiesta di archiviazione, l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità è sospesa fino alla decisione del giudice per le indagini preliminari.

Art. 12-octies (*Estinzione del reato e richiesta di archiviazione del procedimento*). - La contravvenzione si estingue se il contravventore adempie alla prescrizione impartita dall'organo accertatore o dalla polizia giudiziaria nel termine ivi fissato e provvede al pagamento previsto dall'art. 12-quater, secondo comma, ovvero presta il lavoro di pubblica utilità nei modi e nei termini stabiliti dall'art. 12-quinquies.

Il pubblico ministero richiede l'archiviazione se la contravvenzione è estinta ai sensi del primo comma.

Art. 12-nonies (*Adempimento tardivo della prescrizione*). - Se la prescrizione è adempiuta in un tempo superiore a quello stabilito, la pena è diminuita. Prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, l'adempimento di cui al comma che precede, ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo accertatore, sono valutati ai fini dell'applicazione dell'art. 162-bis del codice penale. In tal caso, la somma da versare è ridotta a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa.».

(*Omissis*)

GLI EFFETTI DELLA RIFORMA “CARTABIA” SUL DIRITTO PENALE ALIMENTARE

Il dlgs n. 150/2022¹, c.d. «riforma Cartabia», ha inserito importanti modifiche nella legge 30 aprile 1962 n. 283 il cui oggetto, come noto, è la «Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande».

La riforma Cartabia (con sette articoli da 12 *ter* a 12 *nonies*) introduce nuove disposizioni in materia di estinzione delle contravvenzioni e di pene sostitutive delle pene detentive brevi e di pene pecuniarie.

Si prevede la possibilità, in presenza di determinati presupposti, di estinguere le contravvenzioni della legge n. 283/1962 e delle altre norme in materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande, conformandosi alle prescrizioni dell'organo accertatore.

In questo caso, entro trenta giorni dalla scadenza del termine fissato, l'organo accertatore verifica se la violazione è stata eliminata secondo le modalità e nel termine indicati nella prescrizione.

Quando la prescrizione è adempiuta, l'organo accertatore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari ad un sesto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa, ai fini dell'estinzione del reato.

Al più tardi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato per il pagamento, l'organo accertatore comunica al pubblico ministero l'adempimento della prescrizione nonché il pagamento della somma di denaro.

Quando la prescrizione non è adempiuta, o la somma di denaro non è stata pagata, l'organo accertatore ne dà comunicazione al pubblico mini-

¹ Cfr. art. 70 del dlgs n. 150/2022 rubricato: «Modifiche alla legge 30 aprile 1962, n. 283», in *Guri* n. 243 del 17 ottobre 2022, *suppl. ord.*

stero e al contravventore entro e non oltre sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella stessa prescrizione.

In presenza di determinate condizioni il contravventore che, per le proprie condizioni economiche e patrimoniali, sia impossibilitato a provvedere al pagamento della somma di denaro di cui alla prescrizione, può richiedere al pubblico ministero, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, di svolgere in alternativa lavoro di pubblica utilità presso lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province, i Comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato.

La durata e il termine per iniziare e per concludere il lavoro di pubblica utilità sono determinati dal pubblico ministero con decreto notificato al contravventore e comunicato all'organo accertatore, nonché all'autorità di pubblica sicurezza incaricata di controllare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità.

Il ragguaglio ha luogo calcolando 250 euro per ogni giorno di lavoro di pubblica utilità. Un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro. Il lavoro di pubblica utilità non può avere durata superiore a sei mesi. L'attività viene svolta di regola nell'ambito della regione in cui risiede il contravventore e comporta la prestazione di non più di sei ore di lavoro settimanale da svolgere con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del contravventore. Tuttavia, se il contravventore lo richiede, il pubblico ministero può ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilità per un tempo superiore. La durata giornaliera della prestazione non può comunque oltrepassare le otto ore.

Il controllo sull'osservanza degli obblighi connessi al lavoro di pubblica utilità è effettuato dall'ufficio di pubblica sicurezza o, in mancanza dell'ufficio di pubblica sicurezza, dal comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente.

Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine previsto per la conclusione del lavoro di pubblica utilità, l'autorità indicata nel quinto comma comunica all'organo accertatore e al pubblico ministero l'avvenuto svolgimento o meno dell'attività lavorativa.

Il contravventore può in ogni momento interrompere la prestazione del lavoro di pubblica utilità pagando una somma di denaro pari a un sesto del massimo dell'ammenda prevista per la contravvenzione, dedotta la somma corrispondente alla durata del lavoro già prestato.

Qualora la notizia di reato venga appresa direttamente dal pubblico ministero dovrà darne comunicazione all'organo accertatore o alla polizia giudiziaria affinché provvedano agli adempimenti sopra indicati.

Il procedimento per l'erogazione della contravvenzione di cui alla notizia di reato resta sospeso fino al completamento della procedura prescrittiva e può riprendere il suo corso in caso di interruzione o inadempimento. La sospensione non preclude la richiesta di archiviazione e non impedisce l'assunzione delle prove con incidente probatorio, né gli atti urgenti di indagine preliminare, né il sequestro preventivo ai sensi degli artt. 321 ss. del codice di procedura penale.

Se è presentata richiesta di archiviazione, l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità è sospesa fino alla decisione del giudice per le indagini preliminari.

Ovviamente la contravvenzione si estingue se il contravventore adempie alla prescrizione impartita dall'organo accertatore o dalla polizia giudiziaria nel termine ivi fissato e provvede al pagamento ovvero presta il lavoro di pubblica utilità nei modi e nei termini stabiliti.

In tal caso il pubblico ministero richiede l'archiviazione se la contravvenzione è estinta ai sensi del primo comma.

Al contrario, se la prescrizione è adempiuta in un tempo superiore a quello stabilito, la pena è diminuita.

Infine, è comunque previsto che se prima dell'apertura del dibattimento o del decreto penale di condanna, il contravventore adempie oppure elimina le conseguenze dannose o pericolose con modalità diverse da quelle indicate dall'organo accertatore, tali circostanze sono valutate ai fini dell'applicazione dell'art. 162 *bis* del codice penale.

In tal caso, la somma da versare è ridotta a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione.

In sostanza le nuove disposizioni ricalcano la procedura prescrittiva in materia di sanzioni relative alla salute e sicurezza sul lavoro. Tuttavia, la reale portata ed efficacia in materia alimentare è da verificare in concreto.

Come noto l'art. 5 della legge n. 283/1962 vieta di impiegare nella preparazione di alimenti o bevande, vendere, detenere per vendere o somministrare come mercede ai propri dipendenti, o comunque distribuire per il consumo, sostanze alimentari:

a. private anche in parte dei propri elementi nutritivi o mescolate a sostanze di qualità inferiore o comunque trattate in modo da variarne la composizione naturale, salvo quanto disposto da leggi e regolamenti speciali;

b. in cattivo stato di conservazione;

c. con cariche microbiche superiori ai limiti che saranno stabiliti dal regolamento di esecuzione o da ordinanze ministeriali;

d. insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare

un preesistente stato di alterazione;

e. [abrogata]

f. [abrogata]

g. con aggiunta di additivi chimici di qualsiasi natura non autorizzati con decreto del Ministro per la sanità o, nel caso che siano stati autorizzati, senza l'osservanza delle norme prescritte per il loro impiego. I decreti di autorizzazione sono soggetti a revisioni annuali;

h. che contengano residui di prodotti, usati in agricoltura per la protezione delle piante e a difesa delle sostanze alimentari immagazzinate, tossici per l'uomo. Il Ministro per la sanità, con propria ordinanza, stabilisce per ciascun prodotto, autorizzato all'impiego per tali scopi, i limiti di tolleranza e l'intervallo per tali scopi, i limiti di tolleranza e l'intervallo minimo che deve intercorrere tra l'ultimo trattamento e la raccolta e, per le sostanze alimentari immagazzinate tra l'ultimo trattamento e l'immissione al consumo.

Non sembra sussistano dubbi che qualora l'Autorità procedente accerti in commercio la presenza di prodotti in cattivo stato di conservazione possa imporre prescrizioni idonee a rimuovere il problema e ad eliminare il pericolo.

Molto diversi appaiono tutti gli altri casi previsti dalle lettere *a.*, *c.*, *d.*, *g.*, *h.*

Il caso più frequente è evidentemente l'accertamento della presenza di un microrganismo patogeno in un prodotto alimentare preconfezionato, a seguito di un campionamento ufficiale e delle successive analisi di laboratorio.

In questi casi, è difficile ipotizzare le prescrizioni che l'organo accertatore possa impartire al commerciante/distributore. Sarebbero necessari degli approfondimenti relativi all'origine della contaminazione, nonché alla correttezza dell'autocontrollo e alla sua concreta verifica. Tutte operazioni che gli organi accertatori normalmente non eseguono e spesso non sono nemmeno in grado di fare. Senza considerare che spesso tali valutazioni appaiono sindacabili e contestabili esponendosi a diverse eccezioni e contestazioni.

Poniamo il caso che venga riscontrata, per restare alle recenti notizie, la listeria in un prodotto in commercio presso un distributore. Che prescrizioni può applicare l'organo accertatore? Dovrebbe esaminare l'autocontrollo del distributore, fare una valutazione di tutte le fasi e valutare se fornire ulteriori prescrizioni. Aumentare le analisi eseguite a campione in autocontrollo sul fornitore? Si tratterebbe questa di una richiesta che risulterebbe evidentemente infondata e immotivata se la contaminazione è all'origine (produzione). Inoltre, la regola è che i distributori già eseguono a campione queste verifiche sui fornitori.

D'altro canto in questi casi, che peraltro sono quelli più frequenti per-

ché derivanti dai piani di campionamento ufficiale, al commerciante/distributore quali altre prescrizioni potrebbero essere impartite?

Pertanto, l'organo accertatore dovrebbe impartire prescrizioni oppure valutare direttamente che non sussiste alcuna responsabilità del commerciante/distributore. Soluzione che, seppur auspicabile, risulta azzardata e comunque fonte di responsabilità anche personale per gli operatori e pertanto in concreto molto difficile.

Nello stesso esempio, ovvero in caso di accertamento di un microrganismo patogeno in un prodotto in commercio, l'organo accertatore dovrebbe anche adottare prescrizioni nei confronti del produttore. Dovrebbe quindi procedere a verifiche e accertamenti presso il produttore e, all'esito delle valutazioni, impartire le prescrizioni.

Tuttavia, anche in questo caso, l'organo accertatore si trova normalmente di fronte ad un autocontrollo adeguato e idoneo a livello di stabilimento produttivo, a certificazioni di qualità di processo rilasciate dagli Enti di settore, normalmente ad analisi favorevoli sul lotto in questione.

Pertanto, nella generalità dei casi, si troverebbe di fronte ad una situazione dello stabilimento di produzione già verificata e controllata anche con *audit* periodici dalla ATS competente, e quindi quali prescrizioni dare? Eseguire una pulizia straordinaria con tamponi ambientali e sulle materie prime? Tutte attività che i produttori ovviamente fanno.

In altri termini, qualora venissero imposte prescrizioni importanti ed onerose, è ragionevole ipotizzare che non verrebbero adempiute in quanto in realtà sprovviste di una motivazione fondata sull'oggetto dell'accertamento per il quale si procede, ma legate ad una diversa valutazione e organizzazione del sistema di autocontrollo e quindi fondate su una conclusione ovviamente contestabile tecnicamente anche sulla base della documentazione storica aziendale. Al contrario, qualora dette prescrizioni si limitassero a pulizie straordinarie e/o ad un rafforzamento temporaneo delle analisi in autocontrollo sul fornitore o delle analisi eseguite dal produttore in autocontrollo, il tutto si risolverebbe in prescrizioni formali e di facciata con conseguente depenalizzazione di fatto dei reati.

È evidente che già attualmente i reati previsti dagli artt. 5 e 6 della legge n. 283/1962 possono essere oblati e, quindi, degradati in illeciti amministrativi. Tuttavia, le condizioni per essere ammessi all'oblazione sono valutate dal Tribunale (Giudice per le Indagini Preliminari) con il parere del Pubblico Ministero. Con la riforma, di fatto, la valutazione è eseguita dall'organo accertatore in base ai presupposti indicati dalle disposizioni sopra illustrate.

Il timore è, quindi, che l'efficacia della riforma sia o molto limitata in un'ottica di riduzione del carico penale delle Procure della Repubblica op-

pure che la sua attuazione nasconda di fatto una depenalizzazione. Tuttavia, attendiamo la concreta applicazione di tali nuove disposizioni per una doverosa verifica sul campo.

L'obiettivo dichiarato dell'intervento normativo, indicato nella relazione introduttiva, è quello di ridurre il numero dei procedimenti che arrivano a giudizio e alleggerire il carico di lavoro delle Procure grazie all'apporto sinergico degli organi accertatori.

Tuttavia, a prescindere dalla difficoltà che incontreranno, in concreto, gli organi accertatori nella gestione di tali nuove procedure, ad avviso di chi scrive, il vero problema è legato al fatto che le prescrizioni estintive delle contravvenzioni (come nel diritto del lavoro e nel diritto ambientale) sono quelle idonee ad eliminare le conseguenze dannose e pericolose del reato. Al contrario, in caso di vendita di un prodotto alimentare contaminato da un microrganismo patogeno (per restare nell'esempio "listeria monocytogenes") le conseguenze dannose e pericolose del reato, all'atto dell'accertamento presso il distributore, sono già avvenute e normalmente non sono eliminabili. I prodotti appartenenti al lotto di produzione nel quale è stata accertata la non conformità sono già stati commercializzati. Anche le disposizioni di ritiro del prodotto dal mercato arrivano normalmente quando la vita commerciale del prodotto è scaduta o prossima alla scadenza e, quindi, di fatto non producono alcun concreto effetto in materia di eliminazione delle conseguenze pericolose e dannose.

Pertanto, in realtà, le prescrizioni dell'organo accertatore (controlli rinforzati, etc.) non potranno mai eliminare le conseguenze dannose e pericolose che la vendita e il consumo del prodotto contaminato hanno già realizzato. In tutti questi casi, in effetti, si configurerebbe di fatto e in concreto una depenalizzazione dei reati alimentari. Sembra quindi che, alla luce dell'obiettivo dichiarato di riduzione del numero dei procedimenti e del lavoro delle Procure, la tutela della salute dei consumatori ceda il passo. Ci auguriamo che, considerato il rinvio dell'entrata in vigore della riforma "Cartabia", disposto dal d.l. 31 ottobre 2022 n. 162, il Governo voglia tener conto delle critiche sollevate e correggere in sede di conversione le disposizioni che presentano le problematiche illustrate.

Marco Casini*

* Avvocato in Crema / Foro di Cremona

SINTESI

La riforma "Cartabia" introduce la giustizia riparativa nel diritto alimentare consentendo l'estinzione dei reati alimentari per adempimento delle prescrizioni impartite dagli organi accertatori. Le prime riflessioni sollevano dubbi in merito all'esercizio del potere prescrittivo degli organi di controllo e alla concreta possibilità di eliminare, con tale strumento, le conseguenze dannose e pericolose dei reati laddove, in particolare, accertati presso il distributore a seguito dei normali campionamenti e controlli ufficiali. Il potere prescrittivo è affidato all'autorità di controllo che dovrà in concreto assumersi la responsabilità di tale valutazione consentendo la dichiarazione di estinzione dei reati. Si dovrà attendere la concreta applicazione di tali disposizioni per valutarne gli effetti che, in realtà, possono nascondere, in concreto, la depenalizzazione dei reati alimentari per raggiungere l'obiettivo dichiarato di riduzione del numero dei procedimenti e del lavoro delle Procure.

ABSTRACT

The "Cartabia" reform introduces legal remedies into food law, allowing to extinguish food crimes by fulfilling the indications and guidances given by the investigating bodies.

The first thought relates the real ability of the control bodies to eliminate, with their indications and guidances, the harmful and dangerous consequences of the food crimes. In particular, issues are associated with the role of distributor following the normal sampling and official controls.

The Food Law is expected to empower the supervisory authority which will have de facto the responsibility for providing guidance and indications, allowing them the declaration of extinction of the crimes.

We will have to wait for the concrete application of these provisions to assess their real applications and benefits. For a proper assessment of the trade off between decriminalization of food crimes and the reduction of the proceedings and the work of the Public prosecutors the jury is still out.

**APPLICAZIONE UNIFORME DEL DIRITTO EUROUNITARIO:
L'ITALIA È TENUTA AD ADOTTARE CON PIÙ CELERITÀ LE MISURE
NECESSARIE PER ADEGUARE IL PROPRIO ORDINAMENTO
AGLI ATTI DELL'UNIONE EUROPEA IVI COMPRESSE LE SENTENZE
INTERPRETATIVE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA COMPORTANTI
MODIFICA O ABROGAZIONE DI NORME INTERNE**

Legge n. 127 del 4 agosto 2022, n. 127 - Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2021*

(Omissis)

Articolo 3 - Principi e criteri direttivi per il recepimento della direttiva (Ue) 2019/2121, che modifica la direttiva (Ue) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere

1. Nell'esercizio della delega per l'attuazione della direttiva (Ue) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, il Governo osserva, oltre ai principi e criteri direttivi generali di cui all'art. 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, anche i seguenti principi e criteri direttivi specifici:

a. estendere, in quanto compatibili, le disposizioni di recepimento della direttiva (Ue) 2019/2121 alle società diverse dalle società di capitali, purché iscritte nel registro delle imprese, con esclusione delle società cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 del codice civile, e alle società regolate dalla legge di uno Stato membro diverse dalle società di capitali;

b. estendere, in quanto compatibili, le disposizioni di recepimento della direttiva (Ue) 2019/2121 alle trasformazioni, fusioni e scissioni alle quali parteci-

* In *Guri* n. 199 del 26 agosto 2022, n. 199. In argomento v. *infra*, p. 261 ss., il contributo di *PIETRO TROIANIELLO*.

pano, o da cui risultano, una o più società non aventi la sede statutaria, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nel territorio dell'Unione europea;

c. disciplinare le trasformazioni, le fusioni e le scissioni di società regolate dalla legge italiana a cui partecipano, o da cui risultano, società regolate dalla legge di altro Stato anche non appartenente all'Unione europea;

d. disciplinare le trasformazioni, le fusioni e le scissioni a cui partecipano, o da cui risultano, altri enti non societari i quali abbiano quale oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività di impresa, purché regolati dalla legge di uno Stato membro e aventi la sede statutaria, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nel territorio dell'Unione europea;

e. disciplinare le scissioni transfrontaliere, totali o parziali, che comportano il trasferimento del patrimonio attivo e passivo a una o più società preesistenti;

f. disciplinare il trasferimento della sede sociale all'estero da parte di una società regolata dalla legge italiana senza mutamento della legge regolatrice, con integrazione delle relative disposizioni del codice civile e dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218, precisando se e a quali condizioni l'operazione sia ammissibile e prevedendo, ove ritenuto ammissibile, opportuni controlli di legalità e tutele equivalenti a quelle previste dalla direttiva (Ue) 2019/2121 e stabilendo, infine, un regime transitorio, applicabile prima della data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, per le società che alla medesima data hanno trasferito la sede all'estero mantenendo la legge italiana;

g. disciplinare i procedimenti giurisdizionali, anche di natura cautelare, per la tutela avverso le determinazioni dell'autorità competente in materia di rilascio del certificato preliminare di cui agli artt. 86-quaterdecies, 127 e 160-quaterdecies della direttiva (Ue) 2017/1132, anche per il caso di mancata determinazione, nonché avverso le determinazioni della medesima autorità in materia di controllo di legalità di cui agli artt. 86-sexdecies, 128 e 160-sexdecies della predetta direttiva, prevedendo la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa;

h. prevedere, per i creditori i cui crediti sono anteriori all'iscrizione del progetto di operazione transfrontaliera nel registro delle imprese, tutele non inferiori a quelle stabilite dal decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108;

i. individuare i canali informativi utilizzabili dall'autorità competente per la verifica delle pendenze delle società verso creditori pubblici, anche in funzione della richiesta di adeguate garanzie per il pagamento di tali crediti;

l. disciplinare gli effetti sui procedimenti di rilascio del certificato preliminare e di controllo previsti dagli artt. 86-quaterdecies, 86-sexdecies, 127, 128, 160-quaterdecies e 160-sexdecies della direttiva (Ue) 2017/1132, derivanti dal mancato adempimento e dal mancato rilascio delle garanzie da parte della società per le obbligazioni, anche non pecuniarie e in corso di accertamento, esistenti nei confronti di amministrazioni o enti pubblici;

m. individuare, nell'ambito della procedura per il rilascio del certificato preliminare di cui agli artt. 86-quaterdecies, 127 e 160-quaterdecies della direttiva (Ue) 2017/1132, i criteri per la qualificazione di un'operazione transfrontaliera come abusiva o fraudolenta in quanto volta all'elusione del diritto dell'Unione europea o nazionale o posta in essere per scopi criminali;

n. disciplinare i criteri e le modalità di semplificazione dello scambio dei certificati preliminari tra le autorità competenti;

o. apportare le necessarie modifiche alle disposizioni dettate dal decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, sulla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa in relazione ai procedimenti indicati alla lett. *g.* nonché per gli strumenti di tutela giurisdizionale previsti ai sensi della lett. *h.*;

p. prevedere che la società, ai fini del trasferimento di attività e passività a una o più società di nuova costituzione regolate dal diritto interno, possa avvalersi della disciplina prevista per la scissione, con le semplificazioni previste dall'art. 160-vicies della direttiva (Ue) 2017/1132, e stabilire che le partecipazioni siano assegnate alla società scorporante;

q. prevedere una disciplina transitoria delle fusioni transfrontaliere che rientrino nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108, a cui partecipino o da cui risulti una società regolata dalla legge di uno Stato che non ha ancora recepito la direttiva (Ue) 2019/2121;

r. prevedere, per le violazioni delle disposizioni di recepimento della direttiva, l'applicazione di sanzioni penali e amministrative efficaci, dissuasive e proporzionate alla gravità delle violazioni delle disposizioni stesse, nel limite, per le sanzioni penali, della pena detentiva non inferiore nel minimo a sei mesi e non superiore nel massimo a cinque anni, ferma restando la disciplina vigente per le fattispecie penali già previste.

2. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono ai relativi adempimenti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

(Omissis)

I DIFFICOLTOSI ADEMPIMENTI DELL'ITALIA AGLI OBBLIGHI EUROUNITARI

Sommario: **I. Premessa** - **II. Il caso del trasferimento transfrontaliero delle società** - **III. Il caso taxi e NCC** - **IV. Brevi conclusioni.**

I. Premessa

Benché l'Italia abbia adottato da tempo una disciplina nazionale per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea (l. 9 marzo 1989, n. 86¹), a tutt'oggi l'attuazione nell'ordinamento interno della normativa eurounitaria – compresi gli adempimenti correlati alle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea – è ancora difficoltosa e fonte di rilevanti danni per il Paese.

Si analizza qui tale questione attraverso la disamina di due recenti casi emblematici. Il primo è relativo al trasferimento transfrontaliero della società e il secondo riguarda il mancato rispetto degli obblighi assunti dall'Italia con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (il c.d. PNRR) relativamente al trasporto pubblico locale non di linea (taxi e noleggio auto con conducente - NCC).

II. Il caso del trasferimento transfrontaliero delle società

1. Con riferimento al primo dei due temi, occorre osservare che le sentenze interpretative della Corte di giustizia dell'Unione europea, rese a se-

¹ Legge 9 marzo 1989, n. 86, in *Guri* n. 58 del 10 marzo 1989.

guito di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, producono non soltanto effetti vincolanti sul giudice interno che ha posto il quesito ai Giudici di Lussemburgo (c.d. «effetti endoprocessuali»), ma anche effetti *erga omnes*, che si estendono cioè anche al di fuori del giudizio principale.

Tali effetti extraprocessuali sono il precipitato della portata vincolante delle disposizioni interpretate e dello scopo fondamentale del rinvio pregiudiziale di assicurare l'uniforme applicazione del diritto eurounitario.

Ed invero, l'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia riconosce il diritto a tutti gli Stati membri di presentare le proprie osservazioni nell'ambito del giudizio di rinvio proprio in quanto gli effetti della sentenza si riverberano in tutti i Paesi dell'Unione europea². Tale efficacia extraprocessuale vi è, in particolare, in quegli Stati che, considerate le conseguenze nel proprio ordinamento giuridico della decisione dei Giudici di Lussemburgo, partecipano al giudizio presentando le proprie memorie.

In forza del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, la sentenza interpretativa obbliga gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee ad adeguare il proprio ordinamento alla norma di diritto dell'Unione europea così come interpretata dalla Corte di giustizia, pena il risarcimento dei danni³.

L'attuale normativa italiana relativa all'attuazione della disciplina eurounitaria (legge 24 dicembre 2012, n. 234⁴), al fine di assicurare il periodico adeguamento dell'ordinamento nazionale all'ordinamento dell'Unione europea, prevede l'adozione della c.d. «legge europea», che deve recare «disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti oggetto (...) di sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea» (così art. 30, comma 3, lett. b.).

Considerato che, ai sensi dell'art. 14, l. n. 234/2012, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei trasmette ogni tre mesi alle Camere un elenco, articolato per settore e materia, delle sentenze della Corte di giustizia relative a giudizi nei quali l'Italia sia stata parte o che abbiano rilevanti conseguenze per l'ordinamento italiano, la succitata previsione di cui all'art. 30, l. n. 234/2012 sembra faccia riferimento a tutte le sentenze che riguardino disposizioni statali vigenti e non soltanto alle sentenze relative a procedure d'infrazione avviate dalla Commissione nei confronti dell'Italia⁵.

² Cfr. M. CONDINANZI - R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 232.

³ Cfr. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 448.

⁴ Legge 24 dicembre 2012, n. 234, in *Guri* n. 3 del 4 gennaio 2013.

⁵ In tal senso, anche M. ROSINI, *L'attuazione del diritto dell'Unione europea nel più re-*

La Corte costituzionale ha, peraltro, da tempo chiarito che, ai fini dell'adempimento degli obblighi nascenti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, le sentenze interpretative della Corte di giustizia ex art. 267 TFUE sono fonti di diritto dotate di pari efficacia delle direttive e come tali devono trovare attuazione nel nostro ordinamento tramite lo strumento legislativo all'uopo previsto⁶.

E così la c.d. legge europea 2013-bis (art. 21, l. 30 ottobre 2014, n. 161⁷) reca disposizioni volte a conformare l'ordinamento italiano ai principi interpretativi stabiliti dalla sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia in materia di appalti pubblici, resa nella causa n. C-94/12 del 10 ottobre 2013⁸, alla quale ha partecipato lo Stato italiano presentando osservazioni ex art. 23 dello Statuto della Corte.

Dunque, a seguito di una sentenza interpretativa resa della Corte di giustizia ex art. 267 TFUE che abbia affrontato questioni che comportino la modifica o l'abrogazione di norme interne, l'Italia – specie se ha preso parte al giudizio presentando le proprie osservazioni – è tenuta ad adottare tutte le misure idonee ad adeguare il proprio ordinamento alla norma di diritto dell'Unione europea così come interpretata dai Giudici di Lussemburgo.

2. L'art. 25 della legge n. 218 del 1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato⁹) prevede che i trasferimenti della sede delle società in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia solo se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.

Con particolare riferimento al trasferimento della sede, è previsto un criterio in tema di legge applicabile che potremmo definire misto: una prima parte della norma applica la teoria dell'incorporazione¹⁰ e una seconda parte la teoria della sede¹¹. Infatti, se nella prima parte della dispo-

cente periodo: legge di delegazione europea e legge europea alla luce della prassi applicativa, in *Osservatorio delle fonti*, 2/2017, p. 10.

⁶ Cfr. Corte cost. n. 285 del 16 giugno 1993, punto 3.1 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁷ Legge 30 ottobre 2014, n. 161, in *Guri* n. 261 del 10 ottobre 2014, *suppl. ord.* n. 83.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 10 ottobre 2013 in causa n. C-94/12, *SWM Costruzioni 2 Spa*, EU:C:2013:646.

⁹ Legge 31 maggio 1995, n. 218, in *Guri* n. 128 del 3 giugno 1995, *suppl. ord.* n. 68.

¹⁰ La teoria dell'incorporazione, di origine anglosassone, consiste nella determinazione dello statuto personale delle società in base alla legge dello Stato dove la società è stata originariamente costituita. Essa è espressione dell'autonomia della volontà e della prevalenza dell'interesse delle parti in quanto consente di assicurare l'applicazione della c.d. *law of incorporation* a prescindere dalla sede effettiva.

¹¹ La teoria della sede effettiva (o *siège réel*) è sorta in Francia verso la metà del XIX secolo allo scopo di impedire la fuga delle società francesi verso l'Inghilterra o il Belgio, ed è fondata su motivazioni di ordine economico. Secondo tale teoria la legge applicabile alla società è quella del Paese in cui si trova la sede principale effettiva: si ritiene, infatti, che è lo

zione normativa si legge che «Le società (...) ed ogni altro ente sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione», nella seconda parte del primo comma è previsto che, nel caso in cui la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale sia ubicato in Italia, trova applicazione la legislazione del nostro Paese.

Tale previsione comporta così che se, ad esempio, il trasferimento di una società italiana avviene alla volta dell'Inghilterra, la società non perde lo statuto italiano perché il Paese di destinazione riconosce all'ente il diritto di continuare a vivere secondo la legge dello Stato in cui si è costituita. Ma se il trasferimento avviene alla volta della Francia, dove vige il principio della sede, per trasferirsi dovrà perfezionare nuovamente un processo di costituzione con conseguente aggravio di costi e tempi. E ciò, costituendo un ostacolo alla libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE, contrasta con il diritto eurounitario.

Preme qui evidenziare che, come affermato anche dall'Avvocato Generale *Alber* nelle conclusioni rese nell'ambito della causa *Inspire Art* (causa n. C-167/01 del 30 settembre 2003, punto 103¹²), la Corte di giustizia nella sentenza *Uberseering* (causa n. C-208/00) del 5 novembre 2002¹³ – alla quale ha partecipato anche lo Stato italiano presentando osservazioni ex art. 23 Statuto della Corte – ha dichiarato incompatibile con la libertà di stabilimento la conseguenza dell'applicazione della teoria della sede quando ciò comporta che la società, per potersi trasferire e così operare con pieni diritti in un altro Paese dell'Unione, deve nuovamente essere costituita secondo la disciplina dello Stato di destinazione.

Si rileva, altresì, che per l'ipotesi di trasferimento a titolo principale dall'Italia ad un altro Paese dell'Unione europea, ai sensi degli artt. 2437 e 2473 c.c., è previsto il diritto di recesso per il socio rispettivamente di una società per azioni e di una società a responsabilità limitata dissenziente dalla delibera di trasferimento della sede sociale all'estero. Anche tali norme appaiono in contrasto con la libertà di stabilimento, in quanto la *ratio* delle stesse è quella di ritenere il trasferimento della sede sociale all'estero come una operazione straordinaria che penalizza il socio residente, come se il trasferimento costituisse una sorta di “disdicevole fuga”. In realtà, tale concezione appare del tutto inconciliabile con il mercato unico e con il

Stato ove essa opera ad essere maggiormente interessato alla vita dell'ente in quanto è inserito nel proprio tessuto economico.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-167/01, *Inspire Art*, EU:C:2003:512.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2001 in causa n. C-208/00, *Uberseering*, EU:C:2002:632, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 758.

ruolo che in esso le società ricoprono. In particolare, non appare configurabile un aggravio del socio a seguito di tale trasferimento che giustificerebbe il sorgere del diritto di recesso, se si considera che per la stessa *ratio* del mercato comune – da ritenersi uno spazio in cui i soggetti operano come se lo facessero in ambito nazionale –, il trasferimento della sede da un Paese membro ad un altro equivale al trasferimento da un luogo ad un altro nel territorio nazionale. Del resto, l'esercizio dei diritti del socio, quale ad esempio la partecipazione all'assemblea, non appare risultare difficoltosa in caso di trasferimento in altro Paese dell'Unione europea, se si considera che anche le adunanze delle società con sede in Italia possono svolgersi all'estero o in videoconferenza, chiaramente se lo statuto lo consente. Né tantomeno lo spostamento del socio in un altro Stato membro dove si trova la nuova sede può essere ritenuto necessariamente più gravoso di uno spostamento in ambito nazionale. Anzi, spesso, potrebbe essere vero il contrario: si pensi ad un socio residente a Roma che debba raggiungere la sede sociale in Italia localizzata però in un piccolo centro al Nord o al Sud della Penisola e lontana da un aeroporto, a dispetto di una sede all'estero situata a Parigi o in altra capitale europea collegata con frequenti voli giornalieri, eventualmente anche “*low cost*”.

In sostanza, nell'ambito del mercato comune non sembra che il trasferimento della sede da uno Stato membro ad un altro possa configurare uno dei radicali mutamenti delle “basi essenziali” della società che, come noto, sono state poste dal legislatore italiano a fondamento del diritto di recesso.

3. Benché il contrasto dell'art. 25, l. n. 218/1995, con la libertà di stabilimento sia stato accertato dalla Corte di giustizia con sentenza interpretativa del 2002 e, in particolare, sia stato stabilito che l'applicazione della teoria della sede di cui all'art. 25 confligge con la libertà ex art. 49 TFUE, l'Italia non ha provveduto ad abrogare o modificare la normativa interna per venti lunghi anni.

Solo con la legge europea 2021 (art. 3, l. 4 agosto 2022, n. 127¹⁴), in attuazione della direttiva (Ue) n. 2019/2121 in tema di trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere¹⁵, sono stati previsti i criteri e i principi direttivi volti a «disciplinare il trasferimento della sede sociale all'estero da parte di una società regolata dalla legge italiana senza mutamento della legge regolatrice della società, con integrazione delle relative disposizioni del codice civile e dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218».

¹⁴ Legge 4 agosto 2022, n. 127, in *Guri* n. 199 del 26 agosto 2022, ripubblicata con le note in *Guri* n. 213 del 12 settembre 2022, p. 124 ss.

¹⁵ Direttiva (Ue) n. 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva (Ue) n. 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere, in *Gu-Ue* n. L 321 del 12 dicembre 2019.

E ciò in quanto, detta direttiva afferma (*considerando* n. 3) che, «come precisato nella giurisprudenza», il trasferimento transfrontaliero nell'Unione europea della sede della società deve essere pienamente riconosciuto ai sensi dell'art. 49 TFUE.

In pratica, l'Italia ha impiegato venti anni per dare attuazione nell'ordinamento interno al diritto di stabilimento transfrontaliero della sede delle società come stabilito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, con correlata abrogazione e modifica delle norme nazionali¹⁶.

In tale lungo lasso di tempo, le società italiane hanno subito così forti ed ingiuste limitazioni all'esercizio della libertà di stabilimento e, in particolare, in relazione al trasferimento della sede verso Paesi dell'Unione europea (quali Francia, Germania, Austria, Grecia, Belgio, Lussemburgo) che applicano la teoria della sede.

III. Il caso taxi e NCC

Altro caso emblematico delle suddette difficoltà nell'adempimento degli obblighi eurounitari è rappresentato dagli impegni previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). L'assunzione di tali impegni ha costituito per l'Italia la condizione necessaria per l'approvazione del PNRR da parte della Commissione europea e del Consiglio (Decisione del Consiglio del 13 luglio 2021 e relativo allegato¹⁷), e l'adempimento è essenziale per ottenere i finanziamenti europei del *Recovery Fund* previsti per la ripresa dalla pandemia di Covid-19.

Per conformarsi agli obblighi in materia di concorrenza che l'Italia ha assunto con il PNRR, il Governo italiano ha presentato al Parlamento un disegno di legge delega¹⁸.

Tale disegno di legge introduce rilevanti norme in tema di servizi pubblici locali, finalizzate ad assicurare una migliore prestazione di servizi per la collettività. Con specifico riferimento ai servizi pubblici locali, il disegno di legge, all'art. 8, prevede una delega al Governo volta a razionalizzare e ad allineare all'evoluzione tecnologica il sistema di funzionamento del trasporto pubblico locale non di linea, cioè taxi e noleggio auto con conducente (NCC).

¹⁶ Sul contrasto dell'art. 25, legge n. 218/1995 e delle correlate norme del codice civile con il diritto dell'Unione europea, mi sia consentito il rinvio a P. TROIANIELLO, *Lo stabilimento delle società nell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 103 in particolare.

¹⁷ Reperibili sul sito internet della Camera dei Deputati (www.camera.it).

¹⁸ Vedi disegno di legge n. 2469-B, reperibile sul sito internet del Senato (www.senato.it).

Detta legge, come concordato in sede di PNRR approvato dal Consiglio, deve essere promulgata ed entrare in vigore, compresi anche gli strumenti attuativi e delegati, entro il 31 dicembre 2022.

Come si legge negli atti parlamentari¹⁹, il suddetto disegno di legge reca misure finalizzate a promuovere la tutela e lo sviluppo della concorrenza, principio cardine dell'ordinamento dell'Unione europea, ritenuto dal PNRR un fattore essenziale al fine di favorire l'efficienza e la crescita dell'economia nazionale e di garantire la ripresa della crisi conseguente alla pandemia.

La legge sulla concorrenza costituisce un passaggio fondamentale per l'attuazione del PNRR, essendosi l'Italia impegnata ad adottare una legge che migliori e semplifichi le normative di settore, ponendo un argine alla sovra-regolamentazione e rimuovendo ostacoli e vincoli alla concorrenza.

Le disposizioni contenute nella legge delega – tra cui il succitato art. 8 in tema di taxi e noleggio auto con conducente – danno quindi concreta attuazione agli impegni assunti nel PNRR, costituendo conseguentemente un coerente sviluppo e attuazione di impegni presi con le istituzioni dell'Unione europea e, in particolare, di quelli indicati nella misura MIC2-6²⁰, che prevede espressamente il rafforzamento e la diffusione nei servizi di trasporto pubblico locale del ricorso al principio della concorrenza attraverso legge *ad hoc* da adottarsi ed entrare in vigore, compresi i correlati strumenti attuativi e di diritto derivato, entro il 31 dicembre 2022.

Tuttavia, detto art. 8 del disegno di legge, rinumerato nel passaggio al Senato con il n. 10, è stato stralciato da quest'ultimo ramo del Parlamento nel luglio 2022 e così eliminato nel testo definitivo approvato (l. n. 118 del 5 agosto 2022²¹). Tale stralcio è stato chiesto – con grande risalto mediatico, peraltro – ed ottenuto dalle forze politiche che hanno poi vinto le successive elezioni politiche dello scorso settembre.

Come già avvenuto a settembre 2022 per gli obiettivi da raggiungere entro la fine del primo semestre del 2022, la Commissione europea sarà chiamata ad esprimersi – nei primi mesi del 2023 – sul raggiungimento degli obiettivi che, secondo il cronoprogramma del PNRR, devono essere realizzati entro il 31 dicembre 2022 ai fini del versamento della correlata rata di finanziamento per l'Italia (pari a circa ventidue miliardi di euro).

¹⁹ Cfr. Parere della XIV Commissione della Camera «Politiche dell'Unione europea» del 16 marzo 2022, reperibile sul sito internet della Camera dei Deputati (www.camera.it).

²⁰ Vedi Allegato alla Decisione del Consiglio del 13 luglio 2021, reperibile sul sito internet della Camera dei Deputati (www.camera.it).

²¹ Legge 5 agosto 2022, n. 118, in *Guri* n. 188 del 12 agosto 2022.

Considerato che le misure in tema di taxi e noleggio auto con conducente sono state integralmente stralciate dalla legge sulla concorrenza e che tali misure danno però concreta attuazione agli impegni assunti nel PNRR, indicati nella misura M1C2-6 e da attuarsi entro il 31 dicembre 2022, appare alquanto difficile che la Commissione europea – dinanzi ad un inadempimento dell'Italia degli obblighi assunti – possa dare il via libera all'integrale versamento del finanziamento previsto per il secondo semestre del 2022.

Peraltro, in relazione agli obiettivi “nazionali” del PNRR, cioè quelli – quale la misura in tema di concessioni balneari²² – indicati dal legislatore nazionale delegante quali norme attuative delle misure di cui alla Decisione di esecuzione del Consiglio, ma non espressamente richiesti dall'Unione europea, sembra che tali obiettivi possano essere attuati entro la scadenza della delega (febbraio 2023), ma tale slittamento non sembra possa valere anche per il *target* relativo ai taxi e ai noleggi auto con conducente.

Ed invero, anche a voler ritenere che tale *target* sia anch'esso un obiettivo “nazionale” in quanto indicato dal legislatore nazionale quale misura attuativa della misura M1C2-6 di cui alla Decisione di esecuzione del Consiglio, ma non espressamente richiesta dall'Unione europea (la misura M1C2-6 fa riferimento ai trasporti pubblici locali senza citare espressamente quelli non di linea), si rileva che la normativa è stata totalmente stralciata dalla legge delega e, dunque, il Governo non ha né una delega né un termine entro il quale provvedere. Inoltre, appare alquanto improbabile che le forze politiche che, nel luglio 2022, hanno ottenuto lo stralcio, dandone altresì enorme rilievo politico, possano, una volta al governo, adottare la misura di cui al PNRR.

È, dunque, altamente probabile che alla scadenza del termine per l'attuazione della misura, la Commissione europea, a causa del mancato raggiungimento del *target* nel trasporto pubblico locale non di linea, disponga una riduzione dei finanziamenti previsti, eventualmente in sede di modifica del PNRR concordata con le istituzioni europee, come preannunciato in più occasioni dall'attuale maggioranza parlamentare italiana.

IV. Brevi conclusioni

La libertà di stabilimento – come noto – è lo strumento più utile per rendere possibile ed agevole l'esercizio di un'attività imprenditoriale sen-

²² In tema di concessioni balneari, vedi F. CAPELLI, *Concessioni balneari e qualifiche professionali delle guide turistiche nell'ordinamento europeo e in quello nazionale: analisi e approfondimento delle problematiche giuridiche*, in questa *Rivista*, 2021, p. 307 ss.

za riguardo ai confini nazionali ed è certamente uno strumento essenziale per le imprese.

Si consideri, infatti, che, in forza di tale libertà, le società possono beneficiare di significative economie di scala, di riduzione dei costi amministrativi e finanziari, di un accesso più facile ad opportunità di sviluppo della propria attività negli altri Stati membri nonché di una più agevole cooperazione con imprese di altri Paesi membri²³.

Aver impedito per lungo tempo alle imprese italiane di potersi avvalere di tali significative opportunità offerte dal mercato unico ha pertanto arrecato un ingiusto danno alle imprese nonché all'economia italiana complessivamente considerata.

Con riferimento al caso dei taxi e degli NCC, l'Italia andrà altresì incontro ad un duplice danno: ha certamente rinunciato ad assicurare una migliore prestazione di servizi di trasporto pubblico locale non di linea per la collettività, che, attraverso la diffusione del ricorso al principio della concorrenza, avrebbe razionalizzato e allineato all'evoluzione tecnologica il sistema di funzionamento dei taxi e del noleggio auto con conducente; inoltre, tale inadempimento comporterà molto probabilmente una riduzione dei finanziamenti europei.

Pietro Troianiello*

SINTESI

Sebbene l'Italia abbia da tempo adottato una disciplina nazionale per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, a tutt'oggi l'attuazione nell'ordinamento interno della normativa eurounitaria è ancora oltremodo difficoltosa.

Il presente lavoro analizza la questione attraverso la disamina di due recenti casi emblematici: il primo è relativo al trasferimento transfrontaliero delle società mentre il secondo riguarda il mancato rispetto degli obblighi assunti dall'Italia con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (il c.d. PNRR) relativamente al trasporto pubblico locale non di linea (taxi e noleggio auto con conducente - NCC).

Tali difficoltà e lentezze del sistema italiano non solo costituiscono inadempimenti agli obblighi eurounitari, ma sono anche fonti di rilevanti danni per lo Stato e per i cittadini.

²³ In argomento vedi F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella Cee: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in questa *Rivista*, 1990, p. 50.

* Professore di Diritto internazionale dei trasporti / Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale; Avvocato / Foro di Roma

ABSTRACT

Although Italy since long ago has adopted a national legislation for the fulfillment of the obligations under the European Union Treaties, currently the implementation of the EU legislation in the internal legal system is still extremely difficult.

This work analyzes the issue through the examination of two recent emblematic cases: the first one relating to the cross-border transfer of companies and the second one concerns the failure to comply with the obligations assumed by Italy with the National Recovery and Resilience Plan (the so-called PNRR) relatively the local passenger transport on demand (taxi and private hire vehicles with driver - PHV).

These difficulties and slowness of the Italian system not only constitute infringements of EU obligations, but are also sources of significant damages to the State and citizens.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA GIURISPRUDENZA SUI CANONI DEMANIALI MARITTIMI*

La materia riguardante le “concessioni balneari” non è stata soltanto oggetto di un contenzioso giudiziario che si è ampliato a dismisura coinvolgendo numerosi Tribunali amministrativi italiani, il Consiglio di Stato, la Corte di cassazione, la Corte costituzionale e la Corte di giustizia dell’Unione europea, creando alla fine un caso di vero e proprio conflitto istituzionale tra potere giudiziario e potere legislativo, ma è anche divenuta l’occasione per scatenare contrasti interpretativi insanabili su una stessa disposizione di legge che, dopo anni di sentenze divergenti di numerosi giudici italiani, non ha ancora potuto trovare un’applicazione concorde.

Gli Autori del presente contributo, Gianluigi Ceruti e Riccardo Ceruti, auspicano quindi una soluzione innovativa che viene descritta nel commento medesimo sottoponendola al giudizio dei lettori e alla valutazione delle autorità competenti.

Il Direttore

* Relazione presentata al Convegno promosso dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Macerata svoltosi a Macerata in data 7 maggio 2021 sul tema «*Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: alla ricerca di soluzioni*», già pubblicata nel volume A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti - Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, EUM Edizioni Università di Macerata, 2022, pp. 251-262.

L'annoso contenzioso tra un'azienda balneare pertinenziale di Rosolina Mare, lungo la Costa Adriatica in provincia di Rovigo, da una parte, l'Agenzia del Demanio e il Comune di Rosolina, dall'altra, si è snodato in più controversie. Esse scaturirono dalla pretesa pubblica di elevati canoni demaniali marittimi ad uso turistico-ricreativo che, a seguito di perizie affidate a differenti consulenti tecnici d'ufficio, furono poi tutti sensibilmente ridotti dai giudici di merito. In questo nostro intervento illustreremo le principali questioni e problematiche giuridiche, di interesse generale per la esegesi delle norme applicabili all'intera categoria degli imprenditori balneari pertinenziali.

1. Nel 2013 l'immenso contenzioso globale in *subiecta materia* suggerì al Governo l'opportunità di ridurre le cause in corso alla data del 30 settembre 2013, introducendo nella legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014) due disposizioni (i commi 732 e 733 dell'art. 1) che offrirono ai concessionari la facoltà di definire il contenzioso relativo ai procedimenti giudiziari concernenti il pagamento dei canoni e degli indennizzi per l'utilizzo dei beni demaniali marittimi e delle relative pertinenze in due soluzioni alternative: il concessionario aveva la facoltà di corrispondere in un'unica soluzione un importo pari al 30% delle somme dovute oppure versando a rate una somma pari al 60% di quanto dovuto oltre agli interessi legali.

L'anzidetto strumento normativo di contrazione del carico giudiziario pendente viene spesso, per brevità e per comodità di riferimento (ma impropriamente), denominato «condono» (sia pure tra significative virgolette) benché la *ratio* della normativa risulti dal dato positivo testuale della norma di cui al comma 732 dell'art. 1 della legge di stabilità 2014: «al fine di ridurre il contenzioso derivante dall'applicazione dei criteri per il calcolo dei canoni delle concessioni demaniali marittime (...)».

In proposito va applicato l'art. 12 delle preleggi del codice civile che è stato per il Tribunale di Venezia, nella fattispecie di cui nel seguito (ed è sempre) il caposaldo di riferimento laddove, al suo primo comma, esso detta il criterio ermeneutico – fondamentale nell'ordinamento – che è quello, nella interpretazione e applicazione di una legge, di non poter attribuire alla legge stessa altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. Lo Stato, nel caso che ci occupa, intendeva ridurre il contenzioso e lo ha dichiarato espressamente: questa è la *ratio* e non altra, con tutte le conseguenze e deduzioni che ne derivano, prima fra tutte l'assoluta improprietà di far riferimento alla giurisprudenza in materia di condono.

Orbene, il Tribunale ordinario di Venezia, Seconda Sezione Civile, con sentenza n. 180/2015 (Giudice monocratico: Dott.ssa Alessandra Ramon),

fu chiamato a decidere su un problema di esegesi della legge di stabilità 2014 denso di conseguenze pratiche di particolare rilevanza in un procedimento di accertamento dell'entità del canone demaniale per l'anno 2010.

Nelle more del giudizio veniva approvata la legge di stabilità 2014 e l'attrice optava per la definizione del contenzioso in unica soluzione presentando, nel termine di legge, la domanda che in copia veniva depositata al Tribunale procedente.

2. L'Agenzia del Demanio sollevava, *in primis*, eccezione di preteso difetto di legittimazione passiva che veniva contestata dalla concessionaria sulla base della – dirimente – ragione che con il dlgs n. 112/1998 le funzioni relative al rilascio della concessione erano state attribuite alla Regione, ma la titolarità del bene demaniale marittimo rimane allo Stato che amministra i propri beni immobili tramite l'Agenzia del Demanio.

L'eccezione, che la difesa erariale ribadirà in ogni altro consimile successivo procedimento giurisdizionale, è stata sempre rigettata non soltanto dal Tribunale di Venezia nel giudizio in argomento (cfr. citata sentenza n. 180/2015) ed anche in tutti gli altri procedimenti promossi dinnanzi allo stesso giudice in differente composizione, ma altresì in tutti i contenziosi promossi dinnanzi ad altri giudicanti, ordinari e amministrativi.

Per completezza di trattazione, con la sentenza n. 180/2015 il Tribunale veneziano, nella motivazione a sostegno del rigetto dell'eccezione sulla legittimazione passiva, aggiungeva che la l.r. Veneto n. 33/2002 aveva trasferito ai Comuni l'attribuzione delle funzioni relative al rilascio delle concessioni, all'accertamento e alla riscossione del canone, permanendo in capo allo Stato la funzione relativa alla determinazione dei parametri di calcolo, alla Regione la funzione relativa al rilascio della concessione e all'ente comunale quello relativo alla riscossione del canone.

Nel merito il Tribunale determinava il canone per l'anno 2010 in euro 48.715,30 sulla base di una consulenza tecnica d'ufficio (CTU) che applicava i parametri OMI (Osservatorio mercato immobiliare), ritenuti «più consoni alla specifica destinazione d'uso della singola unità immobiliare».

L'attrice aveva chiesto che, in via principale, il Tribunale pronunciasse la cessazione della materia del contendere e, in via subordinata, accertasse per l'anno 2010 l'entità del canone demaniale nella misura di euro 30.278,59 come da perizia di parte o in quella diversa ritenuta di giustizia statuendo, infine, che, avendo la concessionaria già versato euro 29.035,42, per effetto della domanda di definizione, nulla era più dovuto a titolo di preteso conguaglio. L'Agenzia del Demanio, dal canto suo, aveva formulato domanda riconvenzionale diretta ad ottenere il pagamento della diffe-

renza tra gli importi determinati dal Comune di Rosolina e la somma corrisposta dalla società attrice; la stessa aveva chiesto il rigetto della domanda riconvenzionale essendo stato accertato giudizialmente che il canone per l'anno 2010 ammontava ad euro 48.715,34 ed avendo la concessionaria versato l'importo di euro 29.035,42 ampiamente superiore sia al 30% del canone accertato giudizialmente sia al 30% del canone preteso dal Comune di Rosolina. E il Tribunale di Venezia, con la citata sentenza n. 180/2015, rigettava la domanda riconvenzionale dell'Agenzia del Demanio, stabilendo che nulla era più dovuto dalla concessionaria per quanto attiene al canone per l'anno 2010 avendo la stessa prodotto in giudizio la prova documentale del versamento complessivo del 30%.

3. La *vexata quaestio* che divide l'Agenzia del Demanio dalla concessionaria consiste nell'interpretazione della espressione «somme dovute» di cui al comma 732, art. 1 della legge n. 147/2013, che per la concessionaria sono quelle determinate con i propri provvedimenti dal Comune di Rosolina, mentre per l'Agenzia del Demanio sarebbero le somme ulteriori rispetto a quelle versate dall'attrice: in altre parole, per la concessionaria si doveva detrarre l'acconto versato, laddove invece la parte pubblica sosteneva che non si doveva tenerne conto.

Il Tribunale di Venezia, accogliendo l'assunto interpretativo della concessionaria, giudicava che la pretesa erariale «oltre a porsi in contrasto con il dato letterale della norma (...) penalizza ingiustificatamente il concessionario che ha versato all'erario di più rispetto a quello che non ha versato nulla o ha ritenuto di nulla dovere».

In tal modo ai concessionari che nulla hanno versato o nulla hanno ritenuto dovuto sarebbe sufficiente, per definire la controversia, corrispondere il 30% di quanto richiesto all'inizio dal Comune di Rosolina, mentre, in tutti gli altri casi, sarebbe necessario versare, oltre a quanto ritenuto dovuto, anche il 30% della differenza tra il preteso e il ritenuto dovuto. Così si violerebbe macroscopicamente il principio fondamentale di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

L'esegesi della normativa di riferimento compiuta dalla concessionaria ha trovato conferma nella giurisprudenza consolidata dello stesso Tribunale di Venezia con più pronunce (emesse – si noti – da differenti giudici monocratici) e non soltanto nella decisione n. 180/2015): così nelle sentenze n. 947/2015 (Giudice monocratico Chiara Campagner), n. 1699/2016 (Giudice monocratico Sandro Santinello), n. 1700/2016 (Giudice monocratico Sandro Santinello), n. 86/2017 (Giudice monocratico Gabriella Favero), n. 1887/2017 (Giudice monocratico Eugenia Italia). Nello stesso senso si è espresso anche il Consiglio di Stato con decisione n.

5244/2016 (Luciano Barra Caracciolo, Presidente, Marco Buricelli, Estensore), per il quale «non pare inutile specificare che il 30% dell'importo dovuto va commisurato all'ammontare della somma complessivamente richiesta in origine dal Comune».

E, ancora, il massimo organo di giustizia amministrativa aggiungeva: «La lettera della legge è invero univoca e fa riferimento alle somme dovute, e se per somme dovute devono intendersi le somme pretese dalla parte pubblica non si può ritenere che siano dovute somme ulteriori rispetto a quelle richieste, essendo evidente che il pagamento effettuato, pari al 30% delle somme richieste, ha prodotto l'effetto estintivo del credito dell'appellata, effetto collegato dalla legge di stabilità al pagamento spontaneo del 30% degli importi dovuti in origine».

Anche il TAR Campania, Sez. Dist. Salerno, con sentenza n. 410/2017 (Francesco Riccio Presidente, Paolo Severini Estensore) e il TAR Toscana, Sez. III, con sentenza n. 419/2016 (Rosaria Trizzino Presidente, Riccardo Giani Estensore), con argomentazioni anche esemplificative inedite, hanno ribadito che non può essere accolta la pretesa dell'amministrazione erariale. In particolare il TAR Campania, dopo aver sottolineato che la *ratio* della disposizione agevolativa è volta a favorire la definizione delle liti pendenti, ha aggiunto: «sarebbe illogico un meccanismo di calcolo del 30% delle somme dovute che evidentemente scoraggiasse, anziché favorire, il ricorso a tale rimedio, da parte di chi ha già versato somme, magari consistenti, all'ente concedente».

E ancora il TAR Campania precisa, con un esempio illuminante, la *ratio* e la corretta esegesi della legge n. 147/2013 (art. 1, commi 732 e 733): «la lettura coordinata, e logicamente fondata, della norma impedisce d'assegnare, alla stessa, un significato, evidentemente volto a premiare chi non ha pagato alcunché, piuttosto che trattare sullo stesso piano tali concessionari e quelli che, invece, hanno versato al Comune parte (magari consistente) delle somme dovute. Fatta pari a 100 la debenza, se s'accetta la tesi dell'Amministrazione, ove si sia già pagato 40 si dovrebbe ancora pagare il 30% di 60, vale a dire 18, e così, in totale, si finirebbe per pagare 58; laddove, se non s'è versato nulla, potrebbe definirsi la lite pendente, con il pagamento dei soli 30 di partenza: il che è, oltre che iniquo, illogico e contrastante con il fine precipuo della norma, ovvero di deflazionare l'ingente contenzioso, sorto sull'applicazione della nuova disciplina, in tema di canoni concessori».

Dal canto suo il TAR Toscana rileva che il legislatore, per deflazionare il contenzioso, non può che far riferimento alle somme dovute per l'importo dei canoni relativi a ciascun anno in contestazione; non è quindi conforme a legge escludere dal beneficio la parte del canone pagata per effetto di una rateizzazione in corso, anche per la illogica conseguenza che ver-

rebbe a crearsi, consistente nell'attribuire un vantaggio maggiore a chi non abbia pagato alcunché rispetto a chi abbia in parte fatto fronte al pagamento del dovuto.

Sulla sentenza del Tribunale di Venezia n. 180/2015 è intervenuto il Prof. Paolo Maddalena, ex giudice costituzionale, già ai vertici della Corte dei conti ed attuale Vice Presidente emerito della massima istituzione di garanzia costituzionale. Egli ha affermato: *a.* che la sentenza n. 180/2015 «costituisce una chiara, inequivocabile interpretazione, letterale e logica, dei commi 732 e 733 della legge di stabilità 2014», *b.* che le disposizioni anzidette hanno una «finalità deflazionistica delle pendenze giudiziarie in corso al 30.9.2013», *c.* che il «dovuto deve essere stabilito in base all'importo originariamente preteso dall'ente gestore (nella fattispecie, il Comune di Rosolina)».

4. Nella sola Corte di appello di Venezia si sono susseguite alcune sentenze agli antipodi interpretativi rispetto a quelle del locale Tribunale e di tutta la giurisprudenza amministrativa: tali decisioni ricalcano l'interpretazione data dall'Agenzia del Demanio alla norma della legge di stabilità 2014 secondo la quale nel computo del 30% per la definizione del contenzioso non si dovrebbe tener conto dell'anticipo eventualmente corrisposto dal concessionario e il 30% previsto non dovrebbe commisurarsi alla somma pretesa originariamente dal Comune impositore.

Sui gravami proposti dall'Agenzia del Demanio la Corte di appello di Venezia si è comportata così: la Prima Sezione Civile (cfr. sentenza n. 452/2020 pubblicata il 10 febbraio 2020, relatrice la stessa Presidente Caterina Passarelli), ha rigettato l'appello del Demanio confermando integralmente la sentenza n. 180/2015 del Tribunale di Venezia con ampia motivazione sulle singole questioni e puntualizzando che è evidente la finalità deflattiva della norma (e non quella del «condono»).

Altre sentenze della Seconda Sezione della stessa Corte di appello di Venezia (n. 1658/2017 - Cinzia Balletti Presidente Estensore), n. 2233/2017 (Massimo De Luca Presidente Estensore), n. 2757/2019 (Cinzia Balletti Presidente Estensore), n. 549/2020 (Cinzia Balletti Presidente, Innocenza Vono Relatore) – le due ultime pronunce testé indicate, assunte con la stessa Presidente di Sezione che è anche estensore della prima n. 2757/2019 – hanno aderito alla impostazione interpretativa dell'Agenzia del Demanio.

E ancora, sempre la Seconda Sezione della Corte, con le decisioni n. 2915/2020 e n. 2917/2020 (Domenico Tagliatela Presidente, Francesco Bressan Relatore) perveniva a conclusioni differenti da quelle di tutte le altre sentenze della medesima Seconda Sezione e sorrette da altre motivazioni.

Non ci sfugge che il commediografo dell'antica Roma Publio Terenzio Afro nell'opera *Phormio* scrisse *quot homines tot sententiae*.

Certamente le opinioni possono mutare da persona a persona, ma riteniamo sia ampiamente e oggettivamente condivisibile che in questo secolo ed anche prima nello scorcio del Novecento le sentenze civili e amministrative su questioni di diritto perfettamente identiche si sono totalmente differenziate, persino nell'ambito della stessa Sezione dell'istituzione giudiziaria, ed altresì in contrapposizione con le pronunce delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione o dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Il fenomeno scaturisce dallo sprigionamento di atteggiamenti che (talvolta ispirati anche inconsciamente da moti individuali extragiuridici) ledono in radice la certezza del diritto recando grave turbamento all'andamento della giustizia e al comportamento professionale dell'avvocato il quale, specie nella quotidianità della fase consultiva extragiudiziale e prima di un parere su una eventuale controversia da instaurare, non è più in grado di orientarsi e di prestare al cliente un consiglio ma solo di riferirgli le antitetiche opinioni che nella loro netta contraddittorietà finiscono per mortificare e vanificare la stessa funzione forense e ponendo l'utente della giustizia amministrativa e civile in situazioni sconcertanti, confuse e dannose.

Riteniamo che in sede di riforma della giustizia, dopo nutrite serie di decisioni totalmente contrastanti fra loro, si dovrebbe introdurre normativamente l'emanazione di un indirizzo generale, univoco e cogente specie in materia di interpretazione delle leggi.

Ci rendiamo conto che questa ormai indifferibile necessità si scontra con altre importanti esigenze e questioni di principio, ma non possiamo sottovalutare che il diritto richiede, sempre di più, risposte certe e rapide e deve risolvere, concretamente e celermente, situazioni e casi pratici spesso di grande momento.

L'emanazione dell'indirizzo univoco e cogente, che peroriamo, non può che fondarsi su dati qualitativi e quantitativi e sulla provenienza della pluralità di fonti delle decisioni confrontando dialetticamente la ricorrenza delle sentenze, la qualità delle argomentazioni e delle motivazioni addotte.

Un compito così delicato postula inevitabilmente la competenza di un supremo consesso composto dalle Sezioni Unite della Cassazione, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e da almeno cinque avvocati con trent'anni di esercizio professionale forense, che non abbiano trattato negli ultimi cinque anni le questioni di diritto sulle quali deve formarsi l'indirizzo univoco e cogente e che si impegnino a non esercitare per egual periodo la professione sotto la comminatoria della sanzione, in caso di inadempienza, della cancellazione da un Albo, *ad hoc* istituito, rinnovato

ogni anno nella sua composizione su proposta del Consiglio Nazionale Forense previa consultazione dei Consigli degli Ordini provinciali.

L'aspetto quantitativo e l'accertamento della differenziazione delle provenienze delle pronunce non pongono problemi perché si individuano *ex se* oggettivamente, mentre la valutazione delle motivazioni ai fini della formulazione di un indirizzo unico e vincolante crea situazioni problematiche che richiedono, per l'appunto, una declaratoria da parte del supremo consesso che abbiamo *de jure condendo* proposto nei termini suddetti, ma con atteggiamento del tutto aperto ad integrazioni e a soluzioni differenti purché finalizzate al superamento di una *impasse*, decisamente respinta dal cittadino che legittimamente aspira alla certezza del diritto e alla univocità delle statuizioni giurisdizionali definitive.

5. Un'altra questione di diritto di notevole rilevanza in materia, emersa nel contenzioso dinnanzi al Tribunale civile di Venezia, riguarda l'entità della fideiussione sostitutiva del doppio del canone concessorio di cui all'art. 17 del Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione. Nella causa civile R.G. n. 11677/2016 la stessa società concessionaria in argomento si è contrapposta all'Agenzia del Demanio e al Comune di Rosolina relativamente alla pretesa della parte pubblica di una nuova polizza fideiussoria allegando che la pretesa era destituita di ogni fondamento in quanto l'attrice aveva già prestato due fideiussioni bancarie accettate dalle parti pubbliche per un importo di gran lunga superiore rispetto al canone per il 2016.

Con sentenza n. 635/2020 il Tribunale di Venezia (Giudice unico Diletta Maria Grisanti) ha respinto la domanda riconvenzionale dell'Agenzia del Demanio e ha accertato che la copertura fideiussoria era rispettosa del disposto dell'art. 17 del Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione.

6. Nella medesima controversia, di cui al paragrafo che precede, la concessionaria contestava l'importo del canone demaniale per l'anno 2016, pari ad euro 96.576,01 chiedendo sentenza di accertamento del canone effettivamente dovuto. La difesa erariale affermava che tanto i rinnovi fondati sul diritto di insistenza quanto i rinnovi automatici disposti dall'anno 2001, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 88/2001, nonché le successive norme di proroga automatica ex art. 1, comma 18, decreto legge n. 194/2009, convertito nella legge n. 25/2010 e poi modificato dall'art. 34 *duodecies* del decreto legge n. 179/2012, convertito nella legge n. 221/2012, sarebbero incompatibili con il Trattato e la normativa europea riportando,

a supporto, la nota sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 14 luglio 2016 in cause riunite n. C-458/14 e n. C-67/15, *Promoimpresa* (EU:C:2016:558).

Ad avviso dell'Agenzia del Demanio, quindi, le suddette disposizioni dovrebbero essere disapplicate con declaratoria di accertamento della scadenza della concessione demaniale marittima gestita dall'attrice a decorrere già dal 1999, o, in subordine, dal 2003 o dal 2009 o dal 31 dicembre 2014. Sulla scorta di quanto disposto dall'art. 8 della legge n. 296/2006 il Demanio in sede di domanda riconvenzionale chiedeva la «triplicazione dell'importo dovuto per l'occupazione e l'utilizzo senza titolo del bene demaniale». Tali argomentazioni difensive venivano contestate dall'attrice in virtù dell'interpretazione – data dalla giurisprudenza amministrativa – della sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016 in cause riunite n. C-458/14 e n. C-67/15.

Tra queste la pronuncia n. 911/2017 del TAR Campania annullava la declaratoria di decadenza di una concessione demaniale marittima adibita a ristorante e a stabilimento balneare ritenendo illegittimo il provvedimento del Comune di Pozzuoli motivato sulla base del presunto contrasto con il diritto comunitario delle previsioni di legge in tema di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime. In particolare, il giudice amministrativo campano ha escluso che la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, stabilita sino all'anno 2020 dal legislatore nazionale, sia contraria all'ordinamento comunitario e possa essere disapplicata con dichiarazione di decadenza automatica della concessione.

Secondo il ragionamento enucleato nella menzionata sentenza in questione «l'articolo 49 TFUE e l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/Ce, relativa ai servizi nel mercato interno devono essere interpretati nel senso che non consentono a una misura normativa nazionale di prevedere un meccanismo di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistiche ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati».

Tuttavia – sempre a parere del TAR campano – tale incompatibilità delle proroghe automatiche non ha portata generalizzata ma va riconosciuta, per espressa precisazione della Corte, quando tali concessioni presentino, in ragione delle relative caratteristiche geografiche ed economiche, un interesse transfrontaliero certo.

Inoltre lo stesso TAR chiariva che l'Autorità giudiziaria e la Pubblica Amministrazione, nell'attribuzione dei titoli concessori, debbono compiere un accertamento, caso per caso, sia dell'«interesse frontaliere certo» sia del «principio della certezza del diritto» in ossequio al legittimo affidamento del concessionario affinché «la risoluzione di siffatta concessione

sia corredata da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare dal punto di vista economico».

Con identico orientamento i principi di diritto enunciati sopra sono stati espressi e ribaditi proprio dal Tribunale di Venezia nella sentenza n. 1601/2018, con la quale è stata respinta l'identica domanda proposta dalla difesa erariale avente ad oggetto l'accertamento dell'occupazione *sine titulo* per presunta intervenuta scadenza della concessione. Sotto ulteriore profilo giova ricordare che, a seguito della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 14 luglio 2016 in cause riunite n. C-458/14 e n. C-67/15, in Italia è stato approvato il decreto legge n. 113/2016 convertito nella legge n. 160/2016. In proposito l'art. 24, comma 3 *septies*, della normativa in esame così recita: «Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25».

Tale disposizione transitoria riconosce e ribadisce la piena legittimità-validità *ex lege* delle concessioni demaniali marittime già in essere (tra le quali rientra appunto la concessione dell'odierna società attrice) e pendenti ai sensi del decreto legge n. 179/2012 (art. 34 *duodecies*) che ha prorogato di cinque anni, sino al 31 dicembre 2020, le concessioni demaniali marittime e lacustri in scadenza al 31 dicembre 2015.

Infine è bene ricordare che l'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge n. 145/2018 ha disposto la proroga delle concessioni demaniali marittime per quindici anni, vale a dire sino al 2033, così disponendo: «le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'art. 01 del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993 n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno la durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici (art. 682, comma 2)».

Ciò premesso, in ordine all'inquadramento normativo e giurisprudenziale il Tribunale di Venezia, nella menzionata pronuncia n. 635/2020, con motivazione innovativa ha così argomentato: «Ebbene, alla luce di ciò, non può ritenersi cogliere nel segno quanto affermato da parte dell'amministrazione convenuta in merito all'applicabilità della sanzione prevista dall'art. 8, d.l. n. 400/1993. Ed infatti, come altresì chiarito dalla giurisprudenza del presente Tribunale (Trib. Venezia, 29.5.2017, n. 1275), la norma invocata presuppone la sussistenza di un fatto illecito posto in esse-

re dal trasgressore, ossia l'illegittima occupazione del suolo pubblico, da cui la necessità di procedere alla verifica dell'effettiva ricorrenza dei presupposti tipici della fattispecie sanzionatoria, tra cui l'elemento soggettivo quantomeno della colpa. È di tutta evidenza come, nel caso di specie, non possa ritenersi integrata la fattispecie di illecito in questione. Ciò alla luce dell'affidamento seppur illegittimo ad ogni modo incolpevolmente riposto dalla società concessionaria odierna attrice nella normativa statale che ha disposto, lo si ripete sino al 2033, la proroga delle concessioni demaniali marittime. Dopotutto, risulta contrario a buona fede il comportamento dell'amministrazione statale che, a giustificazione della propria richiesta risarcitoria, invoca una condotta, asseritamente illegittima della concessionaria, la quale risulta tuttavia fondata su un atto normativo adottato dallo Stato».

Postilla

Successivamente allo svolgimento del Convegno sulle concessioni demaniali marittime promosso dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata, il Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, con decreto n. 160 in data 24 maggio 2021 deferiva all'Adunanza Plenaria, sui quesiti indicati nella motivazione del decreto presidenziale, i due affari nel seguito indicati, relativamente alle proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, in presenza di due procedimenti d'appello, pendenti l'uno dinnanzi alla Quinta Sezione del Consiglio di Stato individuato con N.R.G. 1975/2021 e l'altro pendente presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, iscritto al N.R.G. 311/2021, considerato che entrambi i ricorsi sunnominati vertono, anche, sulla questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

Gianluigi Ceruti - Riccardo Ceruti*****

SINTESI

Il presente scritto rievoca le cause giudiziarie in materia civile dinnanzi al Tribunale e alla Corte d'Appello di Venezia, promosse da un'impresa che aveva ottenuto in concessione, con il pagamento di una somma per ogni stagione balneare, una porzione di spiaggia nel Lido di Rosolina Mare (Alto Adriatico) per

** Avvocato / Foro di Rovigo

*** Avvocato / Foro di Rovigo

ospitarvi i turisti. Le cause furono promosse perché l'impresa privata riteneva troppo elevato il canone richiesto dalla pubblica amministrazione. Il Giudice di primo grado incaricava dei tecnici per stabilire l'entità delle somme dovute. Mentre si svolgevano queste cause, poiché il contenzioso in materia a livello nazionale era divenuto eccessivo, il Parlamento italiano approvava una norma che consentiva all'imprenditore di estinguere il suo debito, alternativamente: o versando subito il 30% di quanto richiesto o pagando il 60% a rate. Nel nostro caso il privato decise di pagare il 30%, ma, poiché prima dell'approvazione della legge suddetta egli aveva versato un acconto, la questione giuridica principale consiste nello stabilire se si debba detrarre l'acconto stesso come ritiene il privato al contrario della pubblica amministrazione. Il Giudice di prima istanza pronunciò più sentenze favorevoli all'interpretazione del privato, viceversa due Sezioni del Giudice di secondo grado furono di opposto avviso e su questo punto dovrà, ora, decidere in via definitiva la Corte Suprema di cassazione.

ABSTRACT

The following text recalls the judicial cases in civil matters before the Tribunal and the Court of Appeal of Venice, promoted by a company that had obtained in concession, with the payment of a sum for each bathing season, a portion of the beach in the Lido di Rosolina Mare (High Adriatic) to host tourists. The lawsuits were brought because the private company deemed the fee required by the public administration too high. The judge of first instance appointed technicians to establish the amount of the sums due. While these lawsuits were taking place, since the litigation on the subject at national level had become excessive, the Italian Parliament approved a provision which allowed the entrepreneur to extinguish his debt, alternatively: either by immediately paying 30% of the amount requested or by paying 60% % in installments. In our case the private individual decided to pay 30%, but since before the approval of the aforementioned law he had paid a down payment, the main legal question consists in establishing whether the down payment itself should be deducted as the private individual believes, contrary to the public administration. The judge of first instance pronounced several sentences in favor of the interpretation of the private law, vice versa two sections of the judge of second instance were of the opposite opinion and the Supreme Court of Cassation will now have to decide definitively on this point.

In questa rubrica «Comunicazioni e note informative» sono pubblicate tre relazioni riprese dagli Atti del Convegno organizzato dall'AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), svoltosi a Milano nei giorni 15-18 settembre 2022 sul tema «Rappresentanza e poteri nelle società di capitali». I tre relatori sono, nell'ordine: Luca Paleari, Annamaria Pedroni, Claudio Arturo.

RAPPRESENTANZA E POTERI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI. BREVI RIFLESSIONI DI SISTEMA

S.P.A. (art. c.c. 2325 - art. c.c. 2451), S.A.P.A. (art. c.c. 2452 - art. c.c. 2461), S.R.L. (art. c.c. 2462 - art. c.c. 2483)*

Sommario: **I.** Breve introduzione ai poteri di rappresentanza e ai poteri di gestione nelle S.p.A., nelle S.a.p.a. e nelle S.r.l. - **II.** Rappresentanza di diritto civile, rappresentanza commerciale, rappresentanza organica - **III.** Ruolo degli amministratori di società di capitali e poteri di rappresentanza, di gestione e di attuazione dell'oggetto sociale - **IV.** Ipotesi particolari: amministrazione ultra vires e/o in conflitto di interessi - amministratori di fatto, amministratori apparenti - **V.** Posizione e tutela dei terzi nei rapporti negoziali con le società di capitali e opponibilità o meno ai terzi dei limiti dei poteri degli amministratori - exceptio doli.

I. Breve introduzione ai poteri di rappresentanza e ai poteri di gestione nelle S.p.A., nelle S.a.p.a. e nelle S.r.l.

1. Il diritto societario italiano disciplina nel codice civile tre figure tipiche di società di capitali: la società per azioni (S.p.A.), la società a responsabilità limitata (S.r.l.) e la società in accomandita per azioni (S.a.p.a.)¹.

* Relazione presentata al Convegno dell'Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana (AIGLI) tenutosi a Milano nei giorni 15-18 settembre 2022 sul tema «Rappresentanza e poteri nelle società di capitali».

¹ F. DI SABATO, *Manuale delle società*, II ed., Torino, Utet, 1986; AA.VV., *Diritto delle società - Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2006; V. CALANDRA BONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. 12.

In linea generale, l'autonomia patrimoniale perfetta caratterizza le società di capitali, concretizzandosi nell'insensibilità del patrimonio dei soci alle obbligazioni sociali e viceversa, ad eccezione delle S.a.p.a., ove però espressamente si prevede il c.d. beneficio di escussione, in via preventiva.

Ai nostri fini va evidenziato che la riforma del diritto societario, c.d. Riforma del 2003 – entrata in vigore l'1 gennaio 2004 - (dlgvo 17 gennaio 2003 n. 6, poi modificato dal dlgvo 6 febbraio 2004 n. 37 e dal dlgvo 28 dicembre 2004 n. 310) ha rappresentato una rimodulazione ampiamente organica («*un autonomo e organico complesso di norme*» cfr. legge delega, art. 3, comma I, lett. a.), sia negli assetti e nelle strutture delle società sia, per quanto più rileva in questa sede, intervenendo sostanzialmente nei rapporti tra poteri di gestione e poteri di rappresentanza.

Quanto ai primi aspetti, si intende citare ad esempio l'introduzione, accanto al c.d. sistema tradizionale, di due ulteriori e differenziati sistemi di amministrazione e controllo (quello c.d. *dualistico*, basato su di un consiglio di gestione e un consiglio di sorveglianza – cfr. artt. 2409 *octies* ss. c.c. – e quello c.d. *monistico*, basato su di un consiglio di amministrazione e di un comitato costituito al suo interno – cfr. artt. 2409 *sexiesdecies* ss. c.c.), nonché per le S.r.l. la previsione di una disciplina largamente dispositiva, che lascia all'autonomia statutaria ampio margine di adattabilità alle specifiche esigenze concrete e d'impresa, tanto che il socio può avere delle competenze gestorie e cioè divenire titolare di «*particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società*» (art. 2468 c.c.).

Ai fini delle presenti riflessioni, si farà esclusivamente riferimento al modello c.d. tradizionale di amministrazione e controllo (amministratore unico o consiglio di amministrazione – cfr. artt. 2380 *bis* ss. c.c.), tenuto altresì conto che nella prassi il sistema c.d. tradizionale è di gran lunga il più diffuso.

2. In generale, nelle società di capitali italiane i poteri rappresentativi non coincidono di per sé con i poteri gestori, risultando assai spesso più estesi nei rapporti extra societari, con più evidenza nelle ipotesi di amministrazione plurisoggettiva.

Si consideri, altresì, che mentre il potere di gestione è attribuito a tutti gli amministratori, quello di rappresentanza può essere attribuito a taluni degli amministratori e non a tutti, sicché il potere di gestione trova una limitazione nell'oggetto sociale, mentre quello di rappresentanza ha carattere generale per tutti gli amministratori che ne sono muniti. Una società deve

Va evidenziato che in questa sede non si parlerà delle S.a.p.a. e ciò per due motivi: *a.* ex art. 2454 c.c. alla S.a.p.a. si applicano le norme previste in materia di S.p.A., in quanto compatibili e *b.* la loro diffusione sul mercato come tipo societario è assai scarsa.

avere almeno un rappresentante e un rappresentante deve essere un amministratore, anche in ipotesi non socio.

Tra le finalità della Riforma del 2003 vi era quella di accentuare la distinzione tra potere di gestione e di rappresentanza², così come consentito dall'art. 9 della I direttiva societaria del 1968³ (cfr. direttiva n. 68/151/Cee, poi ricodificata per tenere conto delle successive modificazioni intervenute dalla direttiva n. 2009/101/Ce; si veda anche l'art. 9 direttiva n. 2017/1132/Ue: tutte norme di rango superiore rispetto alla legge ordinaria italiana), introducendo il principio secondo cui gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, segnatamente quelli di buona fede, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale. Questo ha rappresentato una sostanziale novità di sistema rispetto alla precedente disciplina⁴, poi abrogata.

II. Rappresentanza di diritto civile, rappresentanza commerciale, rappresentanza organica

1. La prima è la rappresentanza negoziale di diritto comune, disciplinata dagli artt. da 1372 a 1399 c.c., che si fonda su uno specifico negozio, la procura, con poteri al rappresentante entro i limiti stabiliti dal rappresentato. La tutela dei terzi è qui piuttosto debole: salvo il caso della modificazione o dell'estinzione della procura, disciplinate dall'art. 1396 c.c., la pro-

² Nella relazione alla Riforma si legge infatti che «nei rapporti esterni, per tutelare l'affidamento dei terzi – e salva l'exceptio doli – sia gli atti compiuti dall'amministratore munito del potere di rappresentanza, ma privo del potere di gestione (atti estranei all'oggetto sociale o casi di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere di gestione), sia gli atti che eccedono i limiti – anche se pubblicati – ai poteri di gestione o di rappresentanza, rimangono validi e impegnativi; nei rapporti interni, invece, la mancanza o eccesso di potere o l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale restano rilevanti quale base per un'azione di responsabilità (artt. 2393 e 2393 bis c.c.), quale giusta causa di revoca (art. 2383, terzo comma, c.c.), e quale motivo di denuncia al collegio sindacale o al tribunale (artt. 2408 e 2409 c.c.)».

³ Art. 9 - direttiva n. 68/151/Cee. «1. Gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale, a meno che eccedano i poteri che la legge conferisce o consente di conferire ai predetti organi. Tuttavia, gli Stati membri possono stabilire che la società non sia obbligata quando tali atti superano i limiti dell'oggetto sociale, se essa prova che il terzo sapeva che l'atto superava detti limiti o non poteva ignorarlo, considerate le circostanze, essendo escluso che la sola pubblicazione dello statuto basti a costituire tale prova. 2. Anche se pubblicate, le limitazioni dei poteri degli organi sociali che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi. 3. Se la legislazione nazionale prevede che il potere di rappresentare la società possa, in deroga alla regola di legge in materia, essere attribuito dallo statuto ad una sola persona o a più persone che agiscono congiuntamente, la stessa legislazione può stabilire che tale disposizione statutaria sia opponibile ai terzi, sempreché essa concerna il potere generale di rappresentare la società; l'opponibilità ai terzi di una siffatta disposizione statutaria è disciplinata dall'articolo 3».

⁴ Art. 2384 bis - Atti che eccedono i limiti dell'oggetto sociale. «L'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società non può essere opposta ai terzi in buona fede». Testo soppresso dal 1° gennaio 2004.

tezione di chi abbia incolpevolmente fatto affidamento nella validità del contratto è lasciata a rimedi di carattere risarcitorio: il terzo che, senza sapere né poter sapere, usando la normale diligenza dell'assenza di potere rappresentativo in relazione allo specifico atto compiuto, abbia contratto con il *falsus procurator* può chiedere a questo il risarcimento dei danni subiti; al terzo colpevole non spetta invece alcuna tutela. In entrambi i casi, il negozio, ferma la possibilità di ratifica, non vincola il falsamente rappresentato.

2. La seconda forma di rappresentanza, quella c.d. commerciale, è disciplinata negli artt. da 2203 a 2213 c.c. e in tali ipotesi il potere rappresentativo deriva dalla nomina a institore, procuratore o commesso e si estende a tutti gli atti a tali qualifiche riconnessi.

Eventuali limitazioni della rappresentanza non sono opponibili ai terzi, salvo che siano state iscritte nel registro delle imprese, o, per i commessi, rese conoscibili con strumenti idonei, o ancora che il terzo contraente ne fosse comunque a conoscenza.

Nella rappresentanza commerciale la tutela del terzo passa invece per la vincolatività dell'atto per il rappresentato, che può opporre ad esempio la natura *ultra vires* dell'atto compiuto solo nel caso in cui la limitazione ai poteri rappresentativi sia stata iscritta o comunque conosciuta dal terzo.

3. Si è già detto che per quanto concerne le società di capitali, a seguito della Riforma del 2003, il potere di rappresentanza sia più esteso rispetto a quello di gestione e la tutela del terzo risulta più ampia.

Nelle società di capitali il potere di rappresentanza organica – ritenuto rapporto di natura societaria consistente nell'immedesimazione tra l'amministratore e la società⁵ –, cioè il potere di impegnare direttamente la società con i propri atti, viene disciplinato in modo sostanzialmente uniforme, sicché la rappresentanza, secondo il modello legale non solo della S.p.A. ma anche della S.r.l., deve costituire oggetto di manifesta attribuzione contenuta nello statuto ovvero nella deliberazione di nomina. Ciò che del resto avviene quasi sempre, nella prassi⁶.

Il potere di rappresentanza in tale ambito ha portata generale ed eventuali limitazioni allo stesso previste dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, anche se pubblicate, sono opponibili ai terzi solo se que-

⁵ Sent. Cass. civ., SS. UU., del 20 gennaio 2017 n. 1545, in *Giur. it.*, V, 2017, p. 1160.

⁶ Anche per le S.r.l. infatti, nonostante l'art. 2475 *bis* c.c. stabilisca letteralmente che la rappresentanza generale spetti agli amministratori, deve ritenersi, per un'interpretazione di sistema, che tale devoluzione non sia automatica e uniforme, a mente del rimando operato dall'art. 2475 c.c. all'art. 2383, I, IV e V comma, in materia di S.p.A. L'art. 2475 *bis* c.c. viene interpretato dunque come norma di chiusura: il potere di rappresentanza generale spetta agli amministratori *ex lege*, ad esempio in caso di silenzio nello statuto. V'è da dire che chi scrive non ha mai visto un caso del genere. Cfr. M. SCIUTO, *Problemi in materia di poteri rappresentativi degli amministratori di S.r.l.*, in *Riv. delle Società*, n. 1, 2014, 1.

sti, essendone a conoscenza, hanno agito con l'intenzione di recare danno alla società (cfr. artt. 2384 e 2475 *bis* c.c.)⁷.

III. Ruolo degli amministratori di società di capitali e poteri di rappresentanza, di gestione e di attuazione dell'oggetto sociale

1. Con il nome di *Corporate governance* (governo societario) si designa il sistema di gestione e di controllo delle società e in particolare quello dei rapporti tra amministratori, consiglio di amministrazione, soci, ecc.

Si è già detto che in questa sede si farà riferimento al c.d. sistema tradizionale e soprattutto ci si limiterà solo a un breve rimando alle norme del codice civile che impattano sul potere di amministrazione e controllo sociale e di rappresentanza.

A tali fini, degno di nota è richiamare il nuovo testo dell'art. 2086 c.c., espressamente richiamato dagli artt. 2380 *bis* (S.p.A.) e 2475 c.c. (S.r.l.), che pone, in pratica, specifici obblighi comportamentali per una corretta gestione societaria in capo agli amministratori, significativamente evidenziando, anche sotto tale aspetto, quella dissociazione tra rappresentanza e gestione, della quale si è già accennato⁸.

⁷ Art. 2384 c.c. - Poteri di rappresentanza. «Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale. Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società».

Art. 2475 *bis* c.c. - Rappresentanza della società. «Gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società. Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società».

⁸ Art. 2380 *bis* c.c. - Amministrazione della società. «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. L'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci. Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all'assemblea. Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea».

Art. 2475 c.c. - Amministrazione della società. «L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479. Si applica l'articolo 2382. All'atto di nomina degli amministratori si applicano il primo, quarto e quinto comma dell'articolo 2383. Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell'ultimo comma del presente articolo, che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente; in tali casi si applicano, rispettivamente, gli articoli 2257 e 2258. Qualora sia costituito un consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In tal caso dai

Il potere di gestione della società può essere attribuito ad un amministratore unico o a più amministratori, che in questa ipotesi formano un Consiglio.

Da accennare, sia pur brevemente, che in caso di organo collegiale, l'amministrazione può essere sia congiuntiva che disgiuntiva nelle S.r.l., mentre nel caso delle S.p.A. l'amministrazione è sempre sostanzialmente congiuntiva, fatte salve le ipotesi di materie che possono essere formalmente delegate a taluni amministratori come previsto dall'art. 2381 c.c., ove autorizzate dall'assemblea o previste dallo statuto.

2. L'oggetto sociale si identifica con l'attività economica che i soci intendono esercitare in comune, al servizio del quale pongono i loro conferimenti e mediante il quale si propongono di conseguire il c.d. scopo-fine, lucrativo nelle società commerciali.

Nell'attività di amministrazione della società, gli amministratori devono in concreto porre in essere atti che attuino l'oggetto sociale e ne rispettino il contenuto; ove ciò non venga fatto, l'organo amministrativo è certamente responsabile e può essere chiamato a risarcire il danno, potendosi addirittura configurare la giusta causa per la revoca del mandato di amministratore.

Sotto il profilo dei rapporti con i terzi però, ferma la responsabilità sopra citata, la disciplina in vigore, e la giurisprudenza che è chiamata ad applicarla, stabilisce che l'atto dell'amministratore che non sia conforme all'oggetto sociale non sia opponibile ai terzi e non sia un atto invalido, salvo dimostrare – ed è la società a doverlo fare con onere probatorio a suo carico – che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società stessa⁹.

In realtà, la questione appare più complessa e ogni fattispecie materiale andrà valutata con attenzione e nello specifico.

documenti sottoscritti dagli amministratori devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa. La redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo. Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2381».

Art. 2086 c.c. - Gestione dell'impresa. «L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori. L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

⁹ Sent. Cass. civ., sez. I, del 1° dicembre 2016 n. 24547, in CED Cassazione 2016. Cfr. A. BARTALENA, *Estraneità all'oggetto sociale: quale rimedio?*, in *Le Società*, n. 6, 2021, p. 688; E. PEDERSINI, *Poteri di rappresentanza degli amministratori di società a responsabilità limitata e inopponibilità delle limitazioni relative alla titolarità*, in *Le Società*, n. 3, 2021, p. 279.

IV. Ipotesi particolari: amministrazione *ultra vires* e/o in conflitto di interessi, amministratori di fatto, amministratori apparenti

1. L'art. 2384 c.c. (S.p.A.) e l'art. 2475 *bis* c.c. (S.r.l.) sanciscono un'inderogabile estensione generale della capacità del rappresentante legale di vincolare la società per ogni atto al quale possa anche astrattamente attribuirsi un significato imprenditoriale.

Occorre evidenziare, quindi, in via preliminare e in generale che in tema di società di capitali l'eccedenza dell'atto rispetto ai limiti dell'oggetto sociale ovvero il suo compimento da parte dell'amministratore al di fuori dei poteri conferitigli non integri sistematicamente un'ipotesi di invalidità, ma semmai di inefficacia e ponga il problema dell'opponibilità o meno dell'atto medesimo ai terzi. Pur potendo la società del tutto legittimamente regolarizzare *ex post* la situazione attraverso una delibera autorizzativa e di ratifica, facendo propri gli effetti dell'atto, in linea di massima vale il principio secondo cui la non conformità dell'atto compiuto dall'amministratore rispetto all'oggetto sociale non può essere opposto ai terzi, trattandosi di atto meramente interno della società¹⁰.

2. Tali conclusioni sono oggi assai ricorrenti in giurisprudenza che tiene conto, altresì, della già ricordata abrogazione dell'art. 2384 *bis* c.c., il quale, viceversa, prevedeva l'opponibilità dell'atto ove non conforme all'oggetto sociale, e che accoglie il principio che l'oggetto sociale non vada interpretato in senso letterale «data la serie di atti di vario tipo che possono essere funzionali all'esercizio di una determinata attività, quanto piuttosto nella diretta o indiretta strumentalità dell'atto alla realizzazione delle finalità per le quali la società è stata costituita»¹¹.

Si vedrà più avanti, comunque, come l'assunto di cui trattasi non vada considerato in senso assoluto, posto che molti autori e parte della giurisprudenza ritengono, viceversa, che non si possano coprire distorsioni funzionali e legali nell'esercizio del potere di amministrazione¹², soprattutto quando comportino violazione di norme poste a tutela dell'interesse sociale e di natura imperativa.

¹⁰ Sent. Cass. civ., sez. I, del 1° dicembre 2016 n. 24547, *cit. supra*, nota 9; sent. Trib. di Milano, del 29 gennaio 2013, in *Le Società*, 2013, p. 347. Cfr. M. COSTANZA, *Limitazioni convenzionali ai poteri rappresentativi e prestazione di fidejussione*, in *Le Società*, n. 2, 2022, p. 159.

¹¹ Sent. Cass. civ., sez. I, del 25 febbraio 2009 n. 4579, in *Foro it.*, 2010, 3, I, c. 979.

¹² Tale orientamento, che chi scrive condivide, ritiene che una cosa sia la violazione di un limite statutario all'estensione generale della rappresentanza, inopponibile ai terzi, altro è l'esercizio di un potere, finanche nei limiti previsti dall'atto costitutivo, per scopi contrastanti con l'interesse sociale.

3. Nella pratica si possono presentare quindi varie questioni:

a. quid iuris nel caso in cui il nome della società sia speso da un amministratore, che però sia privo di rappresentanza?

b. quid iuris nel caso in cui il nome della società sia speso da un amministratore che, pur munito del potere di impegnare la società, operi sulla base di un atto di gestione incompleto, ad esempio per la mancanza di una preventiva delibera consiliare?

c. quale forma di rappresentanza applicare, se quella negoziale ovvero quella organica delle società di capitali, in presenza di una clausola statutaria o di una deliberazione di nomina che attribuiscono un potere rappresentativo estremamente limitato, magari circoscritto al compimento di un solo atto, ovvero ancora alla procura, in ipotesi anche molto ampia, se non addirittura generale, attribuita ad un amministratore da un altro con riferimento all'attività sociale?

Per iniziare a rispondere ai precedenti quesiti, che prevedono ipotesi di atti di gestione *ultra vires* – cioè quelli assunti oltre e/o non in conformità ai propri poteri e/o all'oggetto sociale –, occorre premettere che il potere di impegnare la società se contenuto nello statuto o nella deliberazione di nomina assume carattere generale, se invece è riconducibile ad un atto espressivo dell'autonomia privata di uno o più amministratori, se non addirittura dell'intero consiglio, andrebbe trattato come una procura, e quindi, anche qualora di carattere generale, sottoposto alla disciplina della rappresentanza negoziale.

Tuttavia, con riferimento agli atti *ultra vires*, oggi è opinione assai diffusa che l'unica disciplina applicabile in materia di rappresentanza sia comunque quella di cui agli artt. 2384 e 2475 *bis* c.c., conseguendone che i medesimi non saranno opponibili ai terzi, salva la prova della loro intenzionale volontà di recare pregiudizio alla società (*voluntas nocendi*)¹³.

4. Un ulteriore aspetto problematico della titolarità del potere rappresentativo si ha nel caso in cui il terzo, accertata – ad esempio – presso il registro delle imprese la qualifica del soggetto che spende il nome della società, abbia stipulato il contratto prima che fosse dichiarata la nullità o annullato l'atto di nomina di questo.

L'ipotesi è disciplinata dall'art. 2383, ultimo comma, c.c. (S.p.A. e anche per le S.r.l. a mezzo del richiamo previsto dall'art. 2475 c.c.), in conformità ai principi di tutela del terzo cui è improntata la disciplina della rappresentanza organica delle società di capitali. Afferma la disposizione che «le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo

¹³ Ord. Cass. civ., sez. VI, del 10 luglio 2019 n. 18536, in *Foro it.*, 2019, 10, I, c. 3125.

l'adempimento della pubblicità di cui al quarto comma, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza».

5. Le ipotesi di attività gestoria posta in essere da amministratori in conflitto di interesse con la società, intendendosi perseguire un interesse proprio o di terzi, sono specificatamente disciplinate dagli artt. 2391 c.c. (S.p.A.) e 2475 *ter* c.c. (S.r.l.)¹⁴.

La presente sede, nella quale sono state offerte riflessioni sul tema centrale in esame dei poteri gestori e di rappresentanza, non consente specifici e più articolati approfondimenti che la tematica del conflitto di interessi imporrebbe.

Ci si limiterà dunque a brevissime considerazioni.

A. La disciplina del conflitto d'interessi degli amministratori nelle S.p.A. pone l'obbligo di effettuare un raccordo tra le norme di diritto societario e quelle di diritto comune che regolano il conflitto d'interessi del rappresentante, posto che anche se la Riforma del 2003 ha, come già visto, inteso separare i profili gestori da quelli rappresentativi, in tali ipotesi sopravvive un'intima connessione tra essi, potendo configurarsi una deroga alla regola posta dall'art. 2384, comma 2, c.c., facendo salvi i diritti dei terzi di buona fede e non invece di quelli che abbiano agito non intenzionalmente a danno della società.

¹⁴ Art. 2391 c.c. - Interessi degli amministratori. «L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale; se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile). Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione. L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione. L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico».

Art. 2475 *ter* c.c. - Conflitto di interessi. «I contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo. Le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione». Cfr. S. CASSANI, *Atti ultra vires nelle S.r.l. e decisione ex art. 2479, comma secondo, n. 5, c.c.*, in *Le Società*, n. 11, 2020, p. 1237; L. DELLA TOMMASINA, *Dissociazione fra gestione e rappresentanza nella società per azioni e diritti dei terzi*, in *Rivista delle Società*, n. 4, 2015, p. 657.

Pertanto si pone il problema, nella indeterminatezza dello strumento rimediabile – indicato genericamente come «impugnazione», di quale sia il rapporto di questa con l'art. 1394 c.c.¹⁵, che regola la fattispecie generale del conflitto del rappresentante.

Al riguardo la giurisprudenza, anche di recente¹⁶, ha risolto la questione stabilendo l'applicabilità alla fattispecie di conflitto dell'art. 1394 c.c., conseguendone la possibilità di annullamento dell'atto in conflitto se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.

B. La disciplina del conflitto d'interessi degli amministratori nelle S.r.l. è viceversa molto chiara. Anche in tale ambito, vi è una deroga di sostanza alla disciplina sopra vista dell'art. 2475 *bis* c.c., posto che il contratto concluso può essere annullato, ove il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.

6. Le ipotesi di amministrazione di fatto esulano evidentemente dalle fattispecie previste sopra, posto che presuppongono che chi agisce, affermandosi amministratore, in realtà sia privo di ogni preventiva attribuzione sia statutaria sia assembleare.

Nel concetto di amministratore di fatto si comprendono, accanto a chi difetta del tutto della qualifica organica, anche coloro la cui nomina risulti revocata o che siano decaduti dalle funzioni per qualsiasi causa.

La figura dell'amministratore di fatto, che assai spesso viene affrontata dal giudice penale per reati fallimentari e/o societari¹⁷, trova la propria disciplina nell'art. 2639, comma I, c.c.¹⁸ e viene individuata *a.* con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate¹⁹ e *b.* qualora si

¹⁵ Art. 1394 c.c. - Conflitto d'interessi. «Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo».

¹⁶ Ord. Cass. civ., sez. II, del 6 gennaio 2022 n. 255, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2022, 2, p. 280 «Quando un amministratore ponga in essere, in nome della società, un atto o un negozio nei confronti di un terzo, ancorché rientrante nella competenza del consiglio di amministrazione, il conflitto di interessi, in assenza di previa deliberazione collegiale, non può essere regolato dall'art. 2391 c.c., in quanto nelle fattispecie regolate da questa norma il conflitto emerge in un momento anteriore in quanto afferente all'esercizio del potere di gestione, ma dall'art. 1394 c.c., il quale impone di accertare l'esistenza di un rapporto di incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante, da dimostrare in modo non astratto o ipotetico, ma tenendo conto dell'idoneità del singolo atto o negozio alla creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro».

¹⁷ Sent. C. App. di Roma, sez. II, del 17 febbraio 2017 n. 184, reperibile sulla banca dati <http://onelegale.wolterskluver.it>

¹⁸ Art. 2639, I comma, c.c. - Estensione delle qualifiche soggettive. «Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

¹⁹ Sent. Cass. civ., sez. I, del 6 marzo 1999 n. 1925, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, p. 1319.

accerti una specifica, diffusa e significativa intromissione nella gestione della società, sistematicamente e compiutamente, con plurimi atti che condizionano le scelte operative sociali²⁰.

L'amministratore di fatto nella prassi societaria spesso convive con l'amministratore di diritto (amministratore apparente, quando l'amministratore di fatto esercita il potere gestorio in via totalizzante o quasi), che in quanto tale sarà responsabile sia in sede penale sia civile congiuntamente con il primo per gli atti da questo compiuti.

Sotto il profilo esclusivamente civilistico – escludendo quindi comportamenti che configurino fattispecie di reato – gli atti dell'amministratore di fatto nei confronti dei terzi vanno, in linea generale, disciplinati secondo le norme della rappresentanza negoziale sopra accennate e, segnatamente, in relazione a quelle previste per il *falsus procurator*, fatta salva evidentemente la ratifica *ex post*.

Si consideri che nella prassi societaria può accadere che il soggetto che agisce di fatto compiendo atti gestori e di ordinaria amministrazione tipici di un amministratore sia munito di procura e, anche in questo caso, troveranno applicazione le norme in materia di rappresentanza negoziale o commerciale, quanto agli effetti. Sono infatti ipotesi che talvolta coinvolgono le figure dei direttori generali di società o institori, soggetti legati alla società da un rapporto di lavoro.

V. Posizione e tutela dei terzi nei rapporti negoziali con le società di capitali e opponibilità o meno ai terzi dei limiti dei poteri degli amministratori - *exceptio doli*

1. Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione, ai fini dell'opponibilità al terzo contraente delle limitazioni dei poteri di rappresentanza degli amministratori, la normativa vigente richiede non già la mera conoscenza della esistenza di tali limitazioni da parte del terzo, ma altresì la ricorrenza di un accordo fraudolento o almeno la consapevolezza di un accordo potenzialmente fonte di danno per la società²¹.

La conclusione viene assunta sulla base del contenuto degli artt. 2384 e 2475 *bis* c.c., già citati.

Pertanto la possibile intervenuta dissociazione tra il potere di gestione, previsto dallo statuto sociale, e il potere di rappresentanza spettante in ipo-

²⁰ Sent. Cass. civ., sez. I, del 18 settembre 2017 n. 21567, in *Cass. Civ. Mass.*, 2017, *Giustizia Civile Massimario*, 2017; sent. Cass. civ., sez. I, del 1° marzo 2016 n. 4045, in *Giustizia Civile Massimario*, 2016.

²¹ Ord. Cass. civ., sez. VI, del 28 settembre 2021 n. 26239, in *CED Cassazione* 2021.

tesi ad altri rispetto all'agente, rientra tra le limitazioni previste dall'art. 2384, comma II, c.c. e sarà comunque opponibile alla società, salvo provare che i terzi abbiano agito intenzionalmente in pregiudizio della società stessa²² (c.d. *exceptio doli*).

2. Gli artt. 2384 e 2475 *bis* c.c. sanciscono la rilevanza meramente interna delle limitazioni eventualmente poste alla rappresentanza degli amministratori; ad esempio, l'atto realizzato *ultra vires* è dunque sempre vincolante per la società, salvo il caso in cui il terzo, consapevole della limitazione, abbia comunque agito allo scopo di recare danno alla società rappresentata.

Per vero né nell'art. 2384 né nell'art. 2475 *bis* c.c. si fa riferimento espresso alla conoscenza da parte del terzo dell'esistenza di una limitazione al potere rappresentativo dell'amministratore (o degli amministratori) contraente, ma questo requisito può tuttavia essere considerato implicito nelle due disposizioni e la verifica dell'elemento soggettivo avrà struttura necessariamente bifase, accertamento innanzitutto dell'elemento cognitivo e poi di quello volitivo, la c.d. *voluntas nocendi*.

Si prenda ad esempio il caso in cui l'amministratore abbia agito in assenza di un antecedente e necessario atto di gestione. L'ipotesi più significativa è quella in cui, essendo l'attività gestoria demandata al consiglio e quella rappresentativa al singolo amministratore, questo abbia agito in mancanza della previa delibera consiliare.

In una siffatta situazione, secondo un autorevole orientamento, l'atto sarebbe opponibile al terzo solo nelle limitate ipotesi individuate dal secondo comma dell'art. 2384 c.c. e dall'art. 2475 *bis* c.c.

3. Come si è accennato, in realtà e a parere di chi scrive, la questione è più complessa.

Una delle questioni maggiormente discusse relativamente alla rappresentanza degli amministratori è quella della rilevanza esterna o invece solo interna delle limitazioni legali al potere di impegnare la società, posto che, come già detto, con la Riforma si è invece espunto dal testo dell'art. 2384 c.c. ogni riferimento alle limitazioni legali, consentendo il sorgere di due differenti modi d'intendere la rilevanza di queste.

La questione rileva, in particolare, per quegli atti che la legge devolve ad esempio alla competenza esclusiva dell'assemblea, in particolare nei casi nei quali questa deve autorizzare gli atti di gestione degli amministratori, come ad esempio nelle S.r.l. gli atti di cui all'art. 2479, n. 5, c.c. (operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale).

4. Secondo la richiamata autorevole opinione in dottrina, segnatamente, la mancata indicazione dei limiti di legge avrebbe risposto all'intenzione del legislatore di eliminare l'opponibilità incondizionata di queste li-

²² Ord. Cass. civ., sez. VI, del 10 luglio 2019 n. 18536, in *Foro it.*, 2019, 10, I, c. 3125.

mitazioni e sarebbe dunque significativa della loro rilevanza solo interna, cioè obbligatoria e non reale, salvo il caso di *exceptio doli*, comunque non coincidente con la consapevolezza dell'esistenza della limitazione.

Viceversa secondo altri autori, le limitazioni legali sarebbero invece sempre opponibili dalla società, e perciò estranee alla disciplina generale più volte richiamata e le stesse, se considerate di natura imperativa, potrebbero condurre a ritenere il negozio comunque stipulato tra terzo ed amministratori in nome della società affetto da nullità.

Norme di questo tipo possono essere considerate, nella disciplina delle S.p.A., quelle contenute negli artt. 2343 *bis* c.c. (acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori); 2357 c.c. (acquisto delle proprie azioni); 2357 *ter* c.c. (disciplina delle proprie azioni); 2358 c.c. (altre operazioni sulle proprie azioni); 2360 c.c. (divieto di sottoscrizione reciproca di azioni); 2361 c.c. (assunzione di partecipazioni in altre imprese); 2393 c.c. (azione sociale di responsabilità); 2486 c.c. (poteri degli amministratori in costanza di una causa di scioglimento della società). Per le S.r.l. si è soliti fare riferimento all'art. 2479 c.c.

Del resto, la disciplina comunitaria ha costantemente fissato il principio, come da ultimo richiamato anche dall'art. 9 direttiva n. 2017/1132/UE, di una prevalenza della limitazione legale rispetto a quella statutaria o convenzionale, pur attribuendosi agli Stati membri l'opzione di ricorrere ad una regola diversa, subordinando l'inefficacia dell'atto alla prova che il terzo sapeva o poteva sapere del superamento di detti limiti o che le circostanze non potevano essere ignorate.

5. Sulla controversa questione appare più sensibile la giurisprudenza di merito che, anche di recente, ha ritenuto invalido l'atto gestorio in violazione di un obbligo legale rispondente a un interesse sociale, affermando la ricorrenza di un abuso di rappresentanza²³ e dichiarando la nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto.

Il quadro così delineato introduce pertanto un elemento di disarmonia all'interno della normativa sulla rappresentanza societaria: la società potrà liberarsi dagli effetti dell'atto, nel caso di invalidità dell'atto per violazione di un limite legale di natura imperativa; nel caso di superamento dei limiti convenzionali, invece, solo provando anche l'intento dannoso del terzo contraente.

Un dato sembra emergere conclusivamente: la questione dei poteri di rappresentanza degli amministratori di società di capitali non è ancora as-

²³ Sent. Trib. di Roma, sez. spec. in materia di imprese, del 27 gennaio 2020 n. 1722, in *Le Società*, 2020, p. 425.

Si veda anche sent. Trib. di Palermo, sez. spec. in materia di imprese, del 19 ottobre 2020, in *Le Società*, 2021, p. 688 e sent. Trib. di Roma, sez. spec. in materia di imprese, del 3 agosto 2018, in *Le Società*, 2018, p. 1371.

sestata su criteri interpretativi condivisi ed univoci nella soluzione dei contrasti che possono insorgere in concreto.

Luca Paleari**

SINTESI

La riforma del diritto societario del 2003 ha modificato in maniera organica la precedente normativa codicistica delle società di capitali.

In particolare, il Legislatore è intervenuto in maniera sostanziale nella disciplina dei rapporti tra i poteri di gestione e i poteri di rappresentanza sociale, con la precisa finalità di accentuare la distinzione tra detti poteri e la conseguente incidenza nei rapporti interni ed esterni degli atti posti in essere dai vari organi societari.

Facendo riferimento al modello c.d. tradizionale di amministrazione (amministratore unico o consiglio di amministrazione – cfr. artt. 2380 *bis* ss. c.c.), l'articolo svolge una breve disamina di sistema, analizzando il ruolo e i doveri degli amministratori nell'esercizio dei poteri gestori e di rappresentanza in attuazione dell'oggetto sociale e ponendo attenzione alle possibili casistiche patologiche (amministrazione *ultra vires* e/o in conflitto di interessi, amministratori di fatto, amministratori apparenti), nonché alla tutela prevista in favore dei terzi che entrano in rapporto negoziale con le società di capitali.

ABSTRACT

The 2003 Company Law Reform organically amended the previous codified regulations of Corporations.

Specifically, the Legislator intervened substantially in the regulation of the relations between the management powers and the powers of representation in business Companies, aiming to accentuate the distinction between the said powers and the internal and external consequences of the acts performed by the various corporate bodies.

Referring to the so-called traditional model of administration (sole Director or Board of Directors – cf. art. 2380 bis ss. c.c.), this article carries out a brief and systematic examination of the matter, by analysing the role and duties of Directors in the exercise of managing and representative powers implementing the corporate purpose and paying attention to possible pathological cases (ultra vires administration and/or conflicting interests, de facto Directors, apparent Directors), considering also the protection provided for third parties who enter into a negotiating relationship with business Companies.

** Avvocato / Foro di Como

CUMULO DELLA CARICA DI AMMINISTRATORE CON RAPPORTO DI LAVORO DIPENDENTE DELLA MEDESIMA SOCIETÀ: IMPLICAZIONI IN AMBITO LAVORISTICO NEL DIRITTO ITALIANO*

Sommario: 1. *Inquadramento del tema* - 2. *Singole tipologie di cumulo* - 3. *Considerazioni conclusive*.

1. Inquadramento del tema

La possibilità della coesistenza della posizione di amministratore di società e quella di lavoratore dipendente della medesima società è questione complessa e da tempo dibattuta nel sistema giuridico italiano, con implicazioni che riguardano non solo il diritto del lavoro e che purtroppo non presenta ancora punti fermi.

Sul tema si sono espressi nel tempo, non sempre con soluzioni conformi, sia la giurisprudenza sia l'Istituto nazionale della previdenza sociale (che, da un lato, detiene l'interesse al versamento dei contributi previdenziali e, dall'altro, può contestare l'erogazione delle relative prestazioni).

Un originario orientamento giurisprudenziale (sino al 1956) negava il cumulo dei due rapporti sulla considerazione del rapporto organico e di immedesimazione tra amministratore e società; successivamente è prevalso un cambiamento radicale che ha sostenuto l'ammissibilità del doppio ruolo ad eccezione dell'amministratore unico e/o del presidente del consiglio di amministrazione.

* Elaborato condiviso al Convegno dell'Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana (AIGLI) tenutosi a Milano nei giorni 15-18 settembre 2022 sul tema «Rappresentanza e poteri nelle società di capitali».

In seguito, la sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite del 1994 n. 10680 ha attribuito al rapporto di amministrazione natura parasubordinata affermando che, in linea generale, lo svolgimento dell'attività di amministratore di società di capitali non esclude in astratto il cumulo con un rapporto di lavoro dipendente laddove non vi sia completa sovrapposizione, in quanto né il contratto di società né l'esistenza del rapporto organico che lega l'amministratore alla società valgono ad escludere la configurabilità di un rapporto obbligatorio tra amministratori e società avente ad oggetto, da un lato, la prestazione di lavoro e, dall'altro lato, la corresponsione di un compenso sinallagmaticamente collegato alla prestazione stessa, rapporto obbligatorio che può essere anche quello di lavoro subordinato.

Successivamente, la sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite del 2017 n. 1545 ha specificatamente considerato il nuovo assetto imposto dalla riforma del diritto societario del 2003 ed ha affermato la prevalenza della natura organica del rapporto di amministrazione individuando nell'amministratore il vero «egemone dell'ente sociale» al quale spetta in esclusiva la gestione dell'impresa. Quest'ultima sentenza ha evidenziato, fra l'altro, come l'attività dell'amministratore sia caratterizzata dal solo limite degli atti che non rientrano nell'oggetto sociale (art. 2380 *bis* c.c.) e che il potere di rappresentanza attribuito all'amministratore dallo statuto o dalla deliberazione di nomina ha carattere generale (art. 2384, comma 1, c.c.) concernendo anche gli atti estranei all'oggetto sociale.

La citata sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite del 2017 n. 1545 ha, quindi, concluso – per quel che qui rileva – che rispetto all'amministratore si debba escludere la possibilità di configurare un rapporto di lavoro parasubordinato se il coordinamento nel quale questo si concretizza deve intendersi come eterodirezione dell'attività stessa, evidenziando anche come la soggezione al coordinamento sia il riflesso di una situazione di debolezza contrattuale che è inconfigurabile rispetto alla figura dell'amministratore.

Secondo questa ricostruzione, quindi, se si deve escludere la ricorrenza di un rapporto di lavoro parasubordinato, tanto più deve ritenersi inconfigurabile (e quindi nullo) un rapporto di lavoro subordinato che abbia ad oggetto le stesse attività del mandato dell'amministratore di società.

Ciò ritenuto rispetto alla figura dell'amministratore di società nelle sue funzioni tipiche di gestione e rappresentanza dell'ente, ossia come soggetto che, immedesimandosi nella società, consente alla stessa di agire e raggiungere i propri fini imprenditoriali, la sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite, da ultimo citata, ha peraltro precisato che non può escludersi che si instauri fra la società e la persona fisica che la rappresen-

ta e la gestisce *un autonomo parallelo e diverso rapporto* che assuma le caratteristiche di un rapporto subordinato o parasubordinato o d'opera¹.

La citata sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite del 2017 n. 1545 ha, quindi, evidenziato che la compatibilità giuridica tra le funzioni di lavoratore dipendente e quelle di amministratore di una società implica indispensabilmente che:

- venga accertato l'oggettivo svolgimento di attività estranee alle funzioni inerenti al rapporto organico;
- ricorra la subordinazione sia pure nelle forme peculiari compatibili con la prestazione lavorativa dirigenziale.

Passando, ora, a considerare la posizione assunta dall'Istituto nazionale di previdenza sociale sul tema, l'Istituto, dopo una prima posizione di chiusura che negava la possibilità di cumulo fra carica societaria e attività di lavoro subordinato (circolare Inps dell'8 agosto 1989 n. 179, nella quale veniva escluso, in linea di massima, che per i presidenti amministratori unici e i consiglieri delegati potesse essere riconosciuto un rapporto di lavoro subordinato valido con la medesima società) ha dapprima mitigato il proprio orientamento (messaggio Inps dell'8 giugno 2011, n. 1244²) per poi assumere, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, posizioni più articolate e molto meno rigide (messaggio Inps del 17 settembre 2019, n. 3359), posizioni che vanno però necessariamente interpretate con molta cautela ed in coerenza con gli sviluppi degli orientamenti giurisprudenziali derivanti dalla e successivi alla sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite del 2017, n. 1545, sopra esaminata.

In linea generale, quindi, per la cumulabilità in astratto della carica di amministratore e l'attività di lavoratore subordinato della stessa società deve necessariamente trattarsi di rapporti ontologicamente differenti con l'attribuzione di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale (attività che esulino e che, pertanto, non siano ricomprese nei poteri di gestione che derivano dalla carica ricoperta o dalle deleghe che siano state conferite) e deve effettivamente ricorrere il vincolo di subordinazione (seppur nelle forme peculiari compatibili con la prestazione lavorativa dirigenziale). La subordinazione, a sua volta, può ricorrere solo qualora sia individuabile la formazione di una volontà imprenditoriale distinta, tale da

¹ Al riguardo la sent. Cass. ss.uu. del 2017 n. 1545 ha citato la sent. Cass. del 1996 n. 1793 riferita ad un caso nel quale un soggetto, originariamente assunto con la qualifica di dirigente, solo successivamente era stato investito della carica di componente del consiglio di amministrazione.

² In tale messaggio venivano forniti chiarimenti ed indicazioni in ordine alla possibilità di instaurazione di un valido rapporto di lavoro subordinato tra la società cooperativa ed il presidente della medesima.

determinare la soggezione del dipendente (che sia anche amministratore) ad un potere disciplinare e direttivo esterno (così anche la sentenza della Corte di cassazione n. 2487 del 2022).

Per completare il quadro di riferimento va considerato che, secondo la giurisprudenza, nella configurazione del lavoro dirigenziale come subordinato: «il lavoratore gode di ampi margini di autonomia e il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma essenzialmente nell’emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico, coerenti con la natura ampiamente discrezionale dei poteri riferibili al dirigente». Sempre secondo la giurisprudenza spetta al giudice di merito valutare «quale requisito caratterizzante della prestazione, l’esistenza di una situazione di coordinamento funzionale della stessa con gli obiettivi dell’organizzazione aziendale, idonea a ricondurre ai tratti distintivi della subordinazione tecnico-giuridica, anche se nell’ambito di un contesto caratterizzato dalla c.d. subordinazione attenuata» (così l’ordinanza della Corte di cassazione n. 23927 del 2020; v. anche la sentenza della Corte di cassazione n. 3640 del 2020).

2. Singole tipologie di cumulo

Rispetto alle varie cariche rivestite nell’ambito dell’amministrazione della società vanno evidenziate diverse posizioni e criteri.

In via generale e di diritto viene ritenuta sussistere l’incompatibilità della condizione di lavoratore subordinato alle dipendenze della società con *la qualifica di amministratore unico* di una società, essendo l’amministratore unico detentore del potere di esprimere da solo la volontà propria dell’ente sociale, come i poteri di controllo, comando e disciplina.

Mancherebbe, quindi, la stessa possibilità di configurare la soggezione del prestatore di lavoro ad un potere sovraordinato di controllo e disciplina, che viene ritenuto escluso dalla immedesimazione in un unico soggetto della veste di esecutore della volontà sociale e di quella di un unico organo competente ad esprimerla, non potendo in tal caso realizzarsi un effettivo assoggettamento del predetto all’altrui potere direttivo, di controllo e disciplinare che si caratterizza quale requisito tipico della subordinazione³.

Peraltro, va tenuto presente che, in ragione del principio di effettività, le condizioni di incompatibilità devono essere verificate non solo in via formale con riferimento esclusivo allo statuto e alle delibere societarie, ma con

³ Così le sentenze della Corte di cassazione del 2003 n. 13009, del 2015 n. 19050, del 2019 n. 9273 e n. 10909, del 2022 n. 2487 e n. 20040.

accertamento in concreto rispetto all'esercizio di fatto dei relativi poteri.

Pertanto, nell'ipotesi in cui venisse accertato che, in concreto, l'amministratore unico sia soggetto alle determinazioni altrui ciò non è ritenuto escludere il vincolo della subordinazione, sempre che, ovviamente, si tratti di mansioni ed attività differenti da quelle proprie della carica sociale.

Rispetto alla carica di presidente del consiglio di amministrazione in sé considerata va segnalato che, nel passato, la Corte di cassazione⁴ l'ha ritenuta compatibile con lo *status* di lavoratore subordinato e, nello stesso senso, si era espresso anche l'Istituto nazionale della previdenza sociale nel messaggio del 2019 (dove si precisava che anche il presidente di società, come qualsiasi membro del consiglio di amministrazione può essere soggetto alle direttive, alle decisioni e al controllo dell'organo collegiale, né il conferimento del potere di rappresentanza veniva ritenuto escludere la compatibilità con un rapporto subordinato in quanto la qualità di rappresentante non era ritenuta estendere automaticamente al presidente i diversi poteri deliberativi⁵). Tuttavia, un più recente orientamento della Corte di cassazione⁶ pare escludere che l'incarico di presidente del consiglio di amministrazione della società possa essere compatibile con la possibilità di svolgere un'attività di lavoro subordinato in favore della stessa società.

Nel caso di un amministratore delegato è ritenuta rilevante la portata della delega conferita dal consiglio di amministrazione.

Il conferimento di delega generale con facoltà di agire senza il consenso del consiglio di amministrazione è ritenuto⁷ escludere la possibilità di intrattenere un valido rapporto di lavoro subordinato con la società da parte del soggetto conferitario della delega.

Qualora, invece, si tratti di conferimento di deleghe specifiche e limitate può essere ritenuto astrattamente ammissibile il cumulo con la posizione di lavoratore subordinato quando ciò sia compatibile a fronte dei rapporti intercorrenti fra il consiglio di amministrazione e l'amministratore delegato, del numero degli amministratori delegati, a seconda che sia prevista la facoltà di agire congiuntamente o disgiuntamente e comunque quando sia possibile configurare gli elementi caratterizzanti il vincolo di subordinazione.

Vale la pena di aggiungere, per completezza (e rilevanza rispetto al

⁴ V. sent. Corte cass. del 1996 n. 1793 *cit. supra*, nota 1, citata anche da sent. Corte cass. ss. uu. del 2017 n. 1545.

⁵ Nello stesso senso sent. Corte cass. del 1996 n. 1793, *loc. cit.*, che aveva ritenuto non escludere la subordinazione il fatto che il presidente della società fosse deputato ad esternare la volontà della società stessa.

⁶ V. sent. Cass., sez. trib., del 2021, n. 36362.

⁷ V. sent. Cass. del 2018, n. 22689.

tema nell'ipotesi in cui in capo al medesimo soggetto si cumulino anche qualità di amministratore e socio), che non viene ritenuta ricorrere incompatibilità di principio fra qualità di socio titolare della maggioranza del capitale sociale e rapporto di lavoro subordinato della medesima società in capo a detto socio⁸.

Il rapporto di lavoro subordinato viene, invece, ritenuto inconfigurabile con riferimento al socio unico in quanto la concentrazione delle azioni nelle mani di una sola persona esclude l'effettiva soggezione del socio unico alle direttive di un organo societario.

Si ritiene, inoltre, che non possa assumere anche la veste di lavoratore subordinato neppure il socio che abbia assunto di fatto l'effettiva titolarità dei poteri di gestione (c. d. socio sovrano della società) in quanto non vi sarebbe possibilità di ricollegare ad una volontà sociale distinta il rapporto di lavoro⁹.

Va poi segnalato il caso oggetto della recente sentenza della Corte di cassazione n. 2487 del 2022, che ha riguardato la natura subordinata dei rapporti di lavoro intrattenuti dalla società con i due membri del consiglio di amministrazione (che erano rimasti i soli due membri del consiglio di amministrazione della società di cui ciascuno era socio al 50%).

La Corte d'appello aveva ritenuto che nonostante la riserva contenuta nella delibera di loro nomina della necessità di decisione congiunta di entrambi gli amministratori sulle principali scelte gestionali, comprese quelle relative al personale, non fosse configurabile un vincolo di subordinazione alla società amministrata e il conseguente potere conformativo di questa sulla prestazione lavorativa dei due amministratori, e ciò per la decisività della volontà di ognuno dei due nella formazione del processo decisionale.

Al contrario, la Corte di cassazione ha considerato erronea la posizione della Corte d'appello sottolineando come, da un lato, fosse assente in capo ad ognuno dei due amministratori un autonomo potere direttivo sul personale rapporto di lavoro mentre, dall'altro, vi fosse il conferimento ad un diverso centro decisionale «di amministrazione congiunta sopra personale». A fronte di ciò la Corte di cassazione ha ritenuto che non potesse escludersi in astratto la configurabilità, in capo a ciascun amministratore, di distinti rapporti di lavoro subordinato che andavano accertati in concreto (disponendo quindi il rinvio per il relativo accertamento in concreto¹⁰).

⁸ L'incompatibilità non è neppure ritenuta quando la percentuale del capitale detenuta dal socio corrisponda a quella minima prevista per la validità delle deliberazioni dell'assemblea, attesa la sostanziale estraneità dell'organo assembleare all'esercizio gestorio, cfr. sent. Cass. del 2021 n. 36362 e sent. Cass. del 2004 n. 21759.

⁹ V. sent. Cass. del 2004 n. 21759.

¹⁰ Accertamento in concreto a fronte del quale in altro caso considerato da sent. Cass. del 2020 n. 1497 rispetto a due dei tre componenti del consiglio di amministrazione (che quindi

3. Considerazioni conclusive

Il panorama sopra illustrato evidenzia vari aspetti di rischio.

Innanzitutto, va tenuto presente il requisito imprescindibile per la riconoscibilità del cumulo fra posizione di amministratore di società e quella di lavoratore dipendente della medesima società ovvero che vi sia *un autonomo parallelo e diverso* rapporto subordinato con svolgimento di attività estranee alle funzioni inerenti al rapporto organico, con il conseguente rischio di nullità del rapporto di lavoro dipendente quando questa condizione non vi sia e vi sia invece una sovrapposizione, specie quando il rapporto qualificato dalle parti come subordinato abbia ad oggetto l'incarico di direttore generale e, quindi, sia di difficile distinzione la mansione del rapporto di lavoro dall'attività propria della carica rivestita.

Vanno, in particolare, considerate le ricadute della nullità del rapporto previdenziale dirigenziale (con conseguente rifiuto delle prestazioni di parte dell'ente previdenziale e possibilità di recupero della contribuzione versata nei soli limiti temporali della prescrizione).

D'altro canto, va anche evidenziato che quando sussista – nel rispetto delle condizioni sopra illustrate – anche un distinto rapporto di lavoro subordinato con l'amministratore della società e detto rapporto non sia stato formalizzato dalle parti, ciò esporrebbe al rischio della richiesta di versamento della contribuzione prevista per il lavoro subordinato da parte dagli enti preposti.

Inoltre, in questa ipotesi, l'amministratore che sia anche parte di detto parallelo e distinto rapporto di lavoro subordinato non formalizzato, potrebbe rivendicare la subordinazione e la relativa disciplina legale e contrattuale. In questo caso si prospetterebbe anche il rischio di richieste economiche da parte dell'amministratore-dipendente per compensi a fronte delle prestazioni rese e richieste di tutele in caso di cessazione del rapporto (che sarebbero tutele economiche a fronte di attività dirigenziali nonché tutele reintegratorie ove in ipotesi si trattasse di cumulo con attività subordinate non dirigenziali).

Annamaria Pedroni**

ne rappresentavano la maggioranza e che esercitavano in favore della società – oltre all'attività inerente il rapporto gestorio – un ulteriore *facere* esecutivo, abituale e continuativo), non è stata riconosciuta la configurabilità di rapporti di lavoro subordinato fra i due amministratori e la società in assenza di prova dell'elemento della subordinazione.

** Avvocato giuslavorista / Partner, Stanchi Studio Legale in Milano

SINTESI

L'elaborato esamina l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana per evidenziare quali siano i requisiti imprescindibili per legittimare la possibilità di esercitare la carica di amministratore in pendenza del rapporto di lavoro dipendente della medesima società.

In particolare, per il riconoscimento del cumulo, viene sottolineata l'importanza del requisito della sussistenza di due differenti rapporti con svolgimento di differenti attività e, nello specifico, la necessità che le attività del rapporto subordinato siano estranee alle funzioni della carica di amministratore.

La tematica è affrontata facendo riferimento alle implicazioni con il diritto del lavoro in Italia.

L'esame della giurisprudenza offre lo spunto per sottolineare anche i rischi che derivano, da un lato, dall'impossibilità di riconoscere il cumulo e, dal lato opposto, dalla sussistenza del cumulo senza un'apposita regolamentazione.

ABSTRACT

The paper examines the evolution of the jurisprudence of the Italian Court of Cassation to highlight which are the essential requirements to legitimize the possibility of exercising the role of CEO while the employment relationship with the same company is pending.

In particular, for the recognition of the accumulation, the importance of the requirement of the existence of two different relationships with the performance of different activities is underlined and, specifically, the need for the activities of the subordinate relationship to be extraneous to the functions of the role of CEO.

The issue is addressed by referring to the implications with labor law in Italy.

The examination of the jurisprudence offers the cue to also underline the risks that derive, on the one hand, from the impossibility of recognizing the accumulation and, on the other hand, from the existence of the accumulation without a specific regulation.

RAPPRESENTANZA E POTERI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: IL CASO DELL'AUSTRIA*

Sommario: *Premessa - 1. Le società di capitali in Austria - 2. Sistema monistico e sistema dualistico - 3. Struttura governativa delle società di capitali in Austria - 4. Il Consiglio di sorveglianza - 5. Organi di amministrazione - 6. Potere di gestione - "Cosa mi è permesso fare internamente" - 7. Potere rappresentativo degli amministratori - "Cosa sono capace di fare in nome della società" - 8. Potere di rappresentanza: non limitabile! - 9. L'abuso del potere di rappresentanza - 10. Ultra Vires - 11. Principio di pubblicità nel registro delle imprese - 12. Conclusioni.*

Premessa

Lo scopo di questo articolo è illustrare come si forma la volontà nelle società di capitali austriache e come tale volontà viene rappresentata validamente all'esterno.

1. Le società di capitali in Austria

Il sistema austriaco conosce diversi tipi di società di capitali:

- la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (di seguito: *GmbH*): è la forma più comune e più importante di società di capitali in Austria. È paragonabile alla società a responsabilità limitata (Srl) italiana, ma ha soprat-

* Relazione presentata al Convegno dell'Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana (AIGLI) tenutosi a Milano nei giorni 15-18 settembre 2022 sul tema «Rappresentanza e poteri nelle società di capitali».

tutto tante somiglianze con la *GmbH* tedesca.

- la *Aktiengesellschaft* (di seguito: *AG*), in linea di massima è paragonabile alla società per azioni (*Spa*) italiana.

Quando si paragonano le società di diversi Paesi le somiglianze apparenti non devono ingannare perché spesso esistono tra di loro grandi differenze.

In questa sede ci si riferirà in particolare alla *GmbH* perché statisticamente è la forma di società di capitali più importante e più comune nell'ordinamento austriaco: infatti il 13% delle imprese in Austria – circa 90.000 – sono organizzate in forma di *GmbH*. Le società che hanno adottato la forma della *AG* sono soltanto 700, e ancora meno – solo 38 – quelle che hanno utilizzato la forma della Società europea.

2. Sistema monistico e sistema dualistico

La disciplina della organizzazione dei poteri (*corporate governance*) nelle società di capitali generalmente è modellata su due diversi sistemi: monistico e dualistico. Il sistema monistico è caratterizzato dal fatto che la funzione di gestione e quella di sorveglianza sono riunite in un unico organo. Nel sistema dualistico invece vi è una separazione organizzativa tra l'organo di sorveglianza e quello di gestione.

Il diritto austriaco – come quello tedesco – prevede il sistema dualistico per le società di capitali. Quindi, a differenza dell'Italia, non è possibile scegliere tra diversi modelli di funzionamento. L'unica eccezione è la Società europea, attraverso la quale il sistema monistico ha fatto il suo ingresso in Austria, posto che in questa società i soci possono scegliere tra modello monistico e modello dualistico.

Tuttavia, nella *GmbH* austriaca, il sistema dualistico non è pienamente realizzato poiché la maggior parte delle *GmbH* non ha un consiglio di sorveglianza che, secondo la concezione legislativa, sarebbe il secondo organo nel sistema dualistico.

3. Struttura governativa (*corporate governance*) delle società di capitali in Austria

Le società di capitali in Austria hanno fondamentalmente la seguente struttura governativa, corrispondente al sistema dualistico:

- organo di gestione e di rappresentanza: l'amministratore o il consi-

glio d'amministrazione in tedesco viene chiamato “*Geschäftsführer*” per la *GmbH* o “*Vorstand*” per la *AG*;

- organo di controllo: il consiglio di sorveglianza viene chiamato *Aufsichtsrat*;

- assemblea: questo organo ha un ruolo diverso nella *GmbH* e nella *AG*. L'assemblea della *GmbH* ha la facoltà di impartire direttive vincolanti agli amministratori; l'assemblea dell'*AG*, invece, non può farlo. Pertanto, nell'*AG*, l'amministrazione viene considerata indipendente.

- revisore dei conti: organo non obbligatorio per tutte le società, eletto dall'assemblea che, tra l'altro, esamina il bilancio annuale. Nel caso dell'*AG* tale organo è sempre obbligatorio, mentre nel caso della *GmbH* solo in presenza di determinati presupposti.

4. Il Consiglio di sorveglianza

Nella maggior parte delle *GmbH* in Austria il consiglio di sorveglianza è facoltativo, è obbligatorio solo per la *GmbH* che supera una certa dimensione. Un aspetto importante per capire la realtà in Austria è che nella prassi il consiglio di sorveglianza non svolge un ruolo importante per le *GmbH*, innanzitutto perché la maggior parte di esse non ha un consiglio di sorveglianza. I soci delle *GmbH* per le quali il consiglio di sorveglianza non è obbligatorio possono istituire volontariamente un consiglio di sorveglianza. Per la *AG*, invece, il consiglio di sorveglianza è sempre obbligatorio.

Il consiglio di sorveglianza svolge compiti simili nell'*AG* come nella *GmbH*: i più importanti sono la supervisione dell'amministrazione, la convocazione dell'assemblea e l'approvazione di taluni atti giuridici. Tuttavia, una differenza significativa è che nella *AG* gli amministratori sono nominati e revocati dal consiglio di sorveglianza; nella *GmbH*, invece, l'amministratore è eletto dall'assemblea: questo vale anche se la *GmbH* ha un consiglio di sorveglianza. Anche in tale contesto si evidenzia l'influenza limitata del consiglio di sorveglianza nella realtà delle *GmbH*. Il consiglio di sorveglianza, a sua volta, è nominato dall'assemblea.

5. Organi di amministrazione

L'organo di amministrazione della società è costituito da un amministratore o più amministratori, che hanno i compiti principali di gestione e di rappresentanza della società.

6. Potere di gestione - “Cosa mi è permesso fare internamente”

Parlando del potere dell'amministratore è sempre fondamentale distinguere ciò che l'amministratore è autorizzato a fare da ciò che l'amministratore è capace di fare validamente nei confronti di terzi. Ciò che l'amministratore è autorizzato a fare dipende dai regolamenti interni della società e dalla legge.

Gli amministratori sono, in linea di principio, competenti per l'intera gestione della società. Se vi è più di un amministratore, si applica il principio, internamente limitativo, dell'amministrazione congiunta. Lo statuto può prevedere disposizioni che si scostano da questo principio e prevedere l'amministrazione disgiunta.

La legge contiene un catalogo di operazioni per le società di capitali che possono essere intraprese solo con il consenso del consiglio di sorveglianza: ad esempio, acquisizione e cessione di partecipazioni, vendita e chiusura di società e aziende, acquisizione e cessione di beni immobili. Tale elenco non può essere limitato nello Statuto, ma potrebbe essere ampliato o nello Statuto medesimo o dal consiglio di sorveglianza, opzione frequentemente utilizzata nella prassi. Nel caso della *GmbH*, questo catalogo può essere ampliato liberamente. Anche nel caso della *AG*, il catalogo può essere ampliato, ma gli amministratori non devono essere limitati in modo significativo e, soprattutto, non devono essere ostacolati nelle loro attività quotidiane.

Una differenza notevole per quanto riguarda l'autorità di gestione tra l'*AG* e la *GmbH* è che gli amministratori della *GmbH* sono vincolati dalle istruzioni dell'assemblea. Nell'*AG* invece gli amministratori sono considerati indipendenti dal consiglio di sorveglianza o dall'assemblea.

Limitazioni del potere amministrativo possono risultare dalla legge, dallo statuto, da un eventuale regolamento interno, da istruzioni che derivano dall'assemblea e dal contratto tra amministratore e società. Vale però il principio secondo il quale un atto di rappresentanza che viola una limitazione interna è comunque opponibile alla società. La principale conseguenza della violazione di un limite interno è un eventuale risarcimento dei danni causati alla società da parte dell'amministratore.

7. Potere rappresentativo degli amministratori - “Cosa sono capace di fare in nome della società”

Nel sistema austriaco gli amministratori rappresentano la società in ogni sede. La legge letteralmente prevede unicamente in via giudiziale e in

via extra-giudiziale, però, a mio avviso, sarebbe più corretto: “in ogni possibile sede”. Qui non si tratta di una procura, ma di una c.d. rappresentanza organica. Questa è caratterizzata dal fatto che un atto dell'amministratore della società è considerato come un atto proprio della società. Oltre alla nomina non è necessario alcun atto giuridico che conferisca la procura all'amministratore.

In Austria, se vi è più di un amministratore, vale il principio della rappresentanza congiunta, che può però essere modificato nello statuto. Lo scopo del principio della rappresentanza congiunta è proteggere la società attraverso il controllo reciproco degli amministratori. Un amministratore nel regime di rappresentanza congiunta che “rappresenta” da solo dà vita ad un atto invalido finché non è stato approvato dagli altri rappresentanti. Il potere di rappresentanza passiva invece è sempre un potere disgiunto.

Nonostante il principio della rappresentanza congiunta, gli amministratori possono, però, all'inizio, conferire congiuntamente una procura per atti individuali di rappresentanza a uno di loro o ad un terzo. Tale procuratore può, quindi, rappresentare la società da solo, anche se gli amministratori possono rappresentarla solo congiuntamente.

Infine, le società possono essere rappresentate non solo dai loro organi, ma anche da una rappresentanza negoziale. In questo caso, tuttavia, non vi sono particolari differenze rispetto al diritto generale di rappresentanza previsto dal diritto civile.

8. Potere di rappresentanza: non limitabile!

Uno dei principi fondamentali secondo la legge austriaca è che il potere di rappresentanza degli amministratori non è limitabile nel merito nei confronti di terzi.

Tale principio serve a proteggere i terzi che interagiscono con la società. Pertanto, le operazioni effettuate sono efficaci anche se l'amministratore viola i limiti interni. A differenza dell'Italia, in Austria tutti gli amministratori hanno potere di rappresentanza: non esistono amministratori senza potere di rappresentanza. L'unica questione è se l'amministratore abbia il potere di rappresentanza da solo o possa rappresentare la società unicamente insieme ad altri. Tale informazione è reperibile per ogni amministratore nel registro delle imprese. Nel caso di una trattativa contrattuale con una società registrata in Austria, l'altra parte deve solamente verificare la qualifica dell'amministratore con il quale interagisce, controllandone la registrazione nel registro delle imprese, per assicurarsi dell'opponibilità dell'atto di rappresentanza verso la società.

9. L'abuso del potere di rappresentanza

Il principio del potere di rappresentanza illimitato ha pochissime eccezioni contenute sotto il titolo «abuso del potere di rappresentanza» (*Misbrauch der Vertretungsmacht*). Per «abuso» si intende in questo contesto ogni tipo di violazione dei limiti interni. Vi sono diverse categorie di abuso del potere di rappresentanza che rendono inopponibile un atto verso la società. In questo ambito si osservano numerosi casi i cui dettagli sono oggetto di contestazione e di discussioni. Qui di seguito si illustrano, in modo sintetico e semplificato, le diverse tipologie di abuso del potere di rappresentanza:

- «Collusione» significa che l'amministratore e il terzo agiscono entrambi con l'intenzione di nuocere alla società. Questo ha la conseguenza che l'atto di rappresentanza è contro il buon costume e non è opponibile alla società.

- Nel secondo gruppo di casi, che nella letteratura tedesca viene chiamato "*Evidenz*", l'amministratore agisce con l'intenzione di nuocere alla società e il terzo ne era a conoscenza o questa intenzione dell'amministratore gli sarebbe dovuta sembrare quasi evidente. Rimane contestato nella letteratura in quale misura il terzo abbia un obbligo di verifica in questi casi. Alcuni sostengono che tale dovere di verifica deve essere adempiuto solo se circostanze particolari fanno sospettare un abuso deliberato del potere di rappresentanza.

- La Corte Suprema austriaca ("*Oberster Gerichtshof*") ha istituito una nuova tipologia: la «violazione oggettiva dei limiti interni». Con una sentenza emessa nell'anno 2019¹ è stata ampliata notevolmente la possibilità per le società di contestare il fatto che un atto rappresentativo sia opponibile alla società. Il caso concreto in sintesi: due membri del consiglio di amministrazione di una fondazione privata avevano concluso un contratto per conto della fondazione con un'altra società. I due amministratori secondo il proprio regime per la rappresentanza avevano il diritto di rappresentanza congiunta attraverso due persone nei confronti dei terzi. Secondo le regole interne, però, per formare la volontà della società sarebbe stata necessaria la presenza di almeno tre membri del Consiglio che era composto da un totale di quattro membri. Nel caso concreto, il requisito del *quorum* di presenza non era stato soddisfatto. L'amministratore della società con la quale la fondazione aveva concluso il contratto era stato nel passato membro del consiglio di amministrazione della fondazione e, perciò, conosceva tali requisiti decisionali interni e pertanto era a conoscenza della violazione della regola interna del *quorum* di presenza.

¹ OGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v.

La Corte Suprema ha dichiarato che il contratto concluso tra la fondazione e il terzo non era valido perché il terzo, ex membro del consiglio di amministrazione della fondazione, era a conoscenza della circostanza che i due membri del consiglio di amministrazione non erano autorizzati internamente e che, quindi, stavano violando un limite interno.

Secondo tale sentenza, contrariamente alla precedente giurisprudenza, per contestare la validità dell'atto non è più necessario l'intento di nuocere, ma è sufficiente solo la conoscenza della violazione oggettiva di regole interne. Questa sentenza riguardante una fondazione privata è considerata altresì applicabile anche all'abuso del potere di rappresentanza degli amministratori delle società di capitali, in quanto si tratta in entrambi i casi di potere di rappresentanza illimitato.

Nella prassi, rimane spesso il problema dell'onere della prova, il quale spetta alla parte che invoca l'invalidità di un contratto a causa di un abuso del potere di rappresentanza. Sembra però più agevole provare l'oggettiva violazione delle limitazioni interne e la conoscenza da parte del terzo di questa violazione anziché provare l'intento di nuocere alla società sia del rappresentante sia del terzo.

10. *Ultra Vires*

Quando si parla di rappresentanza di società di capitali – e quindi di persone giuridiche – paragonando diversi ordinamenti giuridici bisogna chiedersi se in un particolare ordinamento fosse rilevante l'applicazione della dottrina c.d. «*ultra vires*». Questa dottrina stabilisce che la capacità giuridica della società è limitata dall'oggetto sociale della persona giuridica come definito nel suo statuto. Di conseguenza, il potere di rappresentanza degli organi di una persona giuridica non potrebbe mai andare oltre i limiti dell'oggetto statutario. Ciò significa che le operazioni concluse al di fuori dell'oggetto statutario sarebbero nulle.

In Austria – e anche in Germania – la dottrina «*ultra vires*» non è riconosciuta e non è stata riconosciuta neanche in passato. La dottrina prevalente in Austria sostiene, infatti, che sarebbe un onere irragionevole per il *partner* contrattuale informarsi sempre sull'oggetto sociale di un'entità giuridica per poter valutare la validità della conclusione di un contratto.

11. Principio di pubblicità del registro delle imprese

Nel contesto della rappresentanza va menzionato il principio della tutela della fiducia su quanto risulta pubblicamente dal registro delle imprese. In linea di principio il pubblico può far affidamento sulla situazione

che emerge dal registro delle imprese riguardante l'amministrazione delle società di capitali. Ad esempio: un amministratore già validamente revocato – ma ancora iscritto al registro imprese – conclude un contratto sfavorevole per la società. Secondo il principio di pubblicità tale contratto sarebbe opponibile alla società salvo che il terzo abbia avuto effettiva conoscenza della revoca già avvenuta.

12. Conclusioni

Concludendo, si riepilogano qui di seguito gli aspetti principali relativi alle società di capitali in Austria:

1. vige il sistema dualistico per le società di capitali in modo però imperfetto, visto che la *GmbH* – che è la forma societaria più rilevante – tipicamente non ha un Consiglio di sorveglianza;
2. vige il principio dell'amministrazione e della rappresentanza congiunta. Lo statuto, tuttavia, può scostarsi da tali principi;
3. il potere di rappresentanza degli amministratori non è in alcun modo limitato nei confronti di terzi. Tuttavia, secondo la giurisprudenza recente, qualora un terzo sia a conoscenza dell'oggettiva violazione dei limiti interni, l'atto di rappresentanza non è opponibile alla società;
4. la dottrina «*Ultra-Vires*» non è riconosciuta in Austria;
5. il terzo che, in buona fede, fa affidamento sulle notizie contenute nel registro delle imprese in materia di amministrazione delle società di capitali è tutelato dalla legge.

Claudio Arturo**

SINTESI

Lo scopo di questo articolo è illustrare come si forma la volontà nelle società di capitali austriache e come tale volontà viene rappresentata validamente all'esterno. Il sistema austriaco conosce diversi tipi di società di capitali. La forma di società più comune e quindi più importante in Austria è la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*). In Austria, la struttura organizzativa delle società di capitali è modellata sul sistema dualistico. Tuttavia, il sistema dualistico non è pienamente realizzato nel caso della *GmbH*. In Austria per le società di capitali vige il principio dell'amministrazione congiunta e della rappresentanza congiunta. Lo statuto può prevedere disposizioni che si discostano da tali principi. Il potere di rappresentanza degli amministratori, fatte pochissime eccezioni, non è in alcun modo limitato nei confronti di terzi.

** Avvocato a Vienna, Austria

ABSTRACT

The purpose of this article is to illustrate how decisions are taken within Austrian corporations and how such formed intent is validly represented externally. The Austrian system recognizes different types of corporation. The most common and therefore most important form of corporation in Austria is the Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). In Austria, the organizational structure of corporations is based on the dualistic system. However, the dualistic system is not fully realized in the case of the GmbH. In Austria, the principle of joint administration and joint representation applies to corporations. However, the articles of association may provide for provisions that deviate from these principles. The power of representation of the directors of corporations, with very few exceptions, is in no way limited vis-à-vis third parties.

RECENSIONI

Pieralberto Mengozzi, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, Bologna University Press, 2022, pp. 320, € 30,00

Se lo spirito di solidarietà «è sotteso all'intero sistema giuridico dell'Unione» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 15 luglio 2021 in causa n. C-848/19, *Repubblica federale di Germania c. Repubblica di Polonia*, punto 41), il concetto di solidarietà assume contorni e contenuto differenti a seconda dello specifico contesto nel quale è inserito ed è chiamato ad esprimersi e ad operare. Non stupisce dunque che la nozione di solidarietà non possa essere imbrigliata in una definizione “chiusa”, ma conservi – nell'ordinamento dell'Unione – l'essenza di un'idea.

La solidarietà è un'idea, innanzitutto, perché esprime un vincolo sociale prima ancora che giuridico, perché è un'attitudine intrinseca dell'UE prima ancora che un principio ispiratore sul quale si fonda la costruzione europea. Ma la solidarietà è un'idea, soprattutto, perché ha molte facce e significati multiformi: basti scorgere, pur rapidamente, i Trattati istitutivi per accorgersi che il concetto di solidarietà è declinato come valore (art. 2 TUE), principio (art. 21, par. 1, TUE), obiettivo (art. 3, par. 3, terzo comma, TUE), assumendo poi, nel linguaggio della Corte di giustizia, le fattezze di «diritto», di «obbligo» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 15 luglio 2021 in causa n. C-848/19, *cit.*, punti 42 e 49) e di «criterio di valutazione» (*ibidem*, punto 45).

Da questa premessa si snoda e si sviluppa la monografia di *Pieralberto Mengozzi* che, attraverso una ricerca analitica e dettagliata, ripercorre il significato e la differente funzione svolta dalla solidarietà nelle varie tappe dell'integrazione europea.

L'analisi, che prende le mosse dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in contesti materiali nei quali la solidarietà, ancorché non espressamente menzionata, ne rappresenta una componente significativa, si concentra poi su settori specifici nei quali la nozione di solidarietà, oltre ad ispirare la relativa disciplina, è integrata nella prescrizione normativa.

Così è non solo per l'art. 122 TFUE, che consente al Consiglio di decidere, «in uno spirito di solidarietà tra Stati membri», misure adeguate in caso di difficoltà gravi derivanti dall'approvvigionamento di determinati prodotti, a partire da quelli del settore energetico, ma anche per la c.d. «clausola di solidarietà» espressa dall'art. 222 TFUE. Quest'ultima, in particolare, imponendo sia all'Unione sia agli Stati membri di adottare le misure necessarie per fornire assistenza agli Stati membri vittime di attacchi terroristici o affetti da disastri naturali o causati dall'uomo, qualora questi ultimi ne facciano espressa richiesta, rappresenta la manifestazione più significativa del concetto di solidarietà richiamato in norme puntuali di diritto primario. L'analisi si sposta poi in materia di asilo, altro settore che contempla, ai sensi degli artt. 67 e 80 TFUE, che l'azione dell'Unione è governata dal «principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario».

In tutti questi ambiti materiali, l'A. esamina, in profondità e con spirito critico, l'idea di solidarietà calata in ogni specifico contesto, evidenziandone, anche attraverso la lente della giurisprudenza della Corte di giustizia, il significato, l'ambito applicativo, gli effetti.

Una particolare attenzione è dedicata al filone giurisprudenziale *OPAL* (Tribunale, sentenza del 10 settembre 2019 in causa n. T-883/16, *Repubblica di Polonia c. Commissione europea*; Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 2021 in causa n. C-848/19 P, *cit.*) in relazione al quale l'A. effettua una rigorosa ricostruzione del significato del principio di autonomia energetica ai sensi dell'art. 194, par. 1, TFUE e dell'idea complessiva di solidarietà che ne è sottesa. Da questa analisi l'A. trae la conclusione – che rappresenta il cuore della monografia ed il suo elemento di originalità – secondo la quale un principio generale di solidarietà, se di esso può parlarsi, presenta due dimensioni che non devono essere sovrapposte né confuse: da una parte, la sua idoneità in astratto a produrre effetti giuridici, manifestazione della generale tendenza cui si sta orientando il processo d'integrazione; dall'altra, l'idoneità concreta del principio di solidarietà a produrre effetti giuridici, idoneità che si manifesta laddove vi sono specifiche disposizioni normative che lo consentano.

Questa conclusione sul carattere “variegato” del concetto di solidarietà, lungi dall’essere cristallizzata, è ulteriormente testata attraverso l’esame dell’idea di solidarietà nel contesto emergenziale determinato dalla pandemia da Covid 19 e in quello della tutela dei lavoratori.

Il lavoro, in conclusione, esamina le multiformi accezioni che l’idea di solidarietà incarna nell’ordinamento dell’UE. In un contesto storico, come quello attuale, nel quale l’idea di «solidarietà europea» tende ad essere soggetta a letture, sovente, aprioristiche, un’analisi di questo concetto, nella sua valenza storica, politica e giuridica risulta non solo meritevole, ma forse anche necessaria.

Maria Eugenia Bartoloni*

Antonio Maria Caeiros, *Le régime juridique du classement tarifaire des marchandises dans l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 252, € 87,00

Chi ritiene che il diritto doganale occupi, nel vasto settore del diritto dell’Unione europea, lo stesso ruolo marginale che a torto gli viene comunemente riconosciuto nel diritto tributario nazionale trascura di prendere in considerazione quattro aspetti fondamentali che caratterizzano tale branca normativa: *in primis*, l’Unione doganale è stata la prima grande realizzazione pratica dei principi contenuti nel Trattato di Roma; in secondo luogo, le dogane formano oggetto di una delle (poche) competenze esclusive dell’Unione; in terza sede, le misure doganali costituiscono un formidabile strumento di politica commerciale nei confronti dei Paesi terzi; infine, il plesso normativo del diritto doganale europeo ha ispirato un’intensa attività interpretativa della Corte di giustizia, che non di rado è sfociata in affermazioni di principio che hanno influenzato l’intero sistema giuridico dell’Unione. Basandosi su queste ovvie considerazioni, Antonio M. Caeiros ha di recente composto un’opera – «*Le régime juridique du classement tarifaire des marchandises dans l’Union européenne*» – che pone il sistema tariffario europeo nel giusto contesto, descrivendone con maestria il funzionamento ed illustrandone con dovizia di particolari le caratteristiche, sulla base non solo dell’imponente *corpus* normativo vigente, ma anche della pratica applicativa della Commissione europea e, soprattutto, delle più importanti pronunce giurisprudenziali al riguardo. L’A., che conosce in profondità il settore doganale avendo militato per tanti anni nel Servizio giuridico della Commissione ed essendosi in tal modo impadroni-

* Ordinario di diritto europeo / Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

to delle conoscenze tecnico-giuridiche indispensabili per orientarsi nel *mare magnum* dei concetti e delle terminologie doganali, conduce il lettore nel labirinto del regime giuridico della classificazione tariffaria delle merci, dimostrando come, al di là dell'apparente aridità dei tecnicismi utilizzati dal legislatore europeo, nella normativa in questione scorra un flusso intenso di vitalità economica e commerciale, mirante a garantire all'intero comparto produttivo europeo la migliore protezione nei confronti dell'aggressività dei Paesi terzi.

Indubbiamente il Regolamento (Ue) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce l'ultima versione del codice europeo delle dogane, rappresenta la chiave di volta dell'intero settore. Ma perché il codice funzioni correttamente, occorrono adeguati strumenti applicativi. In tale ottica, la prima necessità per chi gestisce un sistema doganale è quella di disporre di un "dizionario" ragionato delle merci suscettibili di attraversare la linea doganale, cui corrisponda un codice numerico al quale fare riferimento per l'applicazione della tariffa e dei relativi dazi. Pertanto, alla base dell'analisi dell'A. risiede giustamente l'attività benemerita svolta dall'Organizzazione mondiale delle dogane (OMD), che nell'ambito della Convenzione internazionale sul sistema armonizzato di designazione e di codificazione delle merci, firmata a Bruxelles nel 1983, ha fornito la base sulla quale è stata poi edificata la nomenclatura combinata (NC) delle merci dell'Unione europea. Infatti, il Regolamento (Cee) n. 2658/87, adottato nel 1987 dal Consiglio, riprende in chiave europea la nomenclatura dell'OMD, producendo in tal modo un vero e proprio elenco merceologico destinato non solo a corrispondere alle esigenze della tariffa doganale comune (TDC), ma anche a fungere da fondamento legale per le statistiche del commercio esterno e per le politiche europee concernenti l'importazione e l'esportazione delle merci. La nomenclatura combinata europea non è, ovviamente, immutabile: essa deve sapersi adattare alle rinnovate esigenze del commercio internazionale, includendo nuove merci o modificando i riferimenti a quelle già presenti, attraverso l'adozione da parte della Commissione europea delle misure di classificazione tariffaria più appropriate, siano esse semplici note esplicative o veri e propri Regolamenti d'esecuzione (ai quali l'A. dedica un capitolo apposito, del tutto esaustivo al riguardo).

Una volta fissato il contesto normativo indispensabile per ben comprendere il sistema europeo di classificazione tariffaria delle merci, l'A. si inoltra nella complessa disamina della nomenclatura combinata dell'Unione, illustrando in un capitolo particolarmente ricco di dettagliate informazioni (pp. 49-114) le caratteristiche di quest'ultima, i criteri interpretativi, il ruolo delle note esplicative a margine dei codici numerici e la funzione sia dei pareri interpretativi emessi dall'OMD sia delle conclusioni e dei pareri resi dal comitato del codice doganale europeo. Ma tutto il capitolo,

al di là del suo innegabile tecnicismo, è come illuminato dai riferimenti all'abbondantissima produzione giurisprudenziale della Corte di giustizia in materia, che nel suo insieme forma un sistema armonioso («*vaste et remarquable*», dice giustamente l'Autore) che, interagendo con la normativa esistente, ne integra i contenuti e ne stimola l'adeguamento all'evoluzione del commercio internazionale ed ai principi essenziali del diritto dell'Unione.

Legata indissolubilmente alla NC europea è poi la tariffa doganale integrata dell'Unione europea (TARIC), adottata dalla Commissione con proprio Regolamento d'esecuzione sulla base dell'art. 2 del precitato Regolamento del Consiglio n. 2658/87. La TARIC corrisponde alle esigenze della tariffa doganale comune (TDC), della quale è lo strumento operativo, fornendo le indispensabili sottoclassificazioni delle merci di cui alla nomenclatura combinata e, soprattutto, definendo i tassi dei diritti di dogana applicabili all'importazione o all'esportazione delle merci, inclusi gli indispensabili riferimenti alle esenzioni o ai diritti preferenziali concernenti determinate voci in relazione ai Paesi terzi di provenienza. Secondo l'A., la TARIC chiude il cerchio del regime giuridico relativo alla classificazione tariffaria delle merci, garantendo una piena collaborazione istituzionale fra Consiglio e Commissione e fornendo al doganiere europeo tutto l'armamentario necessario per vegliare sul flusso delle merci in entrata ed in uscita dal territorio dell'Unione (flusso che nel solo anno 2019 è stato valorizzato dalla Corte dei conti europea in circa 4.000 miliardi di euro).

Chiudono l'opera due interessanti capitoli dedicati, rispettivamente, al regime giuridico delle informazioni vincolanti richieste dagli operatori economici alle autorità doganali, ex art. 14 del codice delle dogane, ed alle conseguenze sulla classificazione tariffaria delle merci dell'uscita (la famosa «Brexit») del Regno Unito dall'Unione europea, in seguito all'adozione dell'accordo di commercio e cooperazione fra Regno Unito ed Unione europea entrato in vigore il 1° maggio 2021.

In definitiva, si tratta di un libro veramente importante che non solo colma una grave lacuna negli studi di diritto europeo, ma induce anche a riflettere su quanto sia errato far discendere dall'apparente tecnicismo di una branca giuridica settoriale la conclusione della sua scarsa influenza sul sistema normativo europeo nel suo complesso. Sotto questo punto di vista, sarebbe ovviamente consigliabile che l'opera venisse tradotta in italiano, a beneficio degli studiosi e degli operatori del settore.

Antonio Aresu**

** Avvocato cassazionista; già Consigliere giuridico / Servizio giuridico della Commissione europea

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

ANTONIO ARESU, *Avvocato cassazionista; già Consigliere giuridico / Servizio giuridico della Commissione europea*

CLAUDIO ARTURO, *Avvocato a Vienna, Austria*

CARLO EUGENIO BALDI, *Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

ELISA BARONCINI, *Ordinario di Diritto internazionale / Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

MARIA EUGENIA BARTOLONI, *Ordinario di diritto europeo / Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

MARCO CASINI, *Avvocato in Crema / Foro di Cremona*

GIANLUIGI CERUTI, *Avvocato / Foro di Rovigo*

RICCARDO CERUTI, *Avvocato / Foro di Rovigo*

GIULIA DAL BEN, *Dottoranda di diritto dell'Unione europea / Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

LUCA GRANELLI, *Avvocato / Foro di Milano*

GABRIELE LAMI, *Componente Gruppo tecnico Demanio marittimo / ANCI Toscana*

NADIA LEVANTINO, *Avvocato; ricercatrice del Seminario Permanente di Studi Internazionali (SSIP)*

LUCA PALEARI, *Avvocato / Foro di Como*

ANNAMARIA PEDRONI, *Avvocato giuslavorista / Partner, Stanchi Studio Legale in Milano*

ALESSIA PELLICCIARI, *Laurea triennale in "Scienze politiche delle Relazioni internazionali", Laurea magistrale in "Relazioni internazionali"*

ed europee” presso l’Università di Parma. Master di II livello in “Diploma in Alti studi europei” presso la Fondazione del Collegio Europeo di Parma. Attualmente lavora presso l’Assemblea Legislativa della Regione Emilia-Romagna ed è Consigliera comunale con delega alla Legalità presso il Comune di Bibbiano

ENRICO TRAVERSA, già *Direttore della sezione «Giustizia e affari interni» / Servizio giuridico della Commissione europea; Professore a contratto di Diritto del lavoro dell’Unione europea / Alma Mater Studiorum - Università di Bologna. E-mail: enrico.traversa@unibo.it*

PIETRO TROIANIELLO, *Professore di Diritto internazionale dei trasporti / Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale; Avvocato / Foro di Roma*